



La simulación absoluta impropia, su prueba y carga*

Carlos Mauricio Gallo** Anyela Irene Vargas***

Resumen

Con la regulación probatoria incorporada en el artículo 1766 del Código Civil colombiano, el cual es transcripción del 1321 del Código Civil francés, la simulación es una categoría negocial, amplificada por la jurisprudencia y la doctrina, en ausencia de previsión legal. En esta, divergen la voluntad exteriorizada de los contratantes, con la voluntad real y oculta, en la que, a su vez, puede estructurarse en otro negocio jurídico o en ninguno, clasificándose en relativa o absoluta. Frente a la interpretación del artículo 1766 del Código Civil, la doctrina ha decantado sendas teorías, como la simulación-nullidad, la teoría dualista francesa y la monista, cada una de las cuales ha impactado en el desarrollo teórico y práctico. La carga de la prueba se problematiza en este marco, debido a la dificultad que representa para los terceros la prueba directa, ya que los hechos constitutivos de la simulación permanecen en el sigilo de los contratantes. La función del indicio como prueba por razonamiento, emerge en la jurisprudencia como mecanismo idóneo para revertir esa reserva de las partes sustanciales. Todo lo anterior, busca desarrollar el objetivo general, partiendo de la problematización planteada, en términos de describir la caracterización jurídica de la carga de la prueba en la simulación absoluta impropia.

Palabras clave: carga procesal, carga de la prueba, indicio, negocio jurídico, simulación, teoría de la prevalencia.

The Absolute Simulation Improper and your Burden of Proof

Abstract

With the evidentiary regulation incorporated in Article 1766 of the Colombian Civil Code, which is a transcription of Article 1321 of the French Civil Code, simulation is a business category, amplified by jurisprudence and doctrine, in the absence of legal provision. In this, the externalized will of the contracting parties diverge, with the real and hidden will, in which, in turn, can be structured in another legal transaction or in none, classified as relative or absolute. Faced with the interpretation of Article 1766 of the Civil Code, the doctrine has opted for two theories, such as the first being simulation-nullity, the French dualist theory, and the second being the monist theory, each of which has impacted theoretical and practical development. The burden of proof is problematized in this outline, due to the difficulty that direct proof represents for third parties, since the facts constituting the simulation remain in the secrecy of secret among the contracting parties. The function of the indication as proof by reasoning, emerges in the jurisprudence as an ideal mechanism to reverse this reservation of the substantial parties. All of the above, seeks to develop the general objective, based on the problematization raised, in terms of describe describing the legal characterization of the burden of proof in * improper absolute simulation.

Keywords: "Procedural Burden, Burden of Proof, Indication, Legal Business, Simulation, Theory of Prevalence".

A simulação absoluta imprópria, sua prova e carga

Resumo:

Com a regulação provatória incorporada no artigo 1766 do Código Civil colombiano, que é transcrição do 1321 do Código Civil francês, a simulação concebe-se como uma categoria negocial, amplificada pela jurisprudência e a doutrina, em ausência de previsão legal. Nela divergem a vontade exteriorizada dos contratantes, com a vontade real e oculta, em que, por sua vez, pode se estruturar outro negócio jurídico ou nenhum, classificando-se em relativa ou absoluta. Ao redor da interpretação do artigo 1766 do Código Civil, a doutrina decantou teorias como a simulação-nullidade, a teoria dualista francesa e a monista, cada uma delas tendo impacto no desenvolvimento teórico e prático. A carga da prova problematiza-se nesse contorno devido à dificuldade que representa para os terceiros a prova direta, já que os fatos constitutivos da simulação permanecem no sigilo dos contratantes. A função do indicio como prova de raciocínio, emerge na jurisprudência como mecanismo idóneo para reverter essa reserva das partes substanciais. Tudo o anterior, procura desenvolver o objetivo geral, partindo da problematização proposta, para descrever a caracterização jurídica da carga da prova na simulação absoluta imprópria.

Palavras-chave: carga processual, carga da prova, indicio, negocio jurídico, simulação, teoria da prevalencia

* Artículo de investigación. La carga de la prueba en el Código General del Proceso y Los sesgos cognitivos y la lógica en el razonamiento probatorio de la prueba indiciaria en el ordenamiento jurídico colombiano; Grupo de Investigación: Estado de derecho y justicias, Universidad de Antioquia, Colombia; culminación marzo de 2023.

** Profesor de la Universidad de Antioquia, Colombia. Abogado y especialista en Derecho Procesal y Derecho Privado, magíster en Derecho; grupo de investigación: Estado de Derecho y Justicias. Correo electrónico: carlosm.gallo@udea.edu.co Orcid: <https://orcid.org/0009-0000-2718-4450>

*** Profesora de la Universidad de Antioquia, Colombia. Abogada y especialista en Derecho Administrativo, magíster en Derecho; grupo de investigación: Estado de Derecho y Justicias. Correo electrónico: irene.vargas@udea.edu.co Orcid: <https://orcid.org/0009-0002-9105-2262>

Cómo citar este artículo: Gallo, C. M., y Vargas, I. A. (2024). La simulación absoluta impropia, su prueba y carga. *Estudios de Derecho*, 81 (178), 105-130.

Doi: 10.17533/udea.esde.v81n178a5

Fecha de recepción: 11/06/2023 | Fecha de aceptación: 15/05/2024



La simulación absoluta impropia, su prueba y carga

Introducción

El título XXI del libro cuarto del Código Civil colombiano, el cual está dedicado a la prueba de las obligaciones, comprendía 13 artículos¹, de los cuales, en la actualidad permanecen vigentes solo tres, entre ellos, el 1766, titulado *simulación o de la prueba de la simulación*.

Dicha norma fue declarada exequible mediante la Sentencia C-071 de 2004, esto es relevante para el presente desarrollo porque es el punto de llegada para el reenvío o referencia, que tácitamente hace la regla general y abstracta de la carga de la prueba, incorporada en el inciso primero del artículo 167 del Código General del Proceso (CGP). Recibe aquí la denominación de norma de referencia, en términos de Taruffo (2017).

El autor italiano al explicar la carga objetiva de la prueba, en la que, por oposición a la iniciativa probatoria de los extremos procesales sobre la que se estructura la subjetiva, es la “que se aplica sólo en el momento de la decisión final sobre los hechos” (Taruffo, 2017, p. 3) de donde surge que para la determinación de los hechos jurídicamente relevantes que deben estar probados en el juicio, debe hacerse referencia a la norma sustancial que rige el criterio jurídico para la decisión.

En otras palabras, el hecho afirmado y el probado deben encontrarse fundados sobre la base de la norma sustancial cuyos efectos se pretenden derivar en el proceso. Teniendo en cuenta, como el mismo Taruffo (2017) lo expresa:

La carga de la prueba produce sus efectos no cuando se han probado esos hechos, ya que en este caso es la norma sustantiva la que determina la decisión, sino –en cambio– cuando no hay prueba de los mismos. En otras palabras, la regla de la carga de la prueba sirve para determinar la sentencia cuando no hay prueba del hecho constitutivo alegado por el demandante o no hay prueba de un hecho alegado por el demandado. (p. 3)

En la simulación absoluta y en lo referido a la impropia, que es aquella cuyo ejercicio jurisdiccional tienen la titularidad los terceros, esta carga es especialmente compleja, ya que se encuentran frente a la ausencia de prueba directa. En

1 Derogados en su mayoría por el artículo 698 del Código de Procedimiento Civil, el cual, a su vez, fue derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012.

otras palabras, son titulares de la carga procesal-probatoria, y por regla general, la satisfacción de esta carga será indirecta, so pena de soportar los efectos negativos de la sentencia desfavorable. Dicha prueba indirecta ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) a través de los indicios y mediante un conjunto más o menos uniforme de reglas de la experiencia, que vinculan el hecho probado y la inferencia abductiva desarrollada por el juzgador.

Partiendo de las líneas anteriores, el lector encontrará en el presente desarrollo la respuesta que se ha dado a la pregunta problematizadora, siendo esta ¿Cómo se caracteriza la carga de la prueba en la simulación absoluta impropia?, inquietud que para ser resuelta, se acudió al instrumento investigativo, del objetivo general de “describir la caracterización jurídica de la carga de la prueba en la simulación absoluta impropia”.

Con esos marcos teóricos el lector encontrará en las siguientes páginas un contenido que se puede describir así: una primera sección destinada a la contextualización sustancial de la simulación y sus elementos axiológicos. Una segunda sección que aborda aspectos sustanciales, como la legitimación en la causa y la distinción de la simulación frente a la acción pauliana, la categoría jurídica de tercería y el fenómeno prescriptivo. Finalmente, una tercera sección destinada a la carga de la prueba, la prueba por razonamiento y su articulación con los principales indicios empleados por la CSJ.

Entre los instrumentos investigativos empleados se encuentran el enfoque cualitativo, desarrollado mediante el método bibliográfico y analítico.

1. Elementos axiológicos de la simulación

Para Alessandri (1991), “lo normal es que la voluntad real de las partes se manifieste en los actos jurídicos. Hay casos excepcionales, sin embargo, en que una persona, intencionalmente, declara lo que no quiere” (p. 339). El autor chileno distingue tres hipótesis en las cuales no es coincidente la voluntad real y la declarada, que son i) la reserva tácita o *reservatio mentalis*, ii) la declaración *iocandi causa*, y iii) la simulación.

La primera hipótesis consiste en aquellos actos válidamente celebrados en los que el declarante se reserva de modo consciente la voluntad real, pese a diferir de la declarada. En principio, la *reservatio mentalis* no vicia la declaración de voluntad, pues, la presunción de seriedad de los negocios jurídicos, así como la seguridad en el tráfico jurídico, protege la buena fe del otro extremo sustancial. Para viciar la formación del consentimiento y hacer ineficaz el negocio jurídico, la reserva mental debe ser conocida por el otro extremo sustancial, despojando de seriedad al negocio.

La segunda hipótesis consiste en aquellas declaraciones que, careciendo de seriedad negocial, son conocidas por los extremos a quienes se dirigen, y por la misma razón, impiden la formación del consentimiento, imposibilitando que la declaración tenga efectos jurídicos, o mejor, ejercen su influencia impidiendo que de dichas declaraciones emerjan las obligaciones mismas.

La tercera hipótesis recae en aquellos negocios jurídicos donde se encuentra una declaración “de un contenido de voluntad no real, emitido conscientemente y de acuerdo entre las partes (...)”² (Alessandri, 1991, p. 340), para el autor chileno, la reserva mental y la simulación difieren en la característica de esta última, consistente en el acuerdo entre las partes, carácter ausente en la reserva mental.

La simulación es entendida dentro de la función negocial que cumple, en un sentido práctico, con un dato constante que lo caracteriza, como “la intención de crear una situación aparente y, por ende, no vinculante” (Bigliuzzi, 1992, p. 917), de modo que existe una divergencia entre la voluntad declarada y la real. Por eso, de Castro y Bravo (1985) la define como “el ocultamiento bajo la apariencia de un negocio jurídico normal de otro propósito negocial” (p. 333).

Como expresa Garibotto (1991, p. 209) las nociones que suministran los distintos autores son, en líneas generales, coincidentes en tres elementos: i) disconformidad intencional entre la voluntad real y la declarada; ii) existencia de un acuerdo entre las partes; y, iii) la finalidad de engañar a terceros. Dichos componentes son para Valencia Zea (1978) las condiciones que debe reunir el acto jurídico para poder estructurar la simulación, los cuales de manera sumaria se pueden compilar así:

- Acuerdo de dos voluntades para engañar³: “en la simulación ambas partes deben acordar el engaño; ambos contratantes deben fingir la celebración de un

2 La simulación es la declaración de contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes o entre el declarante y la persona a la cual va dirigida la declaración, para producir con fines de engaño la apariencia de un acto jurídico que no existe o que es distinto de aquel que realmente ha llevado a cabo.

3 Sobre la divergencia entre la voluntad real y la voluntad declarada la Corte de cierre de la jurisdicción ordinaria, explica: “la simulación en la esfera de los contratos supone que los extremos de un negocio jurídico bilateral (o plurilateral), concertadamente, hagan una declaración de voluntad fingida, con el propósito de mostrarla frente a otros con su verdadera intención. Esa discordancia entre la voluntad y su exteriorización implica que, para los contratantes-sabedores de la farsa- la declaración (i) no está orientada a producir efectos reales (simulación absoluta), o (ii) simplemente disfrazo un acuerdo subyacente con el ropaje de una tipología o configuración negocial distinta (simulación relativa)” (CSJ, Sentencia SC3598 de 2020).

contrato que no han querido (simulación absoluta) o uno diferente del que han querido (simulación relativa)” (Valencia Zea, 1978, p. 102). El autor colombiano explica que esta condición es la causa o fundamento de toda simulación y adicionalmente, permite diferenciarla del dolo como vicio del consentimiento en el *iter contratus*.

- La finalidad de aparentar un acto jurídico diferente al querido por los contratantes: ya ante terceros o ya ante la ley, el negocio simulado se presenta como una divergencia a la realidad absoluta o relativa. Sin embargo, dicha divergencia no es necesariamente ilícita puesto que no existe una relación de necesidad entre el acto simulado y la causación de perjuicios.
- La disconformidad entre la voluntad declarada y la intencionalidad real del acto: esta discrepancia entre la voluntad real y la declarada es de carácter intencional y, por lo tanto, el elemento diferenciador de otras figuras jurídicas como la reserva mental o el error.

La última condición, ha merecido la crítica de Ospina, para quien, en su calificación ética,

el empleo de esta figura, en cualquiera de sus formas descritas, debería de ser sospechoso de fraude, porque no es normal que los particulares, al obrar como delegatarios del legislador en la regulación de las relaciones sociales, con plena conciencia engañen a terceros. (Ospina, 2005, p. 115)

Este autor colombiano que pregona la probidad y la rectitud en los contratos, señala que el engaño que encierra la simulación resulta opuesta al honesto y sincero espíritu de la norma jurídica, refiriéndose tanto a la ley como a los contratos. El mismo autor, al igual que de Castro y Bravo (1985), explica que la doctrina moderna acepta que la simulación puede estar anclada a motivos inocentes como la modestia y la discreción, pese a ser un retorno al individualismo romano. Así, puede tratarse tanto de una motivación inocua e inocente, como de la finalidad fraudulenta a la ley o a los derechos de terceros.

En este sentido, se deben distinguir aquellas pretensiones encaminadas a establecer la *maquinación simulatoria*, de las que estén dirigidas a impugnar el acto encubierto si no reúne los requisitos legales:

La mencionada doctrina ha concluido, que lo censurable no es la simulación en sí misma sino el acto fraudulento disimulado, el cual debe ser atacado mediante el ejercicio de las acciones de nulidad pertinentes que son distintas de la acción de simulación. (Ospina, 2005, p. 115)

En este punto, se considera pertinente precisar las magnitudes de la simulación, las cuales se han clasificado en dos: i) absoluta⁴: cuando el concierto o acuerdo simulatorio se encamina a la ejecución de un acto o negocio jurídico vacuo, con la voluntad de no producir efectos jurídicos entre las partes; y ii) relativa: a diferencia de la anterior, aquí si se pretenden los efectos jurídicos y sí existe contenido negocial; sin embargo, se disfraza la naturaleza o condiciones del negocio (Ospina, 2005, p. 116).

Ahora bien, la simulación ha sido tratada doctrinaria y jurisprudencialmente, pese a ello, no se ha llegado a un consenso sobre su naturaleza jurídica (Ospina, 2005, p. 119), por lo que se han formulado al menos, las siguientes cuatro teorías.

1.1. Teoría de la simulación-nulidad

En la elaboración teórica sobre la operatividad objetiva y extrínseca (prescindiendo de elementos subjetivos y psicológicos) de la simulación en Roma, Francesco Ferrara (1961), explica la nulidad de los actos jurídicos. En este sentido, se destaca que, en el derecho intermedio europeo, se desarrolló más profundamente y con mayor recelo la nulidad como sanción al negocio simulado, o en palabras de Ospina (2005):

A lo menos la absoluta constituiría una causal de nulidad, ya que, se repite, dicha figura se tildó de fraudulenta a lo que se agregó que en ella faltarían dos requisitos indispensables en todo acto jurídico: el consentimiento y la causa. (p. 117)

Dentro de esta postura, que se considera superada, la disconformidad entre la voluntad interna o real y la declarada implica que el consentimiento no es válido o no existe, por lo tanto, el acto es nulo, así lo explica Loreto (1935):

En principio, pues, cuando existe desacuerdo entre la voluntad real y la declaración de voluntad, no hay consentimiento válido y, en consecuencia, el contrato es absolutamente nulo (...) [N. Coviello, de quien acojo la sugestión terminológica de no hablar de inexistencia, como lo hace la escuela francesa, sino de nulidad absoluta para

4 Respecto del verdadero ánimo de transferir el dominio en la enajenación del bien: “En una compraventa, por ejemplo, se da la simulación absoluta cuando no obstante existir formalmente la escritura pública que la expresa, no hay ánimo de transferir en quien se dice allí vendedor, ni adquirir en quien aparece comprando, ni ha habido precio. En este tipo de operaciones, detrás del acto puramente ostensible y público no existe un contrato específico de contenido positivo. Sin embargo, las partes celebran en secreto un convenio que es el de producir y sostener ante el público un contrato de compraventa enteramente ficticio con el ánimo de engañar hasta obtener ciertos fines” (CSJ, Sentencia SC1971 de 2022).

designar en el negocio la falta de uno de sus elementos esenciales de validez. Tal es la regla que domina el sistema jurídico positivo venezolano]. (p. 259)

Sin embargo, esta postura teórica ha sido criticada y superada⁵ por la doctrina y jurisprudencia colombiana (esta última desde 1935), por las siguientes razones: i) el ordenamiento jurídico colombiano no ha constituido la simulación como una causal de nulidad, toda vez que estas últimas son taxativas⁶, lo que consecuentemente imposibilita imponer esta sanción al acto jurídico; ii) la falta de precisión conceptual al confundir los requisitos de existencia y de validez de los actos jurídicos, al concebir que desde los principios generales del derecho, la ausencia de uno de estos requisitos, genera nulidad; y iii) el desacierto de equivalencia entre el consentimiento y la causa, con la falta de objeto.

Como se ha mencionado, en la simulación⁷ existe el acuerdo de voluntades entre las partes para la realización del acto y una causa-origen del mismo, en este sentido “no es ineficaz por la ausencia del acuerdo constitutivo de consentimiento sino porque este no persigue un objeto jurídico, por el contrario lo descarta, privando así el acto de uno de los elementos esenciales para su existencia como acto jurídico” (Ospina, 2005, p. 118); lo mismo sucede con la causa; es decir, el acuerdo o concierto de las partes obedece a un motivo que induce a fraguarla y ejecutarla.

1.2. Escuela francesa o teoría dualista

Autores como Hellmut Suárez (1993) y Mario Guerrero (1957), circunscriben la evolución conceptual de la simulación a dos escuelas: la francesa y la italiana.

-
- 5 Planoil y Ripert (1983), aunque partidarios de la teoría dualista, explican la razón por la cual de la acción de simulación resulta la anulación del acto encubierto, no es porque haya sido simulado tras el aparente, sino por la ausencia de requisitos: “En todos los casos de este género, aunque la simulación sea fraudulenta no es ella la causa de nulidad, si el acto resulta nulo, no se debe a que sea simulado, sino a que existe una razón particular para anularlo” (p. 109).
 - 6 Ospina (2005) al ilustrar las críticas sobre la teoría simulación-nulidad, explica que no es de recibo esta postura o razón, porque, entre otras razones, legislativamente la sanción nulidad no está reglamentada como consecuencia para la simulación, esto porque “cierto es que nuestro Código Civil, ha diferenciado de otros que han reglamentado la simulación, no estatuye que esta sea una causal de nulidad, lo que de por sí excluye tal sanción, por ser esta de interpretación y aplicación restrictivas” (p. 117).
 - 7 “Para que un contrato pueda considerarse simulado, no basta con que allí se hayan consignado declaraciones de voluntad que no correspondan a la realidad; también se requiere que esa discrepancia entre la voluntad real y la declarada sea el desarrollo de un pacto subyacente entre los estipulantes (...). A ese particular consenso se le denomina acuerdo simulatorio, y, como es apenas obvio, es un rasgo esencial de la simulación, pues permite distinguirla de otros escollos del negocio jurídico en los que también se presentan desavenencias entre la voluntad real y la declarada, como algunos vicios del consentimiento, o las reservas mentales unilaterales” (CSJ, Sentencia SC1971 de 2022).

Respecto a la primera, la describen como aquella que concibe el fenómeno simulatorio como “la concurrencia de dos convenciones contradictorias de las cuales una de estas, está destinada a destruir, alterar o modificar los efectos de la otra” (Guerrero, 1957, p. 144; Suárez, 1993, p. 233). La acción de simulación en este marco teórico consiste en hacer prevalecer “el contenido de una declaración sobre la otra, como acto efectivo y real de la voluntad” (Suárez, 1993, p. 234), aspecto sobre el cual se contrae la prueba judicial.

En la escuela francesa, explica Guerrero (1957):

La simulación toma las denominaciones de integral o total y parcial o también simulación de medio a fin, según que la convención destinada a prevalecer destruya en su totalidad los efectos de la otra, o haga cambiar los efectos de la convención sustituida. (Guerrero, 1957, p. 144)

O encuentre limitado su contenido a la alteración de la declaración aparente y pública.

Tanto Guerrero como Suárez, destacan de esta postura que:

El acto simulado resulta de la concurrencia contradictoria de las dos convenciones (...) su naturaleza participa de las dos convenciones coetáneas y por ello al tratar de determinar la naturaleza del acto, se hace necesario considerar el contenido de una convención en relación con el contenido de la otra, sin embargo, de que la convención o acto público carece de significación jurídica y sólo se tiene la de un simple hecho. (Suárez, 1993, p. 234)

Esta escuela se corresponde con la denominada teoría dualista, cuyas críticas serán objeto del siguiente numeral.

1.3. La teoría monista y la lógico-jurídica

En contrapartida a la escuela francesa, y con mayor aceptación, señala Suárez que la simulación debe entenderse desde su desarrollo a partir de la escuela italiana, según la cual es:

Un acto uno y único, integrado por dos declaraciones o elementos destinados el uno a revelar el contenido de la voluntad real de los declarantes y que se mantiene en secreto, y el otro que se extiende en forma pública (...) pero cuya finalidad no es otra que la de engañar. (Suárez, 1993, p. 234)

A su vez, esta postura se corresponde con la denominada teoría monista.

Las críticas a la teoría dualista dieron origen dentro de la doctrina italiana a la teoría monista, la cual se explica mediante la existencia de un solo acto donde la exteriorización del consentimiento único se bifurca en dos declaraciones, la aparente, que se presenta públicamente y la real, que traduce la voluntad verdadera y privada de los agentes contractuales, de esta concepción explica Ospina (2005) que la terapéutica jurídica adecuada se corresponde en “otorgarle prevalencia a la declaración privada y real sobre la fingida (p. 122).

El mismo autor colombiano, explica que pese a la inveterada línea de la CSJ que adoptó desde 1935 la tesis dualista, se ha inclinado en los últimos tiempos en pro de la teoría monista. Sin embargo, esta teoría ha sido criticada por aplicar a la simulación relativa pero no así a la simulación absoluta porque, en esta última, el acuerdo o consentimiento de las partes de engaño elimina en sí los efectos del contrato, en ese sentido es ineficaz y por lo tanto no constitutivo de un acto jurídico [(voluntad de manifestación, pero no voluntad de contenido) Ospina, 2005, p. 123].

Por estas críticas se formuló la teoría lógico-jurídica, la cual manifiesta que el fenómeno de la simulación se debe estudiar desde el ente jurídico en sí mismo; o sea, que el acto jurídico se configura si se dan los elementos esenciales de la manifestación de voluntad y el objeto jurídico perseguido con esta; ante la ausencia de estos, no se estructura el acto jurídico.

En este orden de ideas, se puede decir que, a la luz de esta teoría, el negocio jurídico simulado es inexistente jurídicamente, por la ausencia de efectos jurídicos entre las partes; es decir, solo teatral; de otra parte, al versar sobre la simulación relativa, esta noción lógico-jurídica, se encamina a determinar el verdadero acto jurídico, su naturaleza y condiciones, a fin de que este pueda ser valorado desde la realidad jurídica y negocial.

2. Otros aspectos sustanciales de la simulación

La construcción conceptual con mayor aceptación⁸ es el de Ferrara (1961), según el cual, la 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. (Ferrara, 1961, p. 56)

8 Esta opinión es dada por autores como Ospina (2005), Picó (2017), Hinestrosa (2017), etc.

De esta elaboración, la jurisprudencia ha decantado la característica esencial de la categoría jurídica problematizada, “es hacer aparecer como realidad lo inexistente o diferente a lo exteriorizado, dado que su propósito es no modificar la situación preexistente u ocultar la verdadera figura jurídica alcanzada, encubriéndola con otra” (CSJ, Sentencia SC5191 de 2020). Frente a dicha divergencia, la acción que se estructura es la de constatación, ya que en su núcleo consiste en revelar la auténtica realidad de las cosas; en otras palabras, no tiene ni busca destruir, modificar o alterar ninguna situación jurídica. La institución, simplemente, tiende a hacer prevalecer los efectos del contrato oculto sobre el ostensible, y tal característica de prevalencia la distingue de otros instrumentos. En palabras de la CSJ:

Su finalidad es encontrar el verdadero alcance de la voluntad de las partes, **no** el reconocimiento de su ineficacia. En suma, **el objeto o** la teleología de este instrumento jurídico es, puntualmente, poner luz en el terreno oscurecido por la apariencia en orden a rescatar lo realmente querido. (CSJ, Sentencia SC5191 de 2020)

Se habla entonces de prevalencia, en el sentido de que mediante el instrumento jurídico se hace prevalecer el contrato oculto, distinguiéndose por ese perfil de otros instrumentos, como el de la nulidad, la cual es constitutiva y de condena, pues tras sancionar el acto jurídico, pretende las restituciones mutuas o la reivindicación del bien, objeto de la declaración.

Esto conlleva a concluir que si el objeto de la acción es el reconocimiento específico de una situación jurídica, su naturaleza entonces es declarativa de certeza⁹, pero también ha sido reconocido por la jurisprudencia desde mediados del siglo pasado que a esa pretensión principal de prevalencia, le son acumulables tanto las constitutivas referentes a la nulidad (pero dicha nulidad recae sobre el negocio jurídico oculto en la simulación relativa, solo cuando incurre en un vicio que permita tal declaración) como las respectivas de condena, que tengan la finalidad de amparar los intereses y derechos articulados con el negocio jurídico simulado.

Debe insistirse, por tanto, que quien acude a la jurisdicción a través de este instrumento, no enmarca su pretensión en la persecución resarcitoria, y, por otro lado, la sanción al negocio jurídico es accesorio o consecuencial a la pretensión principal, la cual es la prevalencia. La legitimación en la causa para tal pretensión se ha reconocido en la titularidad de quien ostente un interés jurídico; y así de

9 En sentido contrario, autores, como lo es el caso de Hiestrosa (2017), señalan que: “la acción de simulación es constitutiva y no meramente declarativa, toda vez que sus efectos modifican la situación presente, y la sentencia no se limita a verificar unos hechos” (p. 589).

muy elaborada y tradicional doctrina, al lado de las partes y de los herederos, se ha reconocido el ejercicio de la acción de simulación por todo aquel que tenga interés jurídico de obtener la prevalencia del acto oculto sobre el ostensible, por eso se ha dicho también que la acción es de carácter impersonal.

Pero si en un elemento de la simulación se debe recalcar, es en que ese interés se integra como requisito indispensable para la acción de prevalencia, pues su ausencia torna inviable la acción. El daño entonces, dentro del contexto de la simulación, se establece por la jurisprudencia en términos de “incertidumbre y dificultad para hacer valer un derecho subjetivo” (CSJ, Sentencia del 8 de junio de 1954), lo que comporta su posible infracción. Es por eso, que protege el interés y no solo derechos consolidados o estructurados, porque la expectativa legítima de un heredero, un acreedor o un tercero cuyos derechos se articulen con el acto jurídico simulado, permiten inferir la posibilidad del daño; es decir, la pérdida efectiva del derecho.

Esta peculiaridad del daño en una dimensión amplia y multiforme en la simulación permite también caracterizar la distinción entre esta y la denominada “acción pauliana”, ya que en la primera se previene levantando el velo de la incertidumbre, mientras en la segunda, en la pauliana, se persigue el resarcimiento del perjuicio ya ocasionado mediante el hecho fraudulento del deudor.

2.1. Legitimación en la causa

Se ha dicho en este mismo desarrollo, que la simulación¹⁰ no implica necesariamente la intención fraudulenta, y por esa razón, no se entiende como un hecho ilícito en sí, por eso autores como Arturo Alessandri y Manuel Somarriva dividen la simulación en lícita e ilícita, según en esta se incorpore o no “la intención de defraudar a terceros” (Alessandri y Somarriva 1962, p. 451). Esto quiere decir que, en la simulación absoluta, el negocio jurídico aparente, tras el cual no existe otro, puede o no estar encaminado a distraer la lesión a un interés legítimo de realizar un derecho sustancial. Asimismo, en la parcial, también llamada relativa donde “se quiere concluir un acto jurídico, pero aparentemente se efectúa otro diverso, ya por su carácter, ya por los sujetos, o ya por su contenido” (Alessandri y Somarriva 1962, p. 451).

10 “La simulación no es en todos los casos fraudulenta, por ejemplo, como cuando no se persigue perjudicar a terceros o realizar un fraude a la ley, de ordinario sí va orientada a lesionar los derechos de otros, ya sea en la modalidad de absoluta o relativa, motivo por el cual se le concede al agraviado con la celebración de actos jurídicos de esa índole, la prerrogativa jurídica de destruir el acto simulado, o sea, de hacer prevalecer la realidad sobre la declaración aparente o ficticia” (CSJ, Sentencia SC1971 de 2022).

Ante dicha lesión o la potencial lesión de un interés legítimo surge el interés de obrar en los terceros, como es el caso de¹¹ los acreedores, pero en general en todo aquel que no constituye una parte sustancial del negocio aparente. De dicho interés emana la legitimación en la causa para solicitar ante la jurisdicción la “prevalencia” de la realidad, o lo que es lo mismo, que reconocido el hecho de la simulación se reconozca el estado del patrimonio del simulante.

Cuando la simulación tiene la finalidad de sustraer bienes del patrimonio, fingiendo su enajenación, no solo es fraudulenta, sino que por serlo es ilícita, pero la declaración de certeza que realiza el juez no recae como sanción a dicha ilicitud, sino sobre la apariencia¹². De ahí su relación de similitud con la denominada acción pauliana, con la cual comparte un elemento característico: la disminución de la prenda general.

De este hecho surge que en la acción pauliana el negocio impugnado no es aparente, fingido o divergente de la realidad, sino real, y su efecto sobre el patrimonio del deudor es la disminución, de lo cual se hace depender que el crédito que legitima al actor en juicio sea previo al negocio fraudulento, “por lo mismo, mientras la acción pauliana no puede ser ejercida sino por los acreedores anteriores al acto fraudulento, que son los que ese acto perjudica, la acción de simulación pertenece a todos, los acreedores sin distinción” (Claro, 1986, p. 649). La lesión causada por el fraude al acreedor, que lo habilita a pretender la revocatoria del negocio jurídico mediante la acción pauliana, y que la diferencia de la simulación en la cual su carácter preventivo no requiere dicha causación dañosa, implica la coincidencia entre la condición de parte en sentido formal alegada por el demandante y la condición sustancial, que es el elemento constitutivo del precepto. Para Beatriz Quintero y Eugenio Prieto (2008).

Nadie puede, en nombre propio, pretender o ser demandado a contradecir en proceso, resistir a una pretensión, sino por una relación, de la cual se atribuya, o se le atribuya a él la subjetividad activa o pasiva. Esta es la regla que conviene a la legitimación ordinaria. Pretender

-
- 11 “La acción de simulación no sólo pueden ejercerla los contratantes simuladores, sino también los herederos de éstos y aun terceras personas, como los acreedores, cuando tienen verdadero interés jurídico. En lo que atañe a los herederos, éstos pueden asumir una posición diferente, o sea, pueden actuar iure proprio o iure hereditario. Si el heredero impugna el acto simulado porque menoscaba su legítima en tal caso ejercita su propia o personal acción. Si promueve la acción que tenía el de cujus y como heredero de éste, se está en presencia de la acción heredada del causante” (CSJ, Sentencia SC del 14 de septiembre de 1976, G. J., t. CLII, p. 392 a 396 MP. Alberto Ospina Botero).
- 12 Ospina (2005) lo ilustra así: “Los partícipes se confabulan para que uno de ellos pueda eludir el derecho de persecución que sobre los bienes tienen sus acreedores, o el derecho del cónyuge en la sociedad conyugal, o la participación sucesoral de los signatarios forzosos, o las prohibiciones legales tocantes con ciertos actos, como la compraventa entre padres e hijos de familia, o el régimen fiscal pertinente, o los requisitos legales de ciertos actos” (p. 116).

o ser demandado a contradecir en proceso. Esa terminología que inconfundiblemente alude a la subjetividad de la relación procesal: ser parte en sentido formal, entonces, llegar al proceso en cualquiera de las dos posiciones posibles, como demandante o demandado. La otra noción corresponde a la subjetividad de la relación sustancial que subyazca en el proceso, a la titularidad del derecho discutido, a la titularidad del derecho sustancial. Son dos titularidades con autonomía lógica, aun cuando la regla de la legitimación, la legitimación normal, envuelva la coincidencia afirmada de las dos titularidades en el mismo sujeto que llega al proceso como demandante y como llamado a resistir la pretensión. Existen dos titularidades y la coincidencia de ellas en cada sujeto y en cada polo de relación activo o pasivo, tiene que ser afirmada en la demanda para que se satisfagan el requisito de la legitimación ordinaria. Se insiste: basta con que sea afirmada sin que importe su verdad o realidad jurídica. (Quintero y Prieto, 2008, p. 461)

Dicha coincidencia entre titularidades, sustancial y adjetiva, se proyectan en la legitimación ordinaria en la acción de prevalencia, y debe entenderse entonces en el sentido de que cualquiera que efectiva o potencialmente sea afectado en un derecho o en el interés legítimo puede accionar, aclarando que potencialmente se entiende en el sentido de la posibilidad futura de truncar el ejercicio de un derecho, porque en últimas se trata de una acción personal, cuyo ejercicio corresponde a los mismos simulantes o a cualquier tercero. Y según la autora antes citada, dicha coincidencia debe ser afirmada, y para la prosperidad, debe ser probada.

2.2. Aspectos prescriptivos de la simulación

Referente a la prescripción de la simulación, tanto absoluta como relativa, tienen su fuente normativa en el artículo 2536 del Código Civil colombiano, lo que significa que le es aplicable la regla general “ordinaria”, esto es, la que corresponde al plazo de 10 años que tiene la parte para iniciar la acción con los efectos respectivos de la notificación. En este asunto para saber desde cuándo se contabiliza el término de prescripción¹³, se deben tener presente dos matices, el primero, desde el enfoque de los terceros y el segundo, desde el enfoque de los simulantes, precisando que en ambos casos el punto de partida es el interés para demandar. Si el simulante se encuentra vivo, los terceros “se afectan con el propio acto dispositivo y, por tanto,

13 La CJS, ha precisado que: “No puede aceptarse que debe comenzar a contarse desde la fecha en que se celebró el acto o contrato aparente. En este caso, no es aplicable la norma legal respecto de la acción pauliana, cuya prescripción de un año se cuenta desde la fecha del acto o contrato (C. C., arto 2491, ord. 3º). La acción pauliana, aunque guarda afinidades con la acción de simulación tiene fundamentales diferencias” (CSJ, Sentencia SC1971 de 2022).

para ellos la prescripción corre desde su fecha” (Hinestrosa, 2017, p. 610). Otro evento distinto sucede para los herederos, para quienes la CSJ considera que el plazo prescriptivo inicia su cómputo a partir del fallecimiento del causante.

Acción que se presenta -a nombre propio- por herederos del vendedor de los negocios simulados. Interés en trasladar los activos antes del fallecimiento, en favor de hijo matrimonial, afectando las expectativas herenciales de hijos extramatrimoniales ignorados por su padre. Labor del juez de ponderar indicios y contraindicios. La legitimación del heredero demandante nace con el fallecimiento del contratante, momento desde el cual comienza a correr el término de la prescripción extintiva. Artículo 2536 C.C. (CSJ, Sentencia SC2582- 2020)

En el segundo matiz, se empieza a contabilizar la prescripción desde el momento en el cual uno de los simulantes realiza el acto positivo por el que ignora el verdadero negocio efectuado, haciendo pasar por verdadero lo ficticio¹⁴. De ahí que deba tomarse como principal punto que: “Para la Corte, dicho plazo letal no puede contarse desde la fecha de celebración del negocio, sino a partir de un hecho que implique un desconocimiento del derecho o relación jurídica acordada entre las partes del convenio” (CSJ, Sentencia SC21801 de 2017); o sea, “tan pronto como medie un conflicto entre ellos, se plantea la necesidad de sentencia, (...) solo entonces, comenzará el cómputo del tiempo de prescripción de acción ordinaria (art. 2356 CC) hoy fijado en 10 años” (Hinestrosa, 2017, p. 610).

Sin embargo, es menester precisar que, a partir del año 2022, mediante la Sentencia SC1971 de 2022 de la CSJ, el término de prescripción debe iniciar desde el momento de la celebración del contrato, viraje jurisprudencial frente a la interpretación del cómputo o inicio del término de prescripción de la acción de simulación propia; es decir, fijan como parámetro la fecha de celebración del contrato o negocio jurídico. Pues considera la honorable Corte que continuar bajo los parámetros del interés jurídico para demandar a partir del acto de rebeldía de la parte, es contrario “a los principios de la igualdad, la transparencia en el mercado, la buena fe y la seguridad jurídica”.

3. La carga de la prueba

Implica tal distinción que la prueba en la simulación y en la pauliana son distintas, pues en la simulación, la prueba tiene por objeto el hecho aparente del negocio

14 En otras palabras, como lo aclara Hinestrosa (2000) “desde el momento en que puede ejercitar el derecho” (p. 105).

jurídico que, en últimas, recaba en que el bien o el patrimonio se mantiene incólume de ser absolutamente simulado. Incide esto en el *thema* de la prueba, que se dirige a desvirtuar lo aparente.

Contrapuesto a ese hecho objeto de prueba, en la pauliana el demandante debe probar no solo la disminución de la prenda general, representada en la insolvencia, sino que ha de alegar el título de enajenación, según su gratuidad u onerosidad, para posteriormente probar el *concilium fraudis*¹⁵, con el que obra el tercero contratante. En otras palabras, la prueba en la pauliana recae sobre la insolvencia y el fraude, respecto de los cuales hay libertad probatoria. El hecho objeto¹⁶ de prueba, acorde con la finalidad de la “acción” pese a tener semejanzas, son diametralmente diversas, y que haya libertad de prueba no disminuye la enorme tarea del demandante en simulación, la cual es consistente en “resquebrajar o aniquilar la presunción de legalidad del acto impugnado”, pues en caso de duda, el juez de la causa está llamado a interpretar la realidad del acto¹⁷.

Esta característica ha de tener el alcance probatorio del acervo si se pretende la declaración de simulación o prevalencia, y se trata, por tanto, de un límite objetivo o expresión singular de la carga de la prueba, pues en consonancia con el artículo 1754 del Código Civil “quien alega la existencia de una obligación o su respectiva extinción, debe probar aquella o esta”; sin embargo, el hecho constitutivo de la pretensión consiste en realidad en la negación formal del

15 Armando Tolosa Villaloba, ha sostenido, siguiendo la línea de la Corte Suprema de Justicia, que:

“Si no existe un acreedor, en el momento en que el deudor ejecute un acto fraudulento, doloso o simulado, (...) no puede existir ni *concilium fraudis* ni eventos *damni*, para los casos de la acción pauliana, ni perjuicio, para los casos de simulación, por lo mismo que falta el factor, que sería el acreedor, que pudiera ser víctima de ese *concilium* o de ese perjuicio. ‘La relación jurídica entre acreedor y deudor debe (...) existir cuando tiene nacimiento el acto doloso, o simulado y, la acción del acreedor puede retrotraerse, sólo respecto de los actos dolosos o simulados, pero no de la relación jurídica o sea de la mera existencia del crédito’ (...)” (CSJ, Sentencia SC5191 de 2020).

16 Azula (2015), considera que el hecho objeto de prueba se debe observar desde dos dimensiones “el objeto de la prueba judicial puede considerarse desde dos puntos de vista: abstracto y concreto.

a) Es abstracto lo que puede establecerse en cualquier proceso, sin consideración a una rama determinada de la jurisdicción, vale decir, que obra en materia civil, penal, laboral, contencioso-administrativa, etc. En otros términos, objeto abstracto es todo aquello susceptible de probarse ante un funcionario investido de jurisdicción, así no pertenezca a la rama judicial, como acontece con quienes integran el tribunal de arbitramento.

b) El concreto, en cambio, es lo que puede probarse en un proceso determinado, por lo que su ámbito es reducido y limitado a la cuestión litigiosa de que se trate. Así, por ejemplo, el matrimonio es un acto y como tal es objeto de prueba en un proceso de divorcio, de separación de cuerpos etc. En cambio, no es pertinente por ser ajeno a lo que se debate o a las premisas que fundan esa pretensión” (p. 19).

17 Para Alessandri (1962) “en la práctica, la mayoría de las simulaciones son fraudulentas, realizadas en perjuicio de terceros” (p. 451).

negocio, sin que se pueda confundir con una negación indefinida, lo anterior quiere decir que no está exento de prueba en los términos del inciso final del artículo 167 del CGP.

En estos términos, e interpretando el sendero trazado por Muñoz, la carga de la prueba se estructura, desde su enfoque o aspecto objetivo, a partir de la presencia u omisión en el acervo probatorio de los tres requisitos que determinan el negocio simulado, esto es: i) la declaración disconforme con la verdadera intención de los contratantes; ii) el acuerdo de las partes; y iii) la finalidad de engañar a terceros. No obstante, “debemos reconocer que en muchas ocasiones la intención, como hecho psíquico, nos vendrá difícilmente evidenciable, siquiera podemos presumirla a través del indicio de la causa simulando” (Muñoz, 2022, p. 4).

La carga de la prueba, en este contexto, se entiende mejor si se ubica dentro de la operación racional del juez, actividad de subsunción dentro de la decisión judicial, que suele explicarse como una cadena silogística, compuesta por la premisa mayor, que se estructura desde la norma sustancial que gobierna el caso concreto. A su vez, la premisa menor se estructura a través de las afirmaciones y el estado de hecho. La regla de la carga de la prueba tiene incidencia en la cuestión de hecho dentro de ese mecanismo silogístico.

La regla de la carga es la que determina quién tiene interés en que resulte probado un hecho determinado (aspecto tradicionalmente conocido como subjetivo) y, a su vez, le indica al juez cómo distribuir el riesgo de la incertidumbre (aspecto objetivo), en caso de no resultar probados los requisitos que integran el supuesto normativo aplicable. Aunque, los legisladores han acudido a criterios disímiles para su formulación, por ejemplo, la teoría de los hechos, propia del sistema italiano, en la que se hace depender su aplicación de la parte y la naturaleza constitutiva, extintiva o inhibitoria, del hecho.

En términos de Micheli (1982, como se citó en Fitting, 1889 y Rosenberg, 1903):

Rosenberg clasifica a tal fin las normas en constitutivas, modificadas, extintivas e impositivas (según lo que ya Fitting había observado), contraponiendo la norma-base (Grundnorm) a la contra-norma (Gegennorm); la cual contiene algunos elementos más que la primera, capaces de justificar el efecto contrario (Gegentwirkung). Partiendo de tales premisas, Rosenberg pone sobre el actor la carga de la prueba de los presupuestos de la norma constitutiva (además de los presupuestos de la norma de complemento) y, sobre el demandado la carga de la prueba de los presupuestos para la aplicación de aquellas normas que importan el rechazamiento [sic] de la demanda adversaria. (p. 393)

Si bien es cierto, respecto de la carga de la prueba se cierne un amplio debate, encabezada entre otros por Nieva Fenol (2018) y la crítica respecto de su utilidad como concepto, pese a ello es necesario indicar que el supuesto normativo contenido en el artículo 1766 del estatuto civil, no incorpora un derecho sustancial, sino que por el contrario es una regla probatoria determinante en la valoración de la prueba, por lo que esta teorización contra la carga de la prueba no es aplicable, toda vez que se le indica al juez cómo valorar determinados documentos, no el estado de cosas que determinan el negocio simulado.

A manera de colofón de esta sección, se puede apreciar que la carga probatoria se radica en la titularidad de quien alega la simulación, pues, ya se trate de una de las partes sustanciales, o se trate de un tercero con interés, es el llamado a desconfigurar o desestructurar la presunción de legalidad del negocio impugnado. En la simulación absoluta impropia; es decir, en aquella en la cual, a la voluntad declarada no subyace otro negocio, y es alegada por un tercero, es a este último, a quien corresponden los efectos de la incertidumbre en la sentencia, en caso de subsistir perplejidad o dudas en el acervo probatorio. Y por lo anterior, es ese tercero quien tiene el interés de que los hechos constitutivos queden fijados en el litigio a través de los medios de prueba admisibles en el proceso.

3.1. De la prueba en la simulación absoluta impropia

Cuando en el juicio se gestiona la simulación de tipo negocial, se determina un *thema probandi*, que tiene por objeto “el hecho aparente” del negocio jurídico, para este desarrollo se hace énfasis en aquella en la que la existencia del negocio no es real ni tiene la intención de producir los efectos que en un entorno normal produciría, cuyo interés para obrar se centra en los terceros afectados con este actuar; o sea, simulación absoluta impropia.

Desde esta perspectiva se retoman los elementos constitutivos de esta figura, ya mencionados, respecto de los cuales, Muñoz (2022) expresa que: “En toda prueba de la simulación, (...) siempre habremos de desarrollar la presunción sirviéndonos de alguna muestra indiciaria extraída de estos tres caracteres fácticos” (p. 4). Al respecto, la dificultad probatoria viene dada por el encubrimiento, una de las características más trascendentales de la simulación, toda vez que es una forma técnica y cuidadosa de distorsionar y disfrazar la verdadera intención negocial, que conlleva a la precaución de no dejar rastros o destruirlos.

Esta dificultad, si bien es cierto abarca tanto a la acción propia (convocada por las partes involucradas en el negocio simulado), lo hace con mayor hincapié en la impropia, es decir, de aquellos terceros que sean perjudicados o afectados con la simulación. Es por ello que se da relevancia a la prueba indiciaria.

Frente a este panorama, la parte cuenta con libertad probatoria para soportar la carga de la prueba a través de los diversos instrumentos probáticos¹⁸ contemplados por la legislación procesal en el artículo 165 del CGP, como lo son la prueba documental, el testimonio de terceros o la declaración de parte, el interrogatorio a la parte en procura de una confesión, etc., sin embargo, es en la práctica donde se observa que es poco probable configurarlas, ya sea por la inexistencia de un contradocumento o su inaccesibilidad, o por el entrenamiento de las partes o los testigos para absolver el interrogatorio (Picó, 2017, p. 6).

Es aquí donde la prueba indiciaria o por razonamiento cobra especial importancia, toda vez que permite al sujeto procesal llevar al juez una herramienta epistémica alternativa a la usualmente empleada, en lo cual se recalitra, es útil cualquier medio de prueba, directo o indirecto. Lo anterior, no obsta ponerlo en relación con el hecho de que, para el mismo legislador, la ausencia de escritura pública o instrumento privado se aprecia como un indicio grave de la inexistencia. El tercero en cambio, víctima de la manifestación engañosa o fraudulenta, aduce la prueba de otros hechos, que revela la verdadera intención de los extremos sustanciales por medio de la inferencia abductiva.

Se está ante un razonamiento especial de tipo abductivo, compuesto por dos etapas. La primera de ellas, por medio de la asociación de las máximas de la experiencia desde el hecho indicador hacia el tema de prueba; y una segunda fase, estructurada desde las reglas de la experiencia al hecho indicado o de interés para el proceso (Ruiz, 2019).

Este razonamiento; es decir, la abducción, permite al operador judicial, elegir y optar por las máximas de la experiencia con las cuales se estructurarán las inferencias y otorgarán la fuerza probatoria y su capacidad de persuasión (González, 2005, p. 70). Y, a su vez, facilita la motivación o explicación de las asociaciones entre estas, la prueba y los hechos, así como su relación entre el tema de prueba, todo aquello en asocio con las máximas de la experiencia y el hecho indicado (Ruíz, 2019, p. 479).

De otra parte, el plexo procesal civil, indica los presupuestos y procedencia de la prueba indiciaria (art. 240 al 242 del CGP). Desde esta perspectiva el legislador ha consagrado que es necesario que el hecho indicador se encuentre probado en el proceso, valorado en conjunto con las pruebas incorporadas en este.

Sin embargo, es en el artículo 242 del CGP, que el legislador indica los requisitos de la prueba indiciaria: la concordancia, convergencia y gravedad. Es por esto, que el juez al valorar esta prueba debe determinar la concurrencia; o sea, que exista

18 Muñoz (1997), considera que es la forma más científica y menos sujeta a confusiones la expresión instrumentos probáticos frente a los medios de prueba (p. 274).

un acoplamiento que transite en un tono coherente y natural entre cada hecho indicador que “tome su respectiva colocación en cuanto al tiempo, lugar y demás circunstancias” (Dellepiane, 1955, p. 108). De otra parte, “la convergencia hace referencia a la univocidad entre los hechos indicadores y el hecho indicado, esto es, que de cada uno de ellos pueda obtenerse la misma inferencia sobre el hecho o la responsabilidad que se investigue” (Devis, 1987, p. 657).

Finalmente, respecto de la gravedad, es preciso indicar que no existe un derrotero para determinar el alcance de este requisito, para Taruffo (2002) es un concepto vago que hace referencia al grado de aceptabilidad o no de la conclusión, por lo que considera que solo se puede definir desde una naturaleza probabilística de la inferencia:

Puede definirse únicamente en función de la naturaleza probabilística de la inferencia presuntiva y, por tanto, no puede más que indicar la situación en que ésta atribuye un grado de confirmación a la hipótesis sobre el hecho a probar que la configura como la conclusión más aceptable entre las que pueden ser hipotéticamente obtenidas de la misma premisa. (p. 475)

Con lo expuesto hasta el momento, es menester indicar que, a través de la jurisprudencia de la CSJ en su Sala de Casación Civil, se pueden identificar algunas de las principales máximas o generalizaciones de la experiencia aplicadas en la acción de simulación como base para la construcción de la prueba indiciaria, las cuales han sido tomadas por esta corporación del catálogo expuesto por Muñoz (2011), precisando que las mismas son enunciativas más no taxativas:

Tabla 1.

1. Las relaciones de cercanías parentales, de amistad o dependencia	14. Estar amenazado el vendedor o verse amenazado de cobro de las obligaciones vencidas.
2. Causa o motivo para simular.	15. Ocultamiento del negocio.
3. Falta o ausencia de necesidad para enajenar o gravar.	16. Falsificaciones u otras maniobras torticeras.
4. Persistencia o retención del enajenante en la posesión.	17. Documentación sospechosa.
5. La no entrega del bien.	18. Precauciones sospechosas.
6. Precio diferido a plazos.	19. Falta de equivalencia en el juego de prestaciones y contraprestaciones.
7. Precio no entregado de presente.	20. Dejadedez.

Tabla 1. (Continuación).

8. Falta de capacidad económica del adquirente.	21. Pasividad o ignorancia del cómplice.
9. Ausencia de explicación del origen de los fondos para la adquisición.	22. Ausencia de contradocumento.
10. Tiempo sospechoso del negocio.	23. Intervención preponderante del simulador.
11. Estar amenazado el vendedor o verse amenazado de cobro de las obligaciones vencidas.	24. Intento de arreglos amistosos.
12. Ocultamiento del negocio.	25. Conducta de las partes.
13. Tiempo sospechoso del negocio.	

Fuente: Elaboración propia

Este listado ha sido desarrollado desde las sentencias de la Sala de Casación Civil, en particular, desde el año 2015, lo cual se refleja, por ejemplo, en las providencias SC 16608 de 2015, 2582 de 2020, 5191 de 2020, 3365 de 2020, 2906 de 2021, 3678 de 2021, 963 de 2022 y 1971 de 2022, en las cuales la honorable Corte, ha reiterado en algunas de las principales máximas de la experiencia que se presentan en la simulación.

Como se puede observar, en la acción de simulación la prueba indiciaria se constituye en una de las principales fuentes epistémicas, siendo recurrente este instrumento probático, como mecanismo de demostración de los rastros o conducta de las partes simuladoras, toda vez que, a pesar de los esfuerzos por esconder o disimular la voluntad engañosa, perviven huellas sobre la voluntad real. Es por esto, que tanto la doctrina como la jurisprudencia, han identificado las conductas recurrentes que permiten inferir esta circunstancia.

3.2. Las máximas de la experiencia, hecho indicador y carga de la prueba

La CSJ y la Doctrina han catalogado algunas de las máximas de la experiencia más concurrente en los casos de simulación, es por ello que se hace necesario abordar sumariamente lo que puede entenderse, para lo cual se sigue a Stein (1999), en los siguientes términos:

Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos. (p. 27)

Desde esta perspectiva se puede decir que las máximas de la experiencia son generalidades empíricas que manifiestan las relaciones o vínculos existentes en los fenómenos empíricos a través de un proceso inductivo (Beltrán, 2021); esto permite que en circunstancias similares se concluya que las consecuencias serán análogas, logrando de esta manera una sistematización y estructuración de la información, las cuales sirven como heurísticas en la identificación de los datos observados.

Como consecuencia, la labor del juez se desarrolla en un proceso cognitivo en el cual debe determinar la ocurrencia de un hecho particular derivado de las inferencias que emanan de unos hechos conocidos y probados en el proceso, es por esto por lo que cuando se habla de la traslación entre los hechos probatorios y los hechos a probar se subsume y presume la conexión inferencial entre la máxima o generalización empírica y la consecuencia.

González (2014), lo expresa en el siguiente lenguaje: “Si yo sé que los acontecimientos como A están vinculados de alguna manera con acontecimientos como B, ante la presencia de un hecho del primer tipo puedo inferir (que ha ocurrido o que ocurrirá¹⁹) un hecho del segundo tipo” (p. 80).

De esta manera la relación que se da entre los hechos es una vinculación epistémica de correlación y existencia porque se conduce al sujeto a una heurística que le permite inferir la existencia²⁰ del uno respecto del otro.

La máxima de la experiencia conecta así el hecho indicador y el hecho indicado en el medio de prueba por razonamiento que se está tratando, esto desde el artículo 240 del CGP el cual como se ha dicho ya, pero en palabras de Acosta (2010) “que aparezcan plenamente probados en el curso del juicio y que el demandado haya podido razonablemente controvertirlos” (p. 396).

En este marco reside la esencia de la carga de la prueba, pues el hecho base o indicador es susceptible de ser probado por cualquiera de los medios probatorios en los términos del artículo 165 del CGP: “El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales”.

19 González (2014) describe este conocimiento como máximas de la experiencia; es decir, se vincula un hecho a una conclusión porque la observación de x números de casos previos ha permitido concluir, a través de la inducción, la existencia de una regularidad entre el primero y su consecuencia, derivando en un enunciado general probable.

20 A esto lo denomina de Miranda (2014) como el carácter ambivalente de la máxima de la experiencia, porque cada término (función de indicador) se relaciona con el otro.

4. Conclusiones

1. La simulación absoluta no se estructura con la aguda precisión que, desde la obra del Código de Andrés Bello, se edifican otras categorías, entre ellas, la pauliana o la oblicua, cuyo diseño y esquema se plantean en el Código Civil con un perfilamiento más elaborado. La simulación, se trata en cambio, de una construcción por vía jurisprudencial, cuyo tratamiento tiene por objeto central, “la intencionalidad”, de quien o quienes realizan la declaración dispositiva. Lo que concuerda, o es razonablemente articulado, con la teoría voluntarista del negocio jurídico, de donde se desprende, que, conocida la voluntad declarada, debe preferirse a la escrita.
 - 1.1. Así, la simulación es un mecanismo adjetivo que emerge ante la presencia de un negocio aparente, cuya finalidad es amparar, no tanto derechos consolidados, como sí, la legítima expectativa de realización sustancial de los derechos que se encuentran articulados y que razonablemente se encuentran en el riesgo de ser frustrados, por la divergencia intencional de esa declaración negocial.
2. Desde Francisco Ferrara, la doctrina ha seguido un esquema conceptual más o menos uniforme, desde el cual se entiende la simulación como el producto de sus extremos axiológicos: i) acuerdo de dos voluntades para engañar; ii) la finalidad de aparentar un acto jurídico diferente al querido por los contratantes; y iii) la disconformidad entre la voluntad declarada y la intencionalidad real del acto.
 - 2.1. Pese a lo anterior, la acrisolada categoría jurídica, ha sido depurada, principalmente a través de cuatro teorías, de las cuales se destaca la extrapolación de caracteres entre las dos últimas, esto es, entre la prevalencia propiamente dicha de la teoría francesa, y la caracterización de la simulación absoluta como un caso de inexistencia, de la cual, se aprecia desde la práctica judicial, una dificultad clara en inferir los efectos jurídicos correspondientes.
 - 2.2. Dicha dificultad se erige precisamente porque la prevalencia, nombre que se le da de forma equivalente a la acción simulatoria, no resulta pertinente a los negocios que, siendo absolutamente simulados, no tienen ningún negocio jurídico oculto al cual hacer prevalecer, y en este sentido, se trata de un caso de inexistencia que debe ser declarado. Ospina (2005) considera que los tribunales vienen aplicando la inexistencia; sin embargo, no le dan los efectos jurídicos a dicha categoría.
3. Desde un modelo o esquema probatorio debe concluirse que se trata de un mecanismo procesal en el que la carga de la prueba se manifiesta en su

cláusula general, preceptuada en el ordinal primero del artículo 167 del CGP. Esto es, que la titularidad de la carga probatoria, respecto a los tres elementos que constituyen sus extremos axiológicos, recaen en el sujeto procesal que pretende derivar sus efectos jurídicos, o lo que es lo mismo, en quien la alega por vía de acción o de excepción.

3.1. Lo que se traduce en que el factor de distribución del riesgo ante la incerteza de los hechos que la constituyen, correrá en desfavor de quien pretenda derivar efectos jurídicos de la declaración de simulación.

3.2. Desde el ángulo teórico opuesto (el aspecto subjetivo de la carga probatoria), se precisa que dicha titularidad se ubica en cabeza de los terceros, que son los legitimados por activa, en la acción de simulación impropia. Frente a estos, existe aplicación del principio de libertad probatoria.

En este contorno, el sigilo de los extremos sustanciales del negocio simulado; es decir, por el *animus simulandi*, tiende a impedir el acceso del afectado a la prueba directa, razón por la cual es un caso en el cual tiene protagónico desempeño la prueba indirecta, también llamada por razonamiento o prueba indiciaria.

3.2.1. Lo anterior se traduce en que el tercero, titular de la carga, habrá de soportar el *onus* mediante la prueba del hecho indicador, y alegar o manifestar la regla de la experiencia, cuya aplicación deba verificarse o se verifica en la causa fáctica.

3.2.2. Si bien la prueba por razonamiento se produce en la etapa de valoración probatoria, el titular de la carga puede advertirlo ya desde la formulación de la causa, mediante la descripción del hecho indicador, aduciendo al proceso la prueba del mismo, o en los alegatos de conclusión mediante el llamado al tribunal para que infiera efectos probatorios.

4. De los terceros se ha dicho, tanto desde la jurisprudencia como desde la doctrina en el capítulo segundo, que su interés para obrar y legitimación por activa emergen de la lesión a sus propios derechos sustanciales, o en un inminente peligro de resultar conculcados. Sobre dichos presupuestos (uno procesal y otro material), resulta útil afirmar que son apenas habilitantes para concurrir ante la jurisdicción, pues sobre ellos pesa la titularidad de la carga probatoria, que en la más de las veces será indirecta. En este sentido, se han identificado 25 indicios de mayor permanencia, entre otros de menor concurrencia. En todo caso, de estos no se puede hablar de una lista taxativa o de un *numerus clausus*.

Referencias bibliográficas

- Acosta, C. (2010). Simulación de actos jurídicos: Teoría, acción y los efectos de su declaración. *Revista de derecho*, (34), 377-409. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972010000200014
- Alessandri, A. (1991). *Derecho civil. Parte Preliminar y General* (Tomo II). Ediar Conosur Ltda.
- Alessandri, A. y Somarriva, M. (1962). *Curso de derecho civil* (Tomo II). Editorial Nascimento.
- Azula, J. (2015). *Manual de derecho procesal*. Leyer
- Beltrán, R. (2021). Las máximas de la experiencia y su reconstrucción conceptual y argumentativa en sede jurisdiccional. *Revista Ius et Praxis* 27(2), 136-155. <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v27n2/0718-0012-iusetp-27-02-136.pdf>
- Bigliazzi, L. (1992). *Derecho civil* (Tomo I, Vol. II). Universidad Externado de Colombia.
- Claro, L. (1986). *Derecho Civil. Obligaciones*. Imprenta Universal.
- Colombia, Congreso de la República. (31 de mayo). Ley 84 de 1873, por medio de la cual se expide el Código Civil de los Estado Unidos de Colombia. *Diario Oficial* n.º 2.867.
- Colombia, Congreso de la República (12 de julio). Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. *Diario oficial* n.º 48.489.
- Colombia, Corte Constitucional. (3 de febrero de 2004). Sentencia C-071/04. [MP. Álvaro Tafur Galvis].
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 8 de junio de 1954. Gaceta Judicial LXXVII, p.p. 793 – 794.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 14 de septiembre de 1976. Gaceta Judicial CLII, pp. 392-396. [MP. Alberto Ospina Botero].
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC16608-2015.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC21801-2017.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC2582-2020.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC 3365-2020.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC3598-2020.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC5191-2020.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC2906-2021.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC3678-2021.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC963-2022.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC1971-2022.

- Colombia, Presidencia de la República (21 de septiembre). Decreto 1400 de 1970, por medio del cual se expide el Código de Procedimiento Civil. *Diario oficial* n.º 36.150.
- De Castro y Bravo, F. (1985). *El negocio jurídico*. Editorial Civitas.
- Dellepiane, A. (1955). *Nueva teoría general de la prueba*. Editorial Temis.
- De Miranda, C. (2014). *La prueba indiciaria: ¿deducción? ¿inducción? ¿abducción? ¿o inferencia a la mejor explicación?* Editorial Comares.
- Devis, H. (1987). *Teoría general de la prueba judicial* (Tomo II). (1ª Ed.). Biblioteca Jurídica Diké.
- Ferrara, F. (1961). La simulación de los negocios jurídicos. *Revista de derecho privado*.
- Fitting, H. (1889). *Die Grundlagen der Beweislast*. Fleta.
- Garibotto, J. C. (1991). *Teoría general del acto jurídico*. Editorial Depalma.
- González, D. (2005). *Quaestio Facti (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción). La inferencia probatoria*. Temis.
- González, D (2014). Presunción de inocencia, verdad y objetividad. Editorial Comares. Tomado de Prueba y razonamiento probatorio en Derecho / p. 85 – 120.
- Guerrero, M. (1957). *La simulación en el Derecho civil colombiano*. Editorial Máxima.
- Hinestrosa, F. (2000). *La prescripción extintiva*. Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa, F. (2017). *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*. Universidad Externado de Colombia.
- Loreto, L. (1935). *Estudios de Derecho procesal civil. Gaceta jurídica trimestral*. San Cristóbal.
- Micheli, G. (1982) *La Carga de la Prueba*. Editorial Mundo Editores.
- Muñoz, L. (1997). *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*. Temis.
- Muñoz, L. (2011). *La prueba de la simulación* (3.ª ed.). Temis.
- Muñoz, L. (2022). *La prueba de la simulación*. Temis.
- Nieva Fenol, J. (2018). La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida. *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, (1), 129-146. <http://www.revistasmarcialpons.es/rivitsproc/article/view/la-carga-de-la-prueba-una-reliquia-historica-que-debeira-ser-abo/587>
- Ospina, G. (2005). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Editorial Temis.
- Picó, J. (2017). Los indicios en la prueba de la simulación contractual. *InDret*, 3 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3032010
- Planio, M. y Ripert, G. (1983). *Tratado elemental de Derecho civil. Teoría general de los contratos especiales* (Tomo V). Editorial Cardenas Editor y Distribuidor.
- Quintero, B. y Prieto, E. (2008). *Teoría general del derecho procesal*. Editorial Temis.

- Rosenberg, L. (1903). *Zur Lehre von sog. Qualifizierben Getsendisse*. Band
- Ruiz, L. (2019). *La prueba como derecho en el Código General del Proceso*. Universidad de Antioquia, Tirant lo Blanch.
- Stein, F. (1999). *El conocimiento privado del juez*. Editorial Temis.
- Suárez, H, E. (1993). *Simulación en el Derecho civil y mercantil*. Ediciones Doctrina y ley.
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Trotta.
- Taruffo, M. (2017). *Onere della prova*. Dirrito on line. https://www.treccani.it/enciclopedia/onere-della-prova-dir-proc-civ_%28Diritto-on-line%29/
- Valencia Zea, A. (1978) *Curso de Derecho Civil Colombiano*. Editorial librería siglo XX.