

## PROYECTO DE LEY

sobre simulación y actos fraudulentos y fiduciarios

*El Congreso de Colombia*

DECRETA:

Artículo 1.º *Simulación* es un acto bilateral en que las partes hacen declaraciones de voluntad para producir, con el propósito de engañar inocentemente o en perjuicio de la ley o de terceros, la apariencia de un negocio que no existe o que es distinto, por razón de las personas que intervienen, de la naturaleza del acto o de su contenido jurídico, del que realmente se ha querido llevar a cabo.

No hay simulación en los actos de potestad del Estado, ni en aquellos en que la voluntad de la autoridad pública interviene en forma integrante.

Artículo 2.º La simulación apareja nulidad absoluta, por falta de concurso real de voluntades; pero el acto que sus declaraciones disimulen puede ser válido o estar afectado de nulidad relativa o absoluta, según los principios generales; y la sentencia que declare la simulación, por ello sólo, no lo invalida.

La disimulación no exige de solemnidades; pero se entenderá que el acto disimulado consta en la escritura pública del simulado, cuando son idénticas, en sus efectos inmediatos, las finalidades económicas de ambos. Por consiguiente, si con la intención oculta de donar, se dice en escritura pública que se vende por un precio que en realidad no se estipula, servirá el instrumento de tal solemnidad a la donación, porque en ambos casos se crea una obligación de dar que, con los demás requisitos legales, transfiere el dominio de una misma cosa.

Artículo 3.º Si no es ilícita la finalidad de la simulación, puede alegarse por el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato.

La finalidad ilícita del engaño se presume, aun cuando las partes hayan preestablecido una prueba de carácter personal sobre la inocencia del acto; pero elementos probatorios de otro orden bastarán a destruir la presunción, aun cuando no sean plenamente persuasivos.

Artículo 4.º Se podrá en todo caso repetir lo pagado bajo simulación, si el pago no se funda en disimulación válida.

Tocará a quienes interese probar su existencia.

Artículo 5.º La acción de nulidad por simulación prescribe para los causantes del acto y sus causahabientes, en los términos del artículo 2531 del Código Civil, y para los terceros, por el solo transcurso de treinta años, contados desde la fecha de la inscripción o desde que tuvieron conocimiento del acto que no fuere de obligatorio registro.

Artículo 6.º Para probar la simulación se admite toda especie de pruebas, sin sujeción a graduación legal alguna. En casación puede corregirse la estimación judicial que se haya hecho de las presentadas.

Artículo 7.º La prueba de la *causa simulandi* no es necesaria para demostrar la simulación, ni su comprobación la establece plenamente.

Artículo 8.º De toda sentencia ejecutoriada que declare la simulación o disimulación de actos solemnes deberá dejarse, por comunicación que hará de oficio el juez de la causa, sendas notas al margen del instrumento que contenga la simulación y al de la correspondiente partida de registro.

Dicha sentencia será además registrada y, cuando fuere el caso, anotada en el libro de matrículas de la propiedad inmueble.



En éste se dejará igualmente constancia, por comunicación de oficio, de toda demanda de simulación que verse sobre bienes raíces.

Artículo 9.º Si el concurso de voluntades es real, pero se probare que se ha efectuado para eludir una ley prohibitiva o contrariar las buenas costumbres, el acto es nulo por objeto ilícito.

No hay más actos fiduciarios que los expresamente reconocidos por la ley, como las obligaciones por acomodamiento en los instrumentos de cambio, la cesión de los mismos para el cobro, los contratos celebrados por comisionistas que obran a su propio nombre y la deuda que se contrae en calidad de principal y solidaria, con el solo fin de caucionar.

Se exceptúan los establecidos por las costumbres mercantiles de la nación, siempre que su valor no exceda de quinientos pesos.

La venta con pacto de retroventa no es contrato fiduciario; pero si se demandare su nulidad por simulación, podrá el demandado obtener su firmeza, con efecto retroactivo, completando el justo precio de la cosa vendida, previo avalúo en articulación del juicio.

La petición de este avalúo no es indicio de simulación.

Artículo 10. La simulación no produce efectos contra terceros a título oneroso y de buena fe.

Buena fe es aquí la persuasión sincera de que el título del causante no es simulado, o de no haberse él desprendido antes de su derecho, por simulación lícita del acto correspondiente.

Se presume de derecho la buena fe cuando, siendo el acto de los que deben inscribirse y no careciendo de este requisito, no hay o no debe haber en el libro de matrículas de la propiedad inmueble, constancia de demanda alguna de simulación.

En los demás casos la presunción es legal.

Artículo 11. Si ocurrieren conflictos entre terceros, se aplicarán las reglas siguientes: 1.ª) la buena fe prevalece sobre la mala; 2.ª) si disputaren acreedores del tradente o de quien haya simulado una obligación, por una parte, y causahabientes del adquirente o del fingido acreedor, por la otra, preferirá el interés de éstos; y 3.ª) en todos los demás casos se considerarán los autores del acto simulado como una sola persona, y se aplicará el artículo 1873 del Código Civil.

Artículo 12. Esta ley tendrá efecto retroactivo y regirá desde su sanción.

Dada en Bogotá, etc.

## EXPOSICION DE MOTIVOS

### I

No hay en nuestro Código Civil texto alguno que expresamente se refiera a la nulidad y a los efectos de los negocios simulados; pero no puede negarse que el concepto se halla implícito en algunas disposiciones fundamentales y que sus consecuencias son las mismas de los actos viciados de nulidad absoluta. Ni se menciona siquiera en esa obra la palabra simulación; pero en el Código de Comercio terrestre se halla el artículo 162, y en el Penal el 818, que sí hacen mención del vocablo.

De ahí que la Corte Suprema de Justicia, en jurisprudencia constante, haya declarado que están viciados de nulidad absoluta, por falta de causa (y aun alguna vez se dice que por falta de consentimiento: tomo III, número 3776), los actos simulados, y que no es admisible aquí la tesis de su inexistencia jurídica (número 3767). «El concepto de que la simulación de la venta de bienes raíces—dice la Corte—no es causal de nulidad del contrato, es violatorio de los artículos 1502, 1523 y 1524 del Código Civil, que expresan los componentes

esenciales de los contratos; del 740 de dicho código, que señala los elementos de la tradición, y del artículo 1740, que dice que es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para su valor, según su especie o calidad». (número 3774).

Contra lo que algunos juristas sostienen, la Corte ha admitido el principio de que cabe la simulación en los contratos solemnes, pues el artículo 1766 se refiere a contraescrituras posteriores a lo realmente pactado, y no a reservas de la voluntad de los contratantes. En nuestro derecho no existen los contratos *formales*, que obligan por su sola forma, independientemente de sus elementos viscerales, como los contratos verbales y literales del derecho romano y los *contrats of record* y *under seal* del norteamericano, cuya validez no exige la presencia de consideración alguna. Nuestros contratos solemnes están, como todos, sujetos a los requisitos generales exigidos por el artículo 1502 del Código Civil: capacidad, consentimiento, y objeto y causa lícitos.

Examinemos ahora los textos pertinentes del Código Civil.

El artículo 1494 establece que las obligaciones nacen del concurso *real* de las voluntades de dos o más personas, y el 1524, que no puede haber obligación sin una causa *real*; pero este adjetivo está diciendo que puede presentarse el caso de una causa o de un concurso de voluntades falsos, fingidos, imaginarios o simulados, que es en lo que consisten los negocios de la índole considerada. Real es lo «que tiene existencia verdadera y efectiva», en oposición a lo que carece de ella, como los focos e imágenes virtuales en óptica, el momento y la velocidad virtuales en mecánica, y la cantidad imaginaria en matemáticas; y en el derecho romano ya encontramos *verus* como lo contrario de *simulatus*, y *veritas* como antítesis de *simulatio*: *Acta simu-*

*lata...., veritatis substantia mutare non possum* (L. 2, C. 4, 22); y se lee en el Digesto: *Contractus imaginari iuris vinculum non obtinent, cum fides facti simulatur non intercedente veritate* (L. 44, t. 7, frag. 54, *Modestinus*). En las Partidas se llama a la simulación engaño, en oposición a la verdad: «Otrosí dezimos, que todo pleyto, o postura, que sea fecha ante testigos, o por carta, por engaño de vsura, que non deue ser guardada. E esto sería, como quando aquel que presta los dineros en verdad, toma por ellos algún heredamiento en peños, e faze muestra de fuera, que aquel que gelo da a peños, que gelo vende; faziendo ende fazer carta de vendida, porque pueda ganar los frutos, e que nol sean demandados por vsura» (p. V. t. XI, l. XL).

Completando tan elocuente inclusión del adjetivo *real*, con la significación de verdadero, en los dos textos comentados del Código Civil, el 1502 de esa misma obra dice que «para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1.º que sea legalmente capaz; 2.º que consienta en dicho acto o declaración....» Por manera que no basta expresar que algo se quiere sino que es necesario, además, el consentimiento íntimo, la voluntad interna que encarna o puede encarnar en palabras, para que se produzca entre las partes el vínculo jurídico, sin perjuicio de los límites que a favor de terceros imponen la buena fe y el interés del comercio. Y en el mismo sentido dispone el artículo 740: «La tradición.... consiste en la entrega que el dueño hace.... a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo». Admite, pues, nuestro sistema jurídico, inspirado en el romano y español, la distinción clásica entre la voluntad y su declaración, de que procede teórica y prácticamente el reconocimiento de la existencia de actos simulados. En la teoría puramente formalista, en efec-

to, la expresión del querer no es el anuncio de algo ya existente que por sí y de antemano enlaza las voluntades, sino una objetivación de éstas a que únicamente se presta significación jurídica, y que no es posible por tanto simular, como sucede en los llamados actos formales.

Pero hay más en el Código Civil. El matrimonio —dice— es nulo, aun cuando se cumplan todos los requisitos de forma, si falta el consentimiento de los contrayentes (artículo 140, 3.º); y el artículo 1618, aunque redactado con fines exegéticos: «Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras», puede extenderse a la doctrina de la disimulación contractual, por ser eco de estos principios del Código romano, que tuvieron ese alcance:

*In contractibus rei veritas potius quam scriptura prospici decet;*

*Non quod scriptum sed quod gestum est inspicitur;*

*Plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur, etc.*

Y, por último, hay dos textos que suponen directamente la posibilidad de simular en actos solemnes. Es el uno el 1120, que, tras la prohibición de testar a favor del notario y de los testigos que intervienen en el acto, y de sus ascendientes, descendientes, hermanos, cuñados y asalariados, dispone, para evitar precisamente que la ley se burle por medio de fingimientos, que «el acreedor cuyo crédito no conste sino por el testamento será considerado como legatario para las disposiciones del artículo precedente»; y es el otro el 1934: «Si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario sino la nulidad o falsificación de la escritura, y sólo en virtud de esta prueba habrá acción contra terceros poseedores».

Nuestro código admite, pues, en todo género de actos

la posibilidad de simularlos y de encubrir mediante ellos la verdadera voluntad jurídica de las partes; y ya se verá adelante que un solo caso de simulación fiduciaria está reconocida como válida en unos efectos y como inexistente en otros, por la misma obra (artículo 1579). Conviene anticipar su explicación. Sucede frecuentemente que dos o más personas contraen una obligación solidaria a favor de otra, pero que en realidad, por acuerdo previo entre las primeras, en el cual puede no participar el acreedor, sólo una o algunas de ellas se benefician del negocio, recibiendo por ejemplo la suma dada en mutuo. La otra u otras nada reciben, y por pura liberalidad o a un título oneroso diferente del que dio nacimiento a la obligación, consienten en obligarse como deudores principales y solidarios, en seguridad del acreedor. Desde luego se simula aquí la calidad de tales deudores entre los que contratan con aquél, pero puede que lo ignore; y, así, para él sólo habrá una reserva mental, que no invalida el acto aparentemente realizado, en tanto que para los otros el negocio simulado vela uno diferente que realmente existe: el contrato de fianza en sus relaciones entre fiador y deudores, que vale como tal y no en lo que «faze muestra de fuera». Esa es la razón del inciso 2.º del citado artículo, que dice: «Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, serán éstos responsables entre sí (para con aquel que ha pagado la obligación), según las partes o cuotas que les correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores». Sin embargo, para el acreedor no hay en tal supuesto sino deudores principales, y, por tanto, aquellos a quienes no incumbía en realidad el negocio no puedan oponerle la excepción real de dolo sino cuando es la obra exclusiva de él, en que no han intervenido los verdaderos deudores (artículos 2380 y 1515). Los fiadores disimula-

dos solamente podrán resarcirse mediante la acción de perjuicios contra los que fraguaron el dolo, en los términos del inciso 2.º del artículo 1515, si los codeudores participaron en la maquinación dolosa.

Cuanto a la nulidad de los actos simulados, se desprende del artículo 1740: «Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo» (artículo 1502); puesto que sin consentimiento nadie se obliga por su acto o declaración de voluntad, y porque donde falta aquél no hay causa ni objeto reales, salvo que se trate de una simulación parcial, fundada a su vez en un consentimiento limitado, como cuando se dona y se aparenta que se vende, caso en el cual existe realmente el objeto de la obligación de dar, pero su causa expresa es ficticia. Y la nulidad establecida es absoluta, porque el requisito omitido—el consentimiento en su totalidad o la causa de la obligación—es exigido por la ley en consideración a la naturaleza del acto, y no a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan (artículo 1741). En nuestra legislación, el acto simulado tiene vida jurídica, pues; pero es nulo absolutamente, contrariamente a lo que sucede con los actos a que faltan las solemnidades requeridas, que no son nulos sino inexistentes ante la ley. La venta de un bien raíz por documento privado no es venta; la venta simulada es una venta nula.

Ya he de volver sobre este punto en el curso de la exposición. Me limitaré ahora a señalar como excepción del principio, el caso del fiador que se obliga como deudor principal, en que no es necesario que éste demande la simulación y consiguiente nulidad del contrato, para exonerarse de contribuir al pago de la deuda cancelada en su integridad por uno de los codeudores solidarios. Sin embargo, si bien se mira, la excepción entra en la regla, porque la responsabilidad de los deudores se limita aquí a la cuota que efectivamente recibieron en la deuda,

y la del codeudor que sólo aseguró la obligación es cero (artículo 1579, inciso 1.º). Bajo el contrato simulado existe uno verdadero que rige las relaciones jurídicas, independientemente del otro, y a que deben atenerse las partes una vez probado.

El Código Civil argentino—conviene advertirlo desde ahora—distingue entre los actos nulos y los anulables, que se reputan válidos mientras no son anulados y sólo se tienen por nulos desde el día de la sentencia (artículo 1045). Los actos simulados son nulos (artículo 1044), aunque su nulidad no haya sido juzgada (artículo 1038), y la sentencia no hace sino reconocer la ficción que existe de antemano. Pero en el Código referido los efectos de la nulidad en general y los de la nulidad por simulación no son en todo unos mismos; pues en tanto que aquella no puede alegarse por el que ejecutó el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba (artículo 1047), solamente «los que hubieran simulado un acto con el fin de violar las leyes o de perjudicar a un tercero, no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro sobre la simulación» (artículo 959).

Se ha creído que nuestro Código Civil no admite en su articulado esa necesaria distinción, que se basa en el principio, que no es sólo de derecho positivo, de que «la simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito» (artículo 957); y, fundada en esa falsa suposición, la Corte Suprema de Justicia ha tenido que hacer, cuando lo ha podido, verdaderas contorsiones intelectuales para anular un acto simulado en el juicio en que interviene uno de sus autores: «Puede declararse en la sentencia—dice en 30 de noviembre de 1895 (t. XI de la *Gaceta*, pág. 220, núm. 3801 del primer tomo de la *Jurisprudencia*)—la simulación de un título (sic) aunque ella no se haya alegado como excepción, porque hay diferencia esencial entre declarar probada una excepción y desconocer la fuerza de un tí-

tulo aducido 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 demandado*. Ya he de demostrar en otro lugar que la distinción del Código argentino se halla implícitamente en el nuestro; y debo sólo apuntar cómo es por este aspecto necesaria una ley aclarativa o, si se quiere, reformatoria del Código Civil, para evitar actitudes jurídicas forzadas y que el fraude prevalezca sobre la inocencia. La Corte ha llegado hasta creer que «la sanción consistente en prohibir que alegue nulidad quien ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, *«la ha establecido la ley para evitar la celebración de contratos simulados ... »*», cuando su finalidad es la de impedir la de actos que adolezcan de vicios, en el sentido de falta de rectitud moral, como en el caso de objeto o causa ilícitos (artículos 1519, 1524 y 1525 del Código Civil).

Pero no sólo en lo que hace a la importantísima cuestión precedente, sino por lo tocante a terceros, la ley es necesaria, ya que la condición jurídica de éstos está, en lo general, pobremente definida por el Código, reduciéndose a lo siguiente:

1.º *En la reivindicación*; no se da esta acción por cosa mueble contra el que la haya comprado en establecimiento industrial en que se vendan las de su clase (artículo 947).

2.º *En la condición resolutoria, en lo general y en sus casos especiales* (contrato de venta, pacto de retroventa, adición en día etc.): «Si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe» (artículo 1547), y si la cosa es raíz, no puede resolverse la enajenación o el gravamen impuesto por el adquirente, «sino cuando la condición constaba en el título respectivo inscrito u otorgado por escritura pública» (artículo 1548);

3.º *En el pago*: es válido si se hace de buena fe al poseedor del crédito, aun cuando después aparezca que no le pertenecía (artículo 1634); caso en el cual el deudor es tercero respecto de la convención en que el crédito fue cedido;

4.º *En la venta de cosa ajena*, que vale sin perjuicio del dueño y sin que la tradición transfiera el derecho vendido (artículo 1871);

5.º *En la rescisión de la venta por lesión enorme*, en que si el comprador ha enajenado la cosa, cesa el derecho de pedir la resolución del contrato y sólo queda acción para reclamar el excedente del precio mayor que se hubiere recibido (artículo 1951);

6.º *En el caso del artículo 1934 del Código Civil*;

7.º *En el pago de lo no debido* (artículo 2320);

8.º *En la acción pauliana* (artículo 2491);

9.º *En la prescripción*, en que la buena fe del tercero acorta el término para usucapir (artículo 2528); y

10. *En materia de prueba de obligaciones* (artículos 1759, 1762, 1765 y 1766).

Y, como se ve, protege la ley en unos casos solamente a los terceros de buena fe (artículos 947, 1547 etc.), presumiéndola con presunción de derecho en las circunstancias del artículo 1548, y con presunción legal apenas, en todas las demás (artículo 769), salvo lo dispuesto en el artículo 947; pero hay ocasiones en que la ley no distingue entre la buena o mala fe de los terceros, como en la rescisión de la venta por lesión enorme y en algunos casos de acción pauliana (artículo 2491, numeral 2.º). No existe, pues, como regla fija de la protección de los terceros la calidad de su fe, y esto puede acarrear serias dudas, tratándose de la simulación. Declarada la nulidad del acto fingido, ¿habrá acción contra los terceros poseedores de buena fe? Esto es lo que el artículo 1748 del Código Civil no expresa: «La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terce-

ros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales»; pues si trata únicamente de las que señale el título de la reivindicación, como aquí sólo se exceptúa el caso de la compra de mueble ajeno en establecimiento en donde se vendan los de su misma clase, quedarán los demás terceros de buena fe completamente desamparados, al igual de los más dolosos, contrariamente a lo que sucede con la acción pauliana, que tiende a la revocación de actos reales, no simulados, otorgados en perjuicio de acreedores. La Corte Suprema de Justicia ha decidido en algunos casos que la simulación «no tiene alcance contra terceros de buena fe». (Jurisprudencia, t. III, núms. 3772 y 3792); pero las más veces ha sentado el principio de modo absoluto, salvando a todos los terceros. Hay aquí, pues, un vacío que debe llenarse en el Código, para unificar la doctrina y ajustarla a los dictados de la ciencia.

Más aún. Nada dice el Código sobre conflictos, no ya con terceros, sino entre ellos mismos, de los cuales he de hablar en la segunda parte de esta exposición. Para decidir tales litigios, los jueces tienen que asumir casi el papel de legisladores, apelando a distanciadas analogías o aplicando los fundamentos generales de nuestro sistema jurídico, implícitos en los textos de la ley; y no se negará lo peligroso de la situación.

Tampoco está bien que la acción de nulidad sea prescriptible para la simulación en los propios términos de la causa y objeto ilícitos, y que con un contrato simulado pueda usucapirse sin los requisitos que, además del transcurso de treinta años, exige la prescripción extraordinaria.

Sobre pruebas conviene también que la ley señale una orientación general, para evitar largas discusiones y jurisprudencias contradictorias.

Y, por último, hoy se clama por una definición legal de la simulación, ya que el concepto es tan amplio en su sentido obvio y tan estrecho en el jurídico, que no hay dos autores conformes en el alcance del último.

Para corregir todas esas deficiencias, se ha redactado el proyecto precedente, distribuido en doce artículos, que se comentarán separadamente, y que versan sobre lo que debe entenderse por simulación, sus efectos entre las partes y con relación a terceros, prescripción de la acción, derecho probatorio, actos reales fraudulentos, actos fiduciarios y conflictos entre los terceros.

La jurisprudencia de la Corte ha sido detenidamente estudiada para la redacción del proyecto.

## II

### ARTÍCULO 1.º, INCISO 1.º

Se ha dicho que las definiciones no convienen en los códigos, porque es difícil acertar con fórmulas precisas y porque, con la complicación creciente de los fenómenos jurídicos, acarreada por el constante desenvolvimiento de la economía de los pueblos, suelen resultar a la postre deficientes en la práctica. Empero, si hay una necesaria para mayor estabilidad de los negocios y para evitar numerosos litigios, es la de simulación; por la enorme confusión y frecuentes contradicciones que reinan en la doctrina y en la jurisprudencia universales. Lo que unos autores y jueces consideran con gran autoridad como acto simulado, es fiduciario o fraudulento, pero real, para otros no menos respetables, y aun las reservas mentales se identifican a veces en derecho canónico con las simulaciones. Se discute si es posible simular la naturalización, el testamento, la representación que emana del mandato, la creación de una persona jurídica, etc., y contratos que en su origen fueron simulados, se han convertido por su aceptación general en fiduciarios, y aun viceversa, para descender luego a la categoría de fraudulentos, por sobrevenir en el curso de la historia una ley prohibitiva. Tal ha sucedido, por ejemplo, con la venta con pacto de retroventa: *macipatio fiduciae causa*, en los principios del derecho romano.

Definir la simulación es, pues, por erróneamente que se hiciera en las leyes, prefijar un límite de seguridad al comercio y alliviar grandemente la tarea de los jueces. El código sajón (artículos 828 y 829), el alemán (artículo 117) y el argentino (artículo 955), la han definido. Este último en los términos siguientes: «La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten». El código sajón habla de contrato aparente; el alemán, de declaración de voluntad sólo en apariencia, y el portugués dice (artículo 1030): «Se llama simulado el acto o contrato en que las partes declaran o confiesan falsamente algo que en realidad no ha sucedido o que no se contrató entre los mismos».

Procediendo científicamente, Francisco Ferrara ha dado esta definición: «Simulación es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo». (*La Simulación en los Negocios Jurídicos*, capítulo I); y en el fondo ésta es, aunque más completa y clara, la definición del proyecto, pues si se omite la nota de declaración *consciente*, es porque ella es indispensable en todo consentimiento real o aparente, que no esté viciado por la incapacidad esencial o accidental de las partes.

La simulación es un *acto*, porque puede simularse no sólo un contrato, sino su pago, que basta como ejemplo; y es un acto *bilateral*, que comprende por tanto los contratos unilaterales, porque no es ella posible, jurídicamente, sin el concurso de dos personas en aco-

modamiento para engañar. Definida así la simulación, sólo se discutirá en la práctica, atendiendo a los hechos y a los principios, cuando el acto es bilateral, y quedarán excluidas las reservas mentales y todos los actos de naturaleza unilateral, si accidentalmente no han dejado de ser tales. Como dicen muy bien Koch y Ferrara, «la simulación unilateral no es simulación sino dolo», y como no se permite invocar el dolo propio (artículos 1515 y 1744 del Código Civil), el simulante queda obligado para con quien intervino con seriedad en el acto.

Esencialmente, la simulación exige declaraciones de voluntad en desacuerdo con las voliciones primarias de las partes, que, o no quieren celebrar en realidad negocio jurídico alguno, bajo el que aparentan las palabras, o quieren ocultar el verdadero. De ahí la diferencia entre la simulación *absoluta* y la *relativa*, nombres no muy adecuados que no conviene llevar a las leyes, porque suelen ocasionar confusiones lamentables. El Código Civil de la Argentina dice en su artículo 956: «La simulación es absoluta cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real, y relativa cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter». En uno y otro caso el acto simulado es nulo (con nulidad absoluta en nuestra terminología), de conformidad con el artículo 1044; pero «cuando en la simulación relativa se descubriera un acto serlo, oculto bajo falsas apariencias, no podrá ser éste anulado desde que no haya en él la violación de una ley, ni perjuicio a tercero» (artículo 958, *ibidem*). Véase el artículo 2.º del proyecto.

Pero no bastan aquellas características para precisar la definición de acto simulado, y por ello se agrega: «Con el propósito de engañar», para que, en primer término, no se entienda —como lo entendieron Chironi y Abello, Schlossmann y otros no menos conspicuos au-

tores—que las declaraciones de voluntad por broma o con finalidad docente, son nulas por simulación, cuando en realidad no obligan por las hipótesis implícitas que envuelven, y para que, en segundo término, se distinga la simulación del error. Si el propósito no es engañar y hay divergencia entre lo querido y lo declarado, se estará en los casos de los artículos 1509 a 1512 del Código Civil, porque no se concibe una simulación sin la finalidad de hacer creer en el acto aparente. Una cosa es lo que primariamente se desea, otra lo que en segundo término se desea expresar, y una tercera lo que en realidad se expresa. Si los hechos de esta serie son idénticos, el negocio es serio y no padece error; si no hay identidad entre lo querido y lo que se quiere expresar, la intención es de simular; si existe esa identidad y es diverso lo declarado, se ha caído en error; y aun cabe éste en la simulación misma, y que el engaño y el error se compensen de tal manera, que en lo aparente resulte celebrado lo que se quería ocultar.

El propósito de engañar puede ser *inocuo* o en *daño de la ley o de terceros*; lo que no se expresa en la definición de Ferrara, aunque sí en su exposición, y conviene no callar, porque algunos confunden la intención de engañar con la de dañar, como lo observa dicho autor, rebatiendo a Messina. «Intereses legítimos, como la necesidad de sustraerse a disgustos o solicitudes, o un fin de vanidad o de *réclame*, o el interés de conservar el crédito o ciertas apariencias sociales, pueden inducir a simular, sin causar una lesión en el derecho de los terceros.... Un industrial, para hacer que se aprecie en Italia la bondad real de sus productos, finge la venta de grandes partidas a importantes casas extranjeras, etc.»

Si la intención se dirige a burlar una ley prohibitiva o a defraudar a terceros, hay no sólo simulación,

sino objeto ilícito en el fondo, y el contrato simulado es nulo por falta de concurso real de voluntades, al propio tiempo que el disimulado lo es por violatorio de la ley o de las buenas costumbres (artículos 1518 y 1519 del Código Civil). Véanse los artículos 958 y 957 del código argentino, ya transcritos.

#### INCISO 2.º

No es posible la intención de engañar en los actos de la potestad del Estado, como la expedición de leyes y decretos y la celebración de contratos oficiales, ni puede suponerse tampoco cuando la voluntad de los funcionarios públicos interviene *en forma integrante* en un acto de carácter privado; pero la expresión subrayada exige una explicación, para que sirva de antecedente de la ley. Para la perfección de ciertos actos impone el Estado la cooperación, previa o posterior, de órganos suyos, y Ferrara clasifica ese concurso oficial en meramente *certificador*, como el de los notarios, ya *autorizante*, como el de los jueces en las donaciones que pasan de dos mil pesos y en la venta de bienes del pupilo, ya *integrante* o *constitutivo*, que en el fondo son uno mismo, como cuando se otorga personería jurídica a una asociación privada, se sigue un juicio en virtud de demanda, se concede carta de naturaleza o se celebra, según Ferrara, un matrimonio civil; caso este último dudoso en nuestro código, que el proyecto no resuelve.

El inciso es, desde luego, una consecuencia de la definición; pero, por su importancia y por vía de aclaración, conviene expresarla.

#### ARTÍCULO 2.º, INCISO 1.º

*La simulación aparece nulidad absoluta*; pero ¿no se tratará más bien de inexistencia del acto? Los que simulan no consienten en el acto simulado (artículo 1502 del Código Civil) sino en el solo hecho de simularlo, y sus declaraciones no forman—en lo expreso—un con-

curso real de voluntades (artículo 1494); luego no se obligan en el sentido declarado: la obligación no nace: es inexistente, al tenor de la letra misma de la ley y de la filosofía clásica del derecho. La simulación no puede definirse sino por la inexistencia (no la nulidad) del acto aparentemente realizado para engañar: ella apenas «faze muestra de fuera», como se lee en las Partidas. Si el contrato es solemne, la solemnidad existe, y si no lo es, se ha preconstituido una a manera de prueba, las más veces escrita, porque los que simulan se empeñan precisamente en que la forma externa del acto sea lo más perfecta; pero todo el aparato de que se valen constituye una envoltura vacía, porque le faltan todos los elementos viscerales: la voluntad de obligarse, el consentimiento; y no existe por tanto la fuente de la obligación a causa de su nacimiento.

Mas reparemos en la contrapartida de esa argumentación.

Al lado de la inexistencia real, *existe* en la simulación una apariencia de consentimiento a que no falta nada de su ropaje exterior, y *existe* efectivamente el acuerdo de voluntades para simular, en que se sostiene la vestidura del acto, por manera que algo real hay siempre en el fondo de éste. Las partes *han querido simular*, y simularon lo que *no han querido hacer*; aquello suple en parte por esto, y tanto, que basta la forma vacía de contenido jurídico normal —es suficiente el fantasma del acto— para producir efectos jurídicos en favor de los terceros de buena fe, que, ignorando la simulación, contratan con el que creen dueño por ejemplo, queriendo éste en realidad obligarse, o no queriéndolo por medio de una simple reserva mental, que es impotente para destruir los efectos del segundo acto. Las reservas mentales, la simulación unilateral, no es simulación en derecho civil. Si, pues, el acto simulado puede producir tales efectos, porque el interés del co-

mercio lo exige así, es necesario, para ser lógicos, suponer que tenía alguna existencia, ya que de la pura nada, nada puede salir. Y a esto se agrega que, en los comienzos del desenvolvimiento histórico de la vida jurídica, el elemento formal prevaleció muchas veces sobre la intención, como sucede aún en los contratos *sellados* de Norte América, y que juristas modernos sostienen que en las obligaciones que nacen del consentimiento la palabra lo hace todo, independientemente de la voluntad íntima, porque quien declara sin error ha tenido cuando menos la intención de hacerlo, y basta esa volición secundaria para la firmeza del acto, que jamás puede así ser aparente.

Estas últimas consideraciones conducen a admitir que, como en el caso de los absolutamente incapaces, el acto tiene una existencia jurídica, viciada, empero, de nulidad absoluta, *por falta de concurso real de voluntades*, o, como decían los romanos, prescindiendo del análisis psicológico del negocio simulado, por no ser verdadero: *non intercedente veritate* (Digesto, L. 44. T. 7, frag. 54, Modestinus). De ahí que la doctrina y jurisprudencia casi unánimemente coincidan en esta solución, que es también la más ventajosa en la práctica y la adoptada expresamente por nuestro Código Civil: «Artículo 140. El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes:..... 3.º Cuando para celebrarlo haya faltado el consentimiento de alguno de los contrayentes. La ley presume falta de consentimiento en los furiosos locos, mientras permanecen en la locura, y en los mentecatos a quienes se haya impuesto interdicción judicial para el manejo de sus bienes».

Y téngase en cuenta que el numeral transcrito se halla al lado de otros referentes a casos, como el matrimonio celebrado entre la adúltera y su cómplice, en que el calificativo nulo no puede tomarse en el sentido de inexistencia. Sin embargo, por otro aspecto, el de si es

posible simular el matrimonio, hay que convenir en que el texto es dudoso, en lo que hace a nuestro sistema nupcial, que, aunque revestido de solemnidades de carácter oficial (artículo 115), se perfecciona «por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario competente, en la forma y con las solemnidades y requisitos establecidos». ¿El papel del juez en el matrimonio es simplemente autorizante, como el de los notarios, o su voluntad interviene en forma integrante? Este es el problema que se deja a la solución de la jurisprudencia, y que no compete resolver al proyecto. Entre los romanos, *simulatae nuptiae nullius momenti sunt*, y en el derecho canónico el matrimonio podía contraerse también en apariencia, aparte de que en la realidad de los hechos la simulación no es sólo posible, sino que se ha practicado. Mujeres mundanas se han casado para el sólo fin de llevar un nombre en su vida airada; para alcanzar un legado con esa causa onerosa del matrimonio, una tal Ardizzoni se casa en Italia con un mendigo enfermo, recluso en un asilo, y un médico se casa en Francia con una tísica en último grado, su cliente, que consiente en ello para dejarle de heredero, burlando la prohibición del artículo 909 del Código de Napoleón. Empero, la jurisprudencia de esos dos países rechaza la excepción de simulación, aunque no hubiera existido en los esposos la *intentio nubendi*, porque admitirla crearía situaciones muy parecidas a las del matrimonio por tiempo determinado. Sin embargo, no debe perderse de vista que en el matrimonio simulado tanto los que negocian con los cónyuges en su calidad de tales, como los hijos habidos en él, son terceros de buena fe. En el matrimonio simulado hay más que un matrimonio putativo.

Hecha esa digresión, continuaré con el tema principal. No es lo mismo el acto a que falta su solemnidad, que aquel en que no ha habido consentimiento. Aquella y éste son elementos igualmente indispensables para su

existencia jurídica; pero la falta de la primera cae bajo el dominio inmediato de los sentidos, en tanto que la del último se esconde y, aun es más, produce la ilusión de su presencia. En la simulación existe un consentimiento aparente y todas las formas del negocio jurídico, capaces de engañar a terceros; en tanto que en el acto desnudo de sus solemnidades, nada induce a creer en su existencia, como no sea por un error de derecho, que no excusa ante la ley. Esa es la razón de la diferencia que existe entre la venta de un inmueble sin escritura pública, y su venta mediante instrumento notarial, pero carente de consentimiento real.

Pero no está bien considerar que los actos simulados son nulos por carencia de causa, como lo ha establecido lo más frecuentemente nuestra jurisprudencia sin entrar en distingos; porque donde falta el concurso real de voluntades, no hay objeto, causa, consentimiento, ni contratantes verdaderos en la simulación absoluta. Hablar solamente de la ausencia de causa en semejantes convenciones, es como decir que carece de techo la casa cuyos cimientos no se han construido. La causa falta en una transferencia de dominio a título gratuito, que se oculte bajo una venta aparente; pero no existe ese elemento porque en realidad no se ha celebrado el último contrato, sino el primero, en que la liberalidad es causa, idéntico en sus efectos económicos desde el punto de vista del adquirente.

Cuanto al grado de la nulidad, no puede menos que ser siempre absoluta respecto del contrato simulado; y en esto no ha discrepado jamás la doctrina ni la jurisprudencia, aun cuando el doctor Fernando Vélez dice: «que un contrato simulado sea absolutamente nulo, no se acepta por todos los autores», citando únicamente en apoyo de esa afirmación una sentencia de Chile—más que *rara avis*—en que se resolvió, por errónea inteligencia del artículo 1682 (igual al 1741 de nuestro Cód-

go), que la falta de objeto o de causa acarrea sólo nulidad relativa, entendiéndose que no es lo mismo causa u objeto ilícitos, que ausencia de tales elementos. Los términos simulación absoluta y relativa, por su homonimia con los de nulidad absoluta y relativa, se prestan sin embargo a graves errores, que deben evitarse. Es absoluta la simulación que no encubre acto real alguno, y relativa, porque no comprende la totalidad del acto complejo, la que oculta uno diferente, entre las mismas o diversas partes; pero en ambos casos la nulidad de lo simulado es absoluta, esto es, a favor de toda persona, excepto para aquellas que no pueden alegar su propia *turpitud*; y en contraposición a la nulidad relativa, que sólo dice relación a determinados individuos, en cuyo exclusivo beneficio la ley la establece (mujeres casadas, menores adultos). Los adjetivos *absoluto* y *relativo* se usan, pues, en muy diferentes sentidos cuando modifican los substantivos simulación y nulidad, y no admiten ninguna relación lógica. Es por esto inaceptable lo que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 22 de octubre de 1926 (G. J., númes. 1726-7) dice y reproduce en la de fecha 23 de julio de 1929 (V. Reclentes Doctrinas de la Corte, por Hernán Copete): «De acuerdo con reciente doctrina del Tribunal de Cundinamarca, con la legislación francesa y otras como la de la Argentina, y según las fuentes de nuestro derecho civil, la simulación es absoluta y relativa, y, por lo mismo, la nulidad que de ella se desprende, es también absoluta y relativa.... Empero el Tribunal sólo admite la simulación absoluta». Ha contribuido indudablemente al error de suponer que haya autores y países en donde la nulidad absoluta es consecuencia de la simulación absoluta, y la relativa consecuencia de la relativa, el uso general que los autores extranjeros hacen del último adjetivo. En Ferrara se lee, por ejemplo: «La nulidad resultante de la simulación puede ser también *relativa*, cuando en un negocio

simulado algunos de los contratantes no tomaron parte en el acuerdo de simulación. Si varias personas adquieren y están conformes con el vendedor para realizar el acto sólo aparentemente, pero uno de ellos ignora la ficción que se intenta, el negocio será eficaz en cuanto a éste (y nulo *relativamente* a los otros)». Y conviene advertir, por si el pasaje mismo no fuera suficiente, que en el índice de la obra de Ferrara se lee: «55. Casos en los cuales la nulidad es *parcial o relativa*..... Pág. 306»; lo que está indicando el sentido del último vocablo.

Mas si el acto simulado es en todos casos nulo absolutamente, aquel por él encubierto puede ser válido o hallarse viciado de nulidad absoluta o relativa. Esto es obvio y universalmente admitido (artículo 958 del Código Civil argentino), como consecuencia del principio: *Illicitum licito mixtum viciatur, et non viciat*. Si al acto así velado faltan las solemnidades legales o si es violatorio de la ley, su nulidad será absoluta; si se lleva a cabo con un menor, sin los requisitos legales, será relativa; si no adolece de vicio, valdrá. En la última de las dos sentencias citadas de la Corte se transcribe, aceptándolo, este admirable párrafo del Tribunal de Cundinamarca: «Si la supuesta donación realmente ha tenido existencia jurídica, como lo pretende y sostiene el recurrente, ha quedado viva, ya que las sentencias proferidas en este pleito no han declarado la nulidad de ella; y, por consiguiente, a quien pretende ser el verdadero donatario le queda expedito el ejercicio de sus derechos de tal, sin que lo fallado en este litigio (nulidad de una venta simulada) pueda alegarse como excepción de cosa juzgada que en algún modo los destruya». La Corte acogió esa doctrina con estas sobrias y clarísimas palabras: «Bien se ve que el sentenciador no declaró nulo el contrato de donación, sino el de compraventa».

*La sentencia que declara la nulidad del acto sobrepuesto, no invalida, pues, el disimulado.* Es lo que dice el final del inciso comentado.

En conclusión de todo lo dicho en este punto, transcribo la siguiente jurisprudencia de la Corte: «Aun admitiendo la tesis del demandante de que los contratos simulados *no tienen existencia jurídica*, siempre tendría que hacerse por la autoridad respectiva la correspondiente declaración, previa petición, porque de otro modo equivaldría a que el interesado la hiciera por su propia cuenta, cosa inadmisibles» (núm. 3767, Jurisprudencia, t. III).

#### INCISO 2.º

*La disimulación no exime de solemnidades.* Esto es claro, porque se hallaría así una manera de evitarlas; pero no sobra decirlo en la ley, puesto que, no obstante la evidencia del principio, se ha discutido en libros y procesos.

Pero si la solemnidad es la escritura pública, ¿cuándo se considerará que el acto en litigio consta en esa forma? Cuando se escribe ante notario; mas no es de rigor que lo expresen palabras literales, y basta que surja de lo escrito, declarada la simulación del acto aparente, el pensamiento de los contratantes en su nuda substancia. En derecho lo que importa no son las palabras sino las ideas, y tanto es ello que así que las leyes reconocen la simulación relativa o acto velado por otro aparente. Luego fundados en ese mismo principio, que no es la ley del encaje, si los términos del acto simulado envuelven exactamente el pensamiento del disimulado, una vez removidas las falsas declaraciones, es lógico que el último se repunte escrito con las mismas letras que sirvieron para el primero. Este es el caso preciso de la donación oculta: bajo una venta aparente. En ésta el vendedor se obliga a dar (artículo 1849), y en la donación a transferir la propiedad (artículo 1443), lo que es

lo mismo; luego quien dice vender ha dicho lo último, con la sola diferencia de que en el primer caso ha declarado que hará tradición del dominio a cambio o por causa de un precio, y en el segundo que lo hará por causa liberal. Por tanto, removida la estipulación de causa onerosa, por ser fingida y esconder la gratuita, queda en pie la sola obligación del promisor, cuya causa no es de rigor expresar en la donación, porque se sobreentiende la liberalidad si no expresa otra y el contrato no es real (artículo 1524). Del que da lo que no debe se presume que lo dona, cuando tuvo perfecto conocimiento de que lo hacía (artículo 2317); y esta circunstancia queda plenamente establecida por el solo hecho de haberse simulado una venta con ánimo de donar en la realidad: consta, pues, en la escritura pública, al lado de la transferencia de la propiedad.

Diferente será el caso, por supuesto, cuando el contrato simulado y el disimulado conducen a resultados económicos que en lo inmediato son diferentes, porque entonces lo que se persigue en el segundo no puede constar en la escritura del primero. Tal sería, por ejemplo, la donación disfrazada en la forma de un contrato de sociedad, en que el donatario apareciera aportando una suma fingida o su industria, y el donante el bien raíz objeto del contrato encubierto, para disolverse luego la sociedad, haciéndose pasar lo que se dona al otro contratante; porque la unidad del acto de la donación exige unidad en el instrumento. La esencia del contrato debe constar toda entera en una sola escritura pública.

En general, no existe identidad económica en los efectos inmediatos del acto: 1.º) cuando se obra por interpuesta persona, celebrándose más de un acto para integrar la esencia del disfrazado que no es el caso del personero que obra a nombre propio (art. 2177, c. c.); 2.º) cuando el objeto fingido y el verdadero son diversos, y 3.º) cuando la naturaleza del contrato simulado se opone

a los resultados económicos del oculto, como en las obligaciones accesorias que se convierten ficticiamente en principales, sobre las excepciones legales.

En la práctica pueden darse casos no comprendidos en la clasificación, en que la falta de paridad económica dependa de circunstancias especiales.

Y obvio es que no es posible exigir más que la identidad económica de los efectos contractuales, porque si se pidiera la jurídica, los dos actos serían iguales en todos sus resultados, y no habría ocultamiento. La contraposición entre la finalidad económica y la jurídica, es la que caracteriza los actos disimulados.

Por lo demás, una donación que deba insinuarse (artículo 1458) no valdrá en la forma de venta, salvo que se la hagan los esposos en las capitulaciones matrimoniales, pudiéndose considerar por tales la sola escritura de compraventa simulada, al tenor del artículo 1771, que las define, y de conformidad con el 1846, que permite no expresar la causa especial por que en semejantes casos se dona.

#### ARTÍCULO 3.º, INCISO 1.º

«Resumiendo—dice Ferrara—, la simulación debe ser alegada por las partes, sus representantes o sus herederos», además de poder serlo por los terceros interesados en anular el acto; y ésta es la doctrina más cuerda, aunque no unánime; pues autores hay que no admiten su alegación a las partes; otros que adoptan el extremo opuesto, y algunos, en fin, que distinguen los casos de simulación en fraude de la ley o de terceros, de aquellos en que la finalidad es inocente, para concluir que en éstos debe admitirse a las partes demandarla.

Entre nosotros, debido a una falsa inteligencia del artículo 15 de la ley 95 de 1890, que ha llegado tal vez hasta los propios legisladores, se ha resuelto por la Corte que el simulante no puede en ningún caso pe-

dir la nulidad. Ese texto dice, en efecto, que ella no puede alegarse por «el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba», y como se supone que la invalidez de la simulación estriba en la falta de causa real (artículo 1524), y sólo en ello, y que esta carencia es un vicio, se aplica rigurosamente el principio y se rechaza la acción del simulante, por innocuamente que haya querido proceder. Este, pues, sufre así una sanción que no merece, y quien se prevalga de la confianza depositada en él, para abusar de ella, robando, viene a quedar indemne, al abrigo de esa doctrina. Se obliga así a la víctima a simular un segundo acto, con el fin de defenderse, y esto exponiéndose a que se le alegue y pruebe la nueva simulación, para paralizar la acción y desvirtuar la legitimidad de las pruebas del fingido demandante. En semejante interpretación debe existir indudablemente una aberración, que los autores del código no pudieron querer establecer. Tanto es ello así, que en el Código Civil argentino existe un artículo idéntico al comentado—el 1047—y, sin embargo, se permite alegar a las partes su propia simulación, si no ha sido ilícita (artículo 959).

Pero examinemos el texto de nuestra ley. La simulación, por solo serlo, no está prohibida por nuestras leyes. Esto era clarísimo antes de la vigencia de las que reglamentan el ejercicio de la abogacía, pues el artículo 13 de la 62 de 1928, dice: «Son causales para no ser admitido como abogado o para que se cancele la inscripción de admisión, las siguientes: ... 3.º Haber intervenido a sabiendas en la celebración de actos tendientes a sustraer fraudulentamente los bienes a la persecución de los acreedores de una persona o a menoscabar las legítimas establecidas por la ley; y 4.º Haber intervenido a sabiendas en actos o contratos simulados»; y la ley 21 de 1931, reformatoria de la anterior,

repitió el principio, omitiendo expresar la circunstancia *a sabiendas*, esencial a todo delito. Pero ¿se referirán estas disposiciones a todo caso de simulación, aun a aquellos que por sus fines justos la doctrina y la jurisprudencia universal admiten como lícitos? Es lo más probable que no, porque la ley puede burlarse y los terceros pueden ser defraudados, lo mismo por medio de actos reales que mediante simulaciones; y no bastaba por eso sancionar las primeras maquinaciones (ejemplo: las del quebrado que vende realmente sus bienes para no pagar a sus acreedores), sino que era necesario también extender la pena a las últimas, cuando persiguieran fines semejantes: razón por la cual el legislador, después de establecer el numeral 3.º del artículo 13 de la ley 62 citada, agregó en seguida el 4.º, que debe entenderse con la limitación que se deduce del anterior. Además: hay que atender a lo dispuesto por el artículo 6.º del Código Civil, en que no hay ningún texto de donde pueda inferirse la prohibición, en términos absolutos. Es verdad que dicha obra dice que no puede haber obligación sin una causa real (artículo 1524); pero el que la ley señale este elemento esencial en las declaraciones de voluntad, lo que no es una creación suya, como sí lo son las solemnidades por ejemplo, sino un hecho que dimana de la naturaleza misma de las cosas, no es que prohíba—mucho menos *expresamente* (artículo 6.º)— la celebración de contratos sin causa. No tendría para qué prohibirlo, como no sería cuerdo que prohibiera que deje de salir el sol cada mañana o que se edifique sin cimientos. El desolirse el artículo 1524, en relación con el 6.º del Código Civil, no es, pues, violar una prohibición legal expresa, quebrantando la voluntad del legislador, sino colocarse fuera de la naturaleza misma de las obligaciones que nacen del consentimiento, de igual manera que si alguien quisiera contratar con un sér irracional. La

finalidad de ese texto es puramente docente, a la manera que se procede en la Instituta de Justiniano y en algunas de las respuestas de los jurisperitos de Roma que fueron recogidas por el mismo emperador en el Digesto. La falta de causa no está, pues, propiamente prohibida por la ley, sobre todo cuando su carencia es corolario de la del consentimiento: es la naturaleza quien lo prohíbe, como es ella quien prohíbe hacer que 2 sea 4, al que contrajera semejante obligación (artículo 1518, inciso 3.º). Las leyes positivas prohíben lo que viola la ley moral; no lo que inútilmente pretenda oponerse a las solas normas de la naturaleza. En este campo sólo enseñan y previenen.

Sentado lo precedente, basta ahora observar que el vocablo *vicio* tiene dos significaciones: «mala calidad, defecto físico» y «falta de rectitud o defecto moral en las acciones» (Diccionario). El código le usa en el primer sentido cuando trata de los vicios redhibitorios en la compraventa; pero el significado es siempre el último cuando se refiere al consentimiento (defecto en lo moral): artículos 1508 a 1915. Luego debe ser éste el sentido en el artículo 15 de la ley 95 de 1890: no se puede alegar la nulidad absoluta por el que ejecutó el acto, conociendo la falta de rectitud de su propósito o no pudiéndose admitir que la ignora, que es precisamente la finalidad del precepto comentado, denunciada por su relación con el artículo 1525: «No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas». Los fundamentos de esta prohibición son los de aquélla: sancionar en ambos casos la conducta inmoral. En consecuencia, si se ha simulado con fines lícitos, la nulidad puede ser alegada por el que intervino en el acto, de acuerdo con el artículo 15 de la ley 95 de 1890.

Pero aquí surge una dificultad. Se distingue en la teoría de las obligaciones la causa, por una parte, y el

motivo que induce al contrato, por la otra. La causa de la obligación del que vende es el precio que se obliga a darle el comprador, y a la inversa; pero una y otra prestación suponen un motivo ulterior, que puede ser inmoral: adquirir, por ejemplo, dinero para sobornar a un juez; y se ha establecido que estas causas ulteriores no invalidan el contrato, por trascender de sus cláusulas y prestaciones y ser en lo general desconocidas del otro contratante. El que compra, en efecto, no necesita saber, para obligarse como comprador, qué habrá de hacer el vendedor con el precio. Ahora bien, ¿podría decirse que si en la simulación se persigue un engaño ilícito, éste es una finalidad independiente del contrato y que, por consiguiente, por no ser causa jurídica, no lo invalida? No, en manera alguna. En la simulación hay que distinguir dos cosas substanciales e inseparables: el acto bilateral que induce a simular, que obliga en sentido diverso del expresado a las partes o que las obliga a tener por inexistente el contrato simulado y todo otro posible, y la apariencia de acto que se dice celebrar. El último no se concibe sin el primero, y más que acceder a él, se compenetra con su esencia en la voluntad de ambos contratantes, que saben siempre lo que quieren y lo que quieren expresar; luego no es posible separar [la *causa simulandi* del acto simulado, pues es su verdadera causa, y, por tanto, el vicio de aquélla lo afecta, y el simulante no podrá entonces alegar la nulidad, en conformidad con el artículo 15 de la ley 95 de 1890.

Esa es la razón del artículo 2.º comentado, que, como se ve, en realidad no introduce novedad alguna en el Código Civil. Aclara un principio, obscurecido por la jurisprudencia y por leyes recientes, expedidas con precipitación.

#### INCISO 2.º

No hace este inciso sino elevar a la categoría de presunción legal lo que racionalmente lo es (artículo

1768). En Ferrara se lee: «Debe reconocerse que, en la mayoría de los casos, la simulación se dirige a defraudar a los terceros o a ocultar una violación legal». Vogel opina otro tanto, y es una verdad de experiencia, que aun puede ser demostrada por deducción matemática. Los fines lícitos de la simulación son muy pocos, e incontables los fraudulentos, y, por otra parte, aquellos poseen en lo general menor fuerza para inducir al acto, y obran por ello rara vez; luego la probabilidad de que ocurra una simulación lícita es infinitamente menor que la de las ilícitas.

Pero las partes podrían premunirse contra esa presunción, preconstituyendo una prueba falsa para engañar a los jueces: un motivo—simulado también—diferente del verdadero y fraudulento. La ley debe evitar este peligro, y a ello tiende el proyecto, si bien atenuando el rigor de la presunción legal, al permitir desvirtuarla con pruebas incompletas.

Conseguido esto por el demandante, deberá probar la simulación, si de aquello no se infiere plenamente.

Podría disponerse en el Código Judicial que la buena fe del demandante pudiera discutirse en excepción dilatoria; pero no cabe este precepto en el proyecto, cuyo carácter es enteramente substantivo.

#### ARTÍCULO 4.º, INCISOS 1.º Y 2.º

Por las mismas razones que puede alegarse por el simulante la nulidad del acto, si la finalidad del engaño no es torpe, puede repetirse lo pagado simuladamente en esa virtud, al tenor del artículo 1525, a *contrario*; pero el proyecto permite la repetición en todos casos, aun siendo el engaño ilícito, como mejor sanción para evitar el fraude. Una razón semejante hizo a nuestro legislador modificar el artículo 2283 del Código Civil, que permitía al jugador retener lo pagado, en el sentido de privarle también de la excepción *soluti re-*

*tentio* (artículo 95, ley 153 de 1887). Se creyó que así había menos estímulo para el juego, y otro tanto sucede con la simulación, restando móviles a los cómplices, al reducirlos a los puramente afectivos que le induzcan a la complacencia. Y no se diga que así se dan más garantías al que expone sus bienes a las contingencias de la simulación, porque si han de abusar de su confianza, podrán en todo caso hacerlo enajenando a terceros de buena fe. Pero, además, ¿no es contradictorio proteger un fraude en que al ánimo de robar se agrega la traición, sancionando para evitarlo otro frecuentemente menor? Pues bastan para contener las simulaciones fraudulentas la presunción de mala fe y el peligro de las enajenaciones a terceros.

La repetición no será posible, por supuesto, si el pago se fundó en acto disimulado válido, porque entonces no hay simulación en aquél, y una de dos: si su fundamento fue lícito, vale por ello; si no lo fue, por razón del artículo 1525.

Es claro que, probada la simulación del acto visible, deberá a quien interese corresponder la prueba del invisible; lo que se deduce de nuestro sistema jurídico y es doctrina, ya citada, de la Corte.

Bien se comprende que la repetición, cuando procede, no puede ser sino una consecuencia de la declaración de nulidad, al tenor del artículo 1746.

#### ARTÍCULO 5.º

Algunos autores consideran que la acción de nulidad por simulación debe ser imprescriptible.

Distingamos. Uno es el caso de los causantes del acto y sus sucesores o causahabientes en el derecho que simuladamente se haya transferido, y otro el de los terceros en sentido restringido, cuyos derechos no emanan del acto simulado, como los acreedores del que redujo su patrimonio, vendiendo bienes fingidamente o suponiendo deudas. Ahora bien, en el primer caso, lo

simulado será o una deuda o una transferencia de dominio. Si es una deuda, la prescripción de treinta años que extinguiría la acción de nulidad, extingue antes, por ser el término para prescribir más corto, la acción para el cobro del supuesto crédito: nada hay, pues, que disponer sobre esta materia. Si es lo segundo, el caso es diferente, y el artículo aplicable al adquirente y sus sucesores es el 2538 del Código Civil, que se contrapone al 2535; y, como el acto simulado no es justo título (artículo 766), y sin él no es posible la posesión regular en que se funda la prescripción ordinaria, sólo podrá correr la extraordinaria, reglamentada por el artículo 2531, que, además del plazo de treinta años, igual al señalado por el artículo 15 de la ley 95 de 1890, exige entre otros requisitos el de la posesión material del bien. Tratándose de terceros, el precepto que necesariamente regirá la prescripción será el mencionado de la ley de 1890.

Esta doctrina, implícita en el código, es la que desarrolla el artículo comentado.

#### ARTÍCULO 6.º

Las reglas sobre pruebas son de carácter substantivo, y aunque su reglamentación figura en el Código Judicial, las bases se hallan en el Civil.

Quién debe estimar las pruebas es también una regla muy substantiva en sus relaciones jurídicas, y, por eso, y por evitar un segundo proyecto, se dice que *en casación puede corregirse la estimación que se haya hecho de las presentadas*. No implica esto una tercera instancia, porque no se admiten a las partes nuevas pruebas; y tiende lo dispuesto a uniformar el derecho probatorio en materia tan grave y delicada como es de suyo la simulación.

Se amplía, pues, en un caso excepcional, la causal primera de casación, en lo tocante a errores de hecho (artículo 520 del Código Judicial).

## ARTÍCULO 7.º

Sirve de fundamento a éste el capítulo sobre la prueba de la simulación, de la obra de Francisco Ferrara, y lo ha motivado el haberse discutido la cuestión frecuentemente en los tribunales y en la Corte.

## ARTÍCULO 8.º, INCISOS 1.º, 2.º Y 3.º

Se dirige obviamente a dar la mayor publicidad a la sentencia que declare la simulación de actos solemnes, sobre todo cuando se trate de la enajenación de bienes raíces o de constitución de hipotecas.

En el cuerpo del Código Civil existen disposiciones semejantes. Por ejemplo, el artículo 2435.

El inciso 3.º de este artículo está relacionado con el final del artículo 10. Toda demanda sobre simulación debe inscribirse en la correspondiente columna (la sexta) de la matrícula de la propiedad raíz, para que quienes se interesen en negociar sobre un determinado bien de esa especie, puedan conocer esa circunstancia y estudiar el juicio respectivo, antes de contratar.

## ARTÍCULO 9.º, INCISOS 1.º, 2.º Y 3.º

Al lado de los actos simulados, lícitos o ilícitos, la doctrina ha reconocido la existencia de otros reales, lícitos o ilícitos también, que tienden, si lo primero, a convenir realmente en una prestación, confiando quien la hace que podrá deshacerla con la voluntad posterior de la otra parte, y si lo segundo, a eludir una prohibición legal. Se da a los primeros actos el nombre de *fiduciarios*, y a los segundos el de *fraudulentos*, atendiéndose a lo característico de ellos. Cuando el acto fiduciario ha sido reconocido expresamente por la ley, recibe el nombre bárbaro de acto *aparente*, cuando en realidad se trata de un acto verdadero, y los autores se empeñan en llamar sobre ello la atención, para diferenciarlos de los negocios simulados (Ferrara).

No cabe la simulación en donde la ley suple por la voluntad de las partes, si faltara. Así en el caso del artículo 1579, inciso 2.º, del Código Civil, y en las firmas que se estampan por acomodamiento en las letras de cambio (artículo 31 de la Ley 46 de 1923), lo mismo que en las operaciones celebradas a nombre propio por los comisionistas (artículo 2177 del Código Civil y 356 y ss. del Código de Comercio terrestre) y en los endosos para el cobro (artículo 788, inciso final del Código Mercantil). En todos estos casos hay un acto real fiduciario: real, porque las partes quisieron obligarse en esos términos, y fiduciario, porque se descansa en la buena fe de aquellos con quienes se contrata.

Ejemplo, en cambio, de un acto real en fraude de la ley sería aquel en que el mandatario vendiera efectivamente un bien que su mandante le ha ordenado vender, sin autorizarle para que él mismo lo compre, y que, efectuada esa venta, procediera a comprarlo, ejecutando así la finalidad perseguida con el primer negocio. Habría aquí lo que se designa con el nombre de contrato *por interpuesta persona*, que puede ser real o simulado, pero la interposición sería fraudulenta, y por ello mismo nula. El artículo 2170 del Código Civil dice al respecto, sin distinguir entre la simulación y la realidad: «No podrá el mandatario por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vendar de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuere con aprobación expresa del mandante». Con fraude procedería igualmente el tutor o curador que procediera a comprar o a tomar en arrendamiento bienes raíces del pupilo, negociando indirectamente, y ese fraude puede unirse a la simulación, si el negocio indirecto no es efectivo (artículo 501).

En materia de interposición de persona, hay, pues, que tener en cuenta que no siempre es ella simulada;

y que en este último caso puede ser fraudulenta, si su finalidad es precisamente burlar la ley.

Se admite universalmente que el acto en fraude de la ley o las buenas costumbres es nulo por objeto ilícito; porque lo que la moral prohíbe son los fines, no los medios, aun cuando el lenguaje del legislador aparentemente haga recaer la prohibición sobre éstos y no sobre aquéllos. El fin no justifica los medios, pero sí los daña.

Sería error demandar la nulidad de actos reales fraudulentos, por considerarlos frutos de simulación. El vicio que los afecta es el de objeto ilícito (artículo 1523 del Código Civil). Así, por ejemplo, si la venta con pacto de retroventa se celebra real y efectivamente, pero para obtener el comprador por el precio que ha dado, y que se le devolverá posiblemente, una garantía mayor que la de la hipoteca, no hay simulación, pero sí objeto ilícito (artículos 2422 y 2432), como habré de demostrarlo adelante.

Los actos fiduciarios son válidos desde la época del derecho romano; pero como sería necesario penetrar en la intimidad de las conciencias para averiguar cuándo existe un acto fiduciario y cuándo uno simulado y lícito, no es posible admitir otros que aquellos en que la ley o la costumbre comercial suplen por la voluntad, que pudiera faltar a las partes, estableciendo indirectamente una presunción de derecho a favor de ese elemento indispensable a la verdad del acto.

El proyecto limita la validez de los actos fiduciarios establecidos por las costumbres mercantiles, a la suma de quinientos pesos.

Para terminar el comentario de estos incisos, transcribiré aquí las siguientes doctrinas de la Corte:

«2402. La circunstancia de que el mandatario haya obrado a su propio nombre al comprar unas fincas raíces para el mandante, no hace simulado el contrato, pues él

está autorizado para contratar de esta manera en el ejercicio de su cargo» (artículo 2177).

«2404. Puede una persona celebrar un contrato ostensiblemente en su propio nombre, pero en realidad obrar como mandatario de otro, sin que en esto haya una simulación que acarree la nulidad del contrato».

Las dos sentencias se dictaron en 1913, y para entender el principio en toda su latitud, hay que tener en cuenta que el mandato puede constituirse por escritura pública o privada, por carta, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra. (artículo 2149).

INCISOS 3.º y 4.º

Interesantísimo es el caso de la venta con pacto de retroventa, que analizaré primero en su naturaleza y luego en su historia.

En la venta real hay tradición del dominio a cambio de un precio, y a la cosa vendida, cuya propiedad pasa al comprador, acceden sus frutos. El que compra adquiere, pues, tanto la propiedad de aquella como la de éstos a medida que se producen. Pero es claro que los frutos pueden ser civiles o naturales, consistiendo los primeros en cánones de arrendamiento o en el precio único o por contados de un usufructo, por ejemplo. Así se presenta la posibilidad de una combinación de contratos para disimular un préstamo con garantía real. En esta última convención, efectivamente, el mutuante transfiere la propiedad de una suma de dinero con cargo de que se le restituya otra igual al vencimiento de cierto plazo y, generalmente, de que se le abonen intereses. Al propio tiempo se le da como garantía una prenda o una hipoteca. Mas en la venta con pacto de retroventa el vendedor también transfiere la propiedad de una suma de dinero, a título de precio, a cambio de algo que se le da, más que en garantía prendaria o

hipotecaria, en dominio pleno: su posición económica es, pues, en este caso, superior la del otro, siempre que la cosa comprada lo haya sido por un precio que, sin el vicio de la lesión enorme, sea muy inferior al verdadero. Pero viene ahora el segundo pacto, para armonizar en lo posible los intereses de los dos contratantes. El comprador arrienda o da en usufructos el bien al vendedor, y de esta manera se obtienen dos resultados satisfactorios: el primero percibe, a título de cánones, los intereses que se hayan pactado por el mutuo, y el segundo sigue con la tenencia de la cosa, haciendo suyos sus frutos, como cuando era propietario. Vencido el término del pacto, que es el del mutuo, el vendedor paga y recobra, o no paga y pierde por un precio insignificante, no inferior sin embargo a la mitad del justo, el dominio de lo que dio en garantía. Así se han enriquecido en Colombia multitud de usureros, sin exponer en lo más mínimo su dinero y obrando, no sólo en perjuicio de los mutuarios que, urgidos por sus necesidades, aceptan la forma jurídica que se les impone, sino en daño también de los demás acreedores del deudor, puesto que el mutuante que compra con pacto de retroventa adquiere el dominio de la cosa, no sólo hasta donde su valor cancelaría su crédito, sino en el excedente. El acreedor honrado y humano sufre así tanto como el propio deudor.

Pero examinemos la naturaleza del pacto de retroventa, para averiguar si la ley admite semejante concierto de voluntades.

El contrato de venta admite pactos accesorios. Uno de ellos es la *additio in diem* del derecho romano (L. I, Digesto, *de in diem ad.*, XVIII, 2). Las partes convienen al hacer la venta que, presentándose dentro de cierto tiempo, que en Colombia no puede pasar de un año (artículo 1944), persona que mejore la compra, se resuelve el contrato, y *que mientras tanto el comprador*

*debe cuidar de la cosa, bajo la obligación de indemnizar sus deterioros, si son imputables a culpa, para restituirla con sus accesorios naturales* (artículos 1944, inc. final, y 1941). Se ve aquí claramente el interés en comprar y el interés en vender. El comprador quiere adquirir la propiedad por un precio bajo (superior a la mitad del corriente); el vendedor quiere venderla, transformar su patrimonio en dinero, pero acepta el precio convenido, a condición de que dentro de cierto lapso no se presente quien lo mejore. El uno confía, sin embargo, en que no se presentará; el otro en lo contrario; y esa esperanza de doble faz conduce entonces al pacto de la adición en día.

Veamos ahora el pacto de retroventa. Por medio de éste, dice la ley: «el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida, reembolsando al comprador la cantidad determinada que se estipulare (mayor o menor que el precio), o en defecto de esa estipulación lo que le haya costado la compra» (artículo 1939). Y también aquí el comprador debe cuidar de la cosa, para restituirla con sus accesiones naturales y en buen estado (artículo 1941). No significa esto, pues, que el legislador siga considerando dueño al vendedor, sino que se protege un derecho eventual, como en el caso de la adición en día, pacto este último muy semejante al de retracto, hasta en sus efectos contra terceros (artículos 1940 y 1944). En ambos casos el comprador se hace verdadero dueño de la cosa y de sus frutos, siendo de advertir que en la venta con pacto de retroventa previene la ley que el vendedor debe dar al comprador aviso anticipado de que ejercerá su derecho, «si la cosa fuere fructífera y no diere frutos sino de tiempo en tiempo y a consecuencia de trabajos y de inversiones preparatorias» (artículo 1943). Se ve, pues, que el pacto de retroventa no ha sido instituido para encubrir fiduciariamente un préstamo con garantía, sino

como verdadera compraventa, cuyos fines económicos se explican perfectamente, por ser más o menos los mismos de la *additio in diem*; sólo que en la primera el derecho de retracto es enteramente personal del vendedor, quien no puede cederlo (artículo 1942), de igual manera que no pueden ceder el suyo el usuario y el habitador (artículo 878). El vendedor necesita en un momento dado, que supone transitorio, más cierta suma de dinero, que un determinado bien de su patrimonio, y, para conseguir aquélla, lo vende, aun cuando sea con menosprecio, reservándose la facultad de volver a comprarlo en cuanto cesen sus apuros, por el mismo precio recibido o por otro diferente que, si es mayor, medirá su exceso el interés en vender para obtener dinero en cambio. El comprador, a su turno, también tiene interés en comprar, ya por desear el dominio de la cosa misma, ya por consideración al precio bajo y de ocasión, y conviene en el contrato resoluble, porque mientras subsista mantiene una inversión productiva, ora en razón de los solos frutos, ora en atención a la prima o plus que se le pague, que puede ser también el resultado de haber previsto las partes un aumento del valor de cambio de la cosa vendida. Todo esto explica por qué la cantidad que se estipulare para el recobro puede ser mayor que la pagada en la primera venta; y de manera semejante podría explicarse por qué puede ser menor. Será esto último, si los frutos rinden mayor ventaja que los intereses del capital invertido, y el comprador confiere por ello, y por consideraciones de orden personal, el derecho de retroventa a título gratuito. Será mayor, si este derecho se estipula a título oneroso, y, por intereses de afección por ejemplo, el vendedor conviene en ello. Será igual, por último, si los frutos constituyen por sí un equitativo lucro y también hay gratuidad en la concesión del pacto de retroventa. No puede, pues, suponerse que el per-

mítirse la estipulación de un precio mayor para la retroventa, sea un indicio de que el legislador haya querido abrir una puerta a la fiducia, al préstamo disfrazado.

Por tanto, la venta con pacto de retroventa debe ser siempre real, caso en el cual, y como luego se verá, puede ser fraudulenta; pero es posible que las partes la pacten simuladamente, para encubrir un préstamo y obtener el acreedor una excesiva garantía, en forma indirecta. Esta posibilidad está corroborada por la experiencia de los siglos, pues ya Juan Sala decía en su *Ilustración del Derecho Español*: «Sucede muchas veces que, no queriendo el vendedor desapropiarse para siempre de la cosa, la vende con el pacto llamado comúnmente *de retrovendendo*, esto es, que volviendo él al comprador el precio que éste le dio, se la haya de vender o revender, restituyéndole de este modo su dominio. En este reino de Valencia son frecuentísimas las ventas que se hacen con este pacto, y suelen llamarse *a carga de gracia*, por depender su duración de la que hace el vendedor en no redimir la cosa que vendió. Ojalá se hicieran con aquella pureza que se hacían cuando se observaba la ley de Moisés, que las permitió, según se lee en el cap. 25, v. 23, del Levítico: *Terra quoque non vendetur in perpetuum, quia mea est, et vos advena, et coloni mei estis; unde cuncta regio possessionis vestrae sub redemptionis conditione vendetur*. Pero vemos con dolor que en el día hay tantos abusos y perjuicios en ellas, que tal vez convendría que se prohibieran, o por lo menos tomaran rigurosas providencias para atajarlos».

Y pasemos, por vía de ilustración, a la historia.

Sabido es que el derecho no nació como Minerva de la cabeza de Júpiter, ya crecido y armado de todas armas. Comenzó con unas pocas instituciones que a poco resultaron insuficientes para revestir jurídicamente las

relaciones económicas, y esto determinó que se las fuera *estirando*, por así decirlo, hasta amoldarlas a las nuevas necesidades. Fue así como la *mancipatio* y la *in jure cessio*, que fueron los modos organizados por el derecho civil romano para transmitir la propiedad por el acuerdo previo de las partes, vinieron a utilizarse con fines de garantía, no en forma simulada, sino real. En principio, el patrimonio del deudor garantizaba todas sus obligaciones, y, si era muy grande su pasivo, su crédito se mermaba y terminaba por anularse: el deudor no encontraba quien le prestara ya dinero. En esas condiciones, tenía que verse obligado a enajenar parte de sus bienes para obtenerlo; pero como sucedía a veces que no deseaba desposeerse definitivamente de una determinada cosa, se añadió al acto de la enajenación, realizado por medio de la *mancipatio* o de la *in jure cessio*, un pacto de *fiducia*, por el cual el adquirente se comprometía a transferir nuevamente la propiedad, pagándosele el precio. Encontrado este camino para garantizar verdadera aunque indirectamente una obligación, se generalizó en seguida, y ya no pudo saberse si se simulaba o se pactaba; pero en todo caso la ley presumía en Roma la verdad del caso. La *mancipatio fiduciae causa* fue uno de los llamados hoy actos aparentes, como el del fiador que se obliga como deudor principal, según nuestro Código Civil. Sin embargo, en una fecha imprecisa el derecho romano admitió un procedimiento más sencillo y favorable al deudor, para asegurar específicamente su obligación con un bien que se sustraía a la persecución de los otros acreedores: fue la *prenda*, que consistía en transmitir solamente la posesión (no el dominio) de la cosa, para que el acreedor la guardara hasta el pago de la obligación principal. Pero posteriormente, comenzándose por un caso concreto (el de los ganados y herramientas de trabajo de los colonos), se vio que era mejor dejar la integridad de la posesión de la prenda en manos del deudor, y reclamar la

sólo si no pagaba, y surgió así la *hipoteca*. Y como en su concepción primitiva no daba más que el derecho de pedir la posesión y guardar la cosa hasta el pago, se añadieron por convención pactos accesorios: 1.º el de la *lex commissoria*, según el cual el acreedor no pagado a su término se hacía propietario de la cosa por el valor del crédito, y 2.º el que le permitía vender el bien hipotecado y págarse con su precio, con la obligación de reintegrar al dueño el excedente. Mas, a pesar de que respecto del primer pacto las partes solían convenir, suavizándolo, en que el acreedor no se apropiara el bien sino hasta concurrencia entre su valor y el crédito, según la estimación que de aquél se hiciera en la fecha de la insolvencia (Marclanus, l. 16, frag. 9, Digesto XX 1), Constantino prohibió el pacto de la *lex commissoria*, por considerar que era peligroso para el deudor, quien, apremiado por sus necesidades, podía dar en prenda una cosa de mucho valor, que perdía por el menor de su deuda; finalidad ésta que ha hecho dudoso que la forma atenuada del pacto comisorio (no se confunda éste con el accesorio a la venta) quedara comprendida en la prohibición. Los acreedores, sin embargo, no habían de conformarse con la privación de semejantes ventajas, y como la *mancipatio* había caído en olvido, encontraron el medio de burlar la prohibición por medio de la compra con pacto de retroventa, de que se habla en el Código romano (De pact. empt., IV, 54). Desde entonces hubo ventas con pacto de retroventa, ora reales y lícitas, ya reales y fraudulentas, o bien simuladas, con fines de engaño doloso o indiferente.

En la antigua legislación española, Alfonso el sabio recogió la prohibición de Constantino en la Partida V, Título V (*De las vendidas e de las compras*), Ley XLI; y en la siguiente admitió el pacto de retroventa como contrato verdadero, que no podía pactarse en fraude de la prohibición inmediatamente anterior. Es obvio.

Las legislaciones modernas siguieron también el ejemplo de Constantino y de Alfonso el sabio, y en nuestro Código Civil se consagra el principio de la prohibición del pacto comisorio en el artículo 2432, extensivo a las hipotecas por razón del artículo 2448. El acreedor prendario no tiene, aunque así se estipule, la facultad de disponer de la prenda ni de apropiársela, a menos que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago hasta concurrencia de su crédito. Para lograr esa finalidad, por medios indirectos que sesgan la prohibición y matan el espíritu de la ley, se dirigen los pactos simulados *de retro*, aunque, en circunstancias clarísimas de préstamo con garantía hipotecaria, se pretenda hacer ver un verdadero ánimo de adquirir.

Por tales razones históricas, pues, y porque se opone a la naturaleza de la compraventa, cuyos resultados económicos son esencialmente diferentes de las garantías reales, se ha considerado que cuando las partes conciertan una venta con pacto de retroventa para mejor asegurar el acreedor su crédito, hay no sólo simulación, sino violación de prohibiciones legales expresas, y que, aun ejecutándose seriamente el contrato para obtener por modo indirecto semejante caución, la convención no vale por objeto ilícito.

Oigase ahora a Ferrara, y se entenderá claramente su pensamiento: «La forma típica e históricamente la primera—dice—del negocio fiduciario, es la transmisión de propiedad para fines de garantía. Corresponde a la *mancipatio fiduciae causa* del derecho romano, y consiste en transmitir la propiedad de una cosa al acreedor, quien recibe tal derecho sólo para seguridad de su crédito; es decir, para poder satisfacer eventualmente aquél, por falta de pago, pero con la obligación de restituir la cosa recibida, una vez satisfecho». Agrega en seguida que tal transferencia del dominio de la cosa dada en garan-

tía no extingue el crédito, porque no debe concebirse como una *datio in solutum*, sino como garantía accesoria; «con lo cual—continúa literalmente—no se prejuzga la cuestión, que ha de discutirse más adelante, de cuáles sean los casos en que se permite la transmisión fiduciaria o en que, aun persiguiendo un objeto ilícito, no degenerate sin embargo en un negocio fraudulento». Y para completar el pensamiento de Ferrara léanse estos pasajes de su obra:

«El contrato pignoraticio es un acto real fraudulento, que deberá declararse nulo como realizado *in fraudem* de la prohibición del pacto comisorio (artículo 1884); no es un contrato simulado o disimulado» (pág. 202);

«En el campo de los negocios *in fraudem* se encuentran formas correspondientes a las de los negocios fiduciarios. Así, a la transferencia de la propiedad con fines de garantía, como en la *fiducia* romana, se contrapone la transferencia de la propiedad con fines de garantía en el contrato pignoraticio que quiere eludir la prohibición de la ley comisorla» (página 113).

«¿Cómo puede negarse una contradicción entre el fin económico y el medio jurídico empleado, cuando los que defraudan, por ejemplo, en la venta con pacto de retro, quieren obtener el fin de una garantía, y sin embargo consienten en una enajenación?» (página 114).

Ferrara cita, por fin, jurisprudencias alemanas, francesas y sobre todo italianas, que declaran la nulidad por simulación de la venta con pacto de retroventa ejecutada con fines de garantía, y el autor las censura, no porque no haya en ellas nulidad, sino porque su causa no es la simulación, que según él no existe en esos casos, sino el fraude. Aquí una de esas doctrinas: «Puede declararse que es simulado un contrato de compraventa cuando concurren las siguientes circunstancias: escasez del precio de venta, estipulación del pacto de retroventa, fundo en poder del vendedor a título de arrendamiento, canon

correspondiente a los intereses de la suma entregada» (Tribunal de apelación de Roma, 1.º de julio de 1886).

Para el autor citado, pues, sólo en casos como el de *fiducia* romana, de legislaciones que lo consientan, la enajenación en seguridad de una deuda es contrato fiduciario válido; y no lo es en los países en donde existe la prohibición de Constantino. En este supuesto, para Ferrara existe un negocio real fraudulento, y yo creo que puede ser también simulado. Todo depende de la verdadera voluntad de las partes.

Ejemplo moderno de la fiducia romana es el *mort-gage* del derecho inglés, según el cual el acreedor es considerado propietario en legalidad estricta, aunque una jurisprudencia benévola ha mitigado el rigor de ese principio, concediendo al deudor, aun después de expirado el plazo para el pago, una *equity to redeem* o facultad de rescate, y considerando la adquisición de la propiedad por parte del acreedor como una simple seguridad real. Se ha repetido aquí, pues, por desenvolvimiento semejante, el caso de la *macipatio fiduciae causa*, rechazada más tarde por el propio derecho romano y por todas sus derivaciones en la Edad media y en la presente. Desde que hubo contratos accesorios de caución real, dejó de existir la necesidad de apelar a aquellos medios, peligrosos para el deudor y sus acreedores sin garantía específica.

En los Estados Unidos de Norte América existe también la *mort-gage*, que en el *Law Dictionary* de Henry Campbell Black se define de diferentes maneras, que convienen todas en lo substancial de la institución inglesa: «1.º Propiedad creada por un traspaso escriturario perfecto en su forma, pero tendiente a asegurar el cumplimiento de algún acto, como el pago de dinero u otro semejante, que deba hacer el tradente o alguna otra persona; traspaso que se extingue si se ejecuta el acto en los términos prescritos; 2.º Una transferencia

condicional de tierra, hecha en garantía del pago de una suma de dinero, del cumplimiento de algún contrato o de la ejecución de un acto, y que se extingue con dicho pago, cumplimiento o ejecución; 3.º Deuda asegurada con hipoteca de tierra, de cuya legal posesión se halla investido el acreedor, pero de que en justicia son efectivos propietarios el deudor y sus causahabientes, hasta perder ese derecho por sentencia o por propio acuerdo. Las anteriores definiciones—agrega el Diccionario—son aplicables al concepto de *mort-gage* en el derecho común o consuetudinario; pero en muchos Estados de la Unión se mira en la época moderna esa institución como un simple vínculo que no transfiere el dominio. Es una prenda o seguridad real para el pago de una deuda, etc.»

Ese—la *mort-gage*—es el contrato que la United Fruit Company, con fines principalmente relacionados con el derecho internacional privado, ha querido amoldar a nuestra legislación en el Departamento del Magdalena, para seguridad de los préstamos que hace a los bananeros y del contrato de compraventa de bananos que celebra con ellos. Hasta 1920 vino esa empresa celebrando mutuos con hipoteca; pero luégo echó mano de la venta con pacto de retróventa, combinada con un usufructo a favor del deudor, a fin de dejarle siquiera la propiedad útil. Cuando, vencidos los cuatro años de la retroventa sin que se haya pagado totalmente el precio, el deudor no quiere abandonar su propiedad, se finge que se le revende y que se le vuelve a comprar en igual forma. Los intereses que se estipulan eran antes del 8 por 100 anual, pero se han bajado generalmente al 6 por 100, y se pagan por concepto de canon de usufructo.

Es justo advertir que la United Fruit Company no ha abusado jamás de tales contratos, razón por la cual

nadie ha demandado la simulación en fraude de los artículos 2422, 2432 y 2448 del Código Civil. Sin embargo, es posible que se creen ahora conflictos, con motivo de la vigencia de la ley sobre deudas particulares. La United podrá alegar que ella no ha prestado dinero, sino comprado fincas, y los vendedores sostener lo contrario, con la ventaja de que la referida simulación carece de todo embozo. En las notarias están sus numerosas huellas.

Ahora bien, el inciso comentado declara lo que se deduce de la exposición precedente: que la venta con pacto de retroventa no es un contrato fiduciario, sino verdadera venta sin fiducia, contrariamente a lo que sucedía en los primeros tiempos del derecho romano y acontece en el derecho angloamericano e inglés. Puede, pues, demandarse la simulación de ese contrato cuando sea fingido, y puede pedirse su nulidad por objeto ilícito, cuando existe la voluntad real de obtener por medios indirectos la garantía pignoratícia de inmuebles. Pero si se demandare lo primero, dispone el proyecto que pueda paralizarse la acción en la forma prevenida en el inciso, lo que constituye la única innovación que en realidad se introduce en nuestro sistema jurídico. La acción por objeto ilícito no es posible estorbarla.

#### ARTÍCULO 10, INCISO 1.º

Los efectos respecto de terceros de la nulidad por simulación son en nuestro Código Civil los mismos de la nulidad en general, que no están por cierto bien definidos. La Corte Suprema de Justicia ha admitido, aplicando por analogía textos que así lo disponen, que la simulación no puede alegarse contra terceros de buena fe; pero en la mayoría de los casos no ha hecho esa distinción.

El inciso comentado salva únicamente a los terceros de buena fe, a título oneroso, por analogía con lo

prevenido en el código respecto de la acción pauliana, y para amoldar nuestras leyes a la doctrina moderna sobre la simulación (V. Ferrara).

#### ARTÍCULO 10, INCISO 2.º

Se define la buena fe en los casos de simulación, porque la definición dada por el artículo 768 es demasiado genérica, y podría prestarse a torcidas interpretaciones. Puede existir buena fe respecto de la simulación y no respecto de otros vicios de la adquisición.

#### ARTÍCULO 10, INCISOS 3.º y 4.º

Se presume de derecho la buena fe cuando, siendo el acto de los que deben inscribirse y existiendo esa formalidad, no hay en la matrícula de la propiedad raíz, si se tratare de enajenación de inmuebles, noticia alguna de demanda por simulación. Si existiere, es lógico suponer que el que intente adquirir a título oneroso estudie o haga estudiar el respectivo pleito, antes de comprar; y, dada esa circunstancia, para protegerle basta entonces una presunción legal de buena fe, como en todo otro caso.

#### ARTÍCULO 11.

Pero entre los terceros pueden existir los conflictos de que hablan los autores, y la ley debe dar reglas para desatarlos. A ello tiende el proyecto, supliendo un vacío del Código Civil. Es justo que en primer término se dé preferencia a la buena fe sobre la mala; pero como puede darse el caso de dos terceros que se hallen en idénticas circunstancias de honradez, no basta aquella regla, y se acudirá entonces a la segunda, que resume una doctrina de Planiol: «Tratándose de una enajenación simulada, los acreedores del fingido enajenante pretenden embargar la cosa enajenada, que dicen pertenecer al deudor, y los causahabientes del adquirente simulado quieren conservar la propiedad o la

hipoteca constituida que, de buena fe, aceptaron del tercero. ¿A quiénes se dará la preferencia? A los causahabientes del propietario aparente; mas no por virtud del artículo 1321, ya que los otros, los causahabientes del enajenante, se apoyan también en otro principio igualmente cierto, sino por la necesidad de asegurar las relaciones sociales: contrataron sobre la base de un acto aparente, que tenían que estimar como verdadero, y tienen derecho a la protección de la ley. Si, por último, no es ése el caso, la regla final resuelve el problema.

#### ARTÍCULO 12.

La retroactividad de la ley propuesta es posible sin violar el artículo 31 de la Constitución, porque en su mayor parte es ella meramente interpretativa (artículo 14), y, cuando no lo es, las reformas introducidas sólo lesionan a los que han contratado simuladamente en actos que, por ello mismo, no constituyen un justo título.

RODRIGO NOGUERA

