

DOCTRINA

Cómputo de la prescripción extintiva en torno al
interés jurídico del contratante para demandar la
simulación del contrato aparente
Recensión a la hermenéutica de la Sala Civil de la Corte Suprema
de Justicia de Colombia

*Statute of limitation time limit regarding the legal interest of a contracting
party to claim a simulation of a contract
Recension to the hermeneutics of the Civil Chamber of the Supreme Court of
Justice of Colombia*

NUBIA CRISTINA SALAS*

* Abogada de la Universidad de Nariño, especializada en las áreas de Derecho Constitucional y Filosofía y Teoría Jurídica de la Universidad Libre de Bogotá, en Derecho Procesal Civil y Responsabilidad y Daño Resarcible de la Universidad Externado de Colombia, en Derecho Comercial de la Universidad Santo Tomás. Recibió el grado en la Maestría investigativa en derecho de la Universidad Nacional de Colombia, con tesis calificada meritoria. Actualmente es candidata a Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Se ha desempeñado durante veintisiete años en la Rama Judicial de Colombia, en los cargos de Juez Civil Municipal, Juez Laboral de Circuito, Magistrada de la Sala Civil Familia de los Tribunales Superiores de Ibagué y Villavicencio. Además fue Magistrada Auxiliar de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Actualmente se desempeña como Relatora de la Jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia y es docente en posgrados en Derecho de la Universidad Autónoma de Colombia. Correo institucional ncsalass@unal.edu.co.

RESUMEN: Con el presente estudio se pretende demostrar que el hito temporal para computar el inicio de la prescripción extintiva de la acción de simulación del contrato, cuando el que demanda es el contratante es, sin lugar a duda, la fecha de celebración del contrato, la cual corresponde al nacimiento de su interés jurídico. El fundamento para arribar a esta conclusión se encuentra en una nueva lectura de diversas providencias proferidas por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en distintos tramos del itinerario jurisprudencial, que edificaron –en un primer estadio- la hermenéutica del artículo 2535 del Código Civil en torno a los periodos de identificación de la simulación como forma de nulidad absoluta por causa o por objeto ilícito como en el periodo de independencia de la simulación, en particular con la sentencia de 5 de noviembre de 1960, en la cual, bajo los principios rectores del negocio jurídico, fija la frontera entre el interés jurídico para los contratantes y el de los terceros del negocio aparente, diferencia que la Corte aún no tiene claro, al momento de identificar el hito inicial para computar la prescripción extintiva de la acción de simulación.

PALABRAS CLAVES: Interés jurídico, simulación, principios, prescripción extintiva, contrato aparente.

ABSTRACT: The article aims to demonstrate that the event to start counting the time to file a lawsuit against the simulation of a contract by the contracting party is undoubtedly the time of entering the contract, which is the source of his legal interest. The basis for this statement is a new reading of the sentences of the Civil Chamber of the Supreme Court of Justice of Colombia in different periods that built the hermeneutic of article 2535 of the Civil Code regarding the periods of identification of a simulation that can make a contract void by cause or illicit object as the period of independence of the simulation, in particular, the judgment of November 5th, 1960 in which, under the guiding principles of the legal business, sets the limits of the legal interest of contracting and third parties – difference that is not yet clear for the Court- when identifying the beginning of the period of the statute of limitations.

KEY WORDS: Legal interest, Simulation, Statute of limitations, Simulated contract.

INTRODUCCIÓN

Mediante las presentes líneas se pretende presentar la reconstrucción de la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en torno al debate del hito temporal para computar el inicio de la prescripción extintiva de la acción de simulación cuando quien demanda es el contratante en el negocio aparente, que solo se resuelve identificando

el nacimiento del interés jurídico del contratante, a partir de la lectura de contexto de la jurisprudencia de la Corporación, que implica hacer un estudio en profundidad en torno a la hermenéutica de los textos legales y a la evolución de la doctrina de la Alta Corte.

Para tal efecto, la reflexión se hace a partir del estudio de los contextos normativos y jurisprudenciales de la época, en tres bloques, partiendo de la hermenéutica del artículo 2535 del Código Civil Colombiano, que fue adoptado por la ley 57 de 1887, para la época republicana y las reformas de la ley 153 de 1887 y la ley 95 de 1890, que reformaron el tema en materia de la legitimación en la causa en materia de nulidad absoluta de los contratos, institución que albergó la simulación hasta el año de 1935. Así mismo fue de importancia suma el legislador de 1936, quien con la expedición de la ley 50 de ese año, tomó distancia del principio *nemo propiam turpitudinem suam allegans*, al autorizar en materia de nulidades absolutas denunciarla a quien dio lugar a ella.

Después de 1935 y hasta la fecha, la Jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte ha sido ambigua en indicar las directrices para identificar el interés jurídico de los contratantes para demandar el contrato por ellos simulado. Se presentan por lo tanto, a título de ejemplo algunas jurisprudencias que dan cuenta de las contradicciones de su doctrina.

El segundo bloque se ocupa del hito temporal para computar la prescripción extintiva de la acción de simulación, en el que, con el estudio de contexto de la jurisprudencia, se presenta la ambigüedad y confusión en el tema, debido a que la Corte no cuenta con reglas claras respecto al inciso 2 del artículo 2535 del Código Civil Colombiano.

En el tercer segmento, con el propósito de superar semejante complejidad jurisprudencial, la autora presente como fórmula de solución la de reconstruir la jurisprudencia de la Sala, con guía de la sentencia de 5 de noviembre de 1960 en la que la Corporación indica, no es posible aplicar el mismo criterio del interés jurídico que se predica para los terceros del contrato a los contratantes, ante la naturaleza ilícita de la simulación y con sustento en los principios jurídicos, de ética y la moralidad que comporta el negocio jurídico.

El análisis del presente documento se ha efectuado a partir de la Jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia a partir de 1896 y hasta la fecha, fuentes primarias que fueron consultadas directamente de la Gaceta Judicial, como órgano oficial de publicación de las sentencias de

la Corte hasta 1999. Las providencias proferidas con posterioridad a esa fecha fueron consultadas en medio digital en la página oficial de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

LA HERMENÉUTICA DEL ARTÍCULO 2535 DEL CODIGO CIVIL

Durante el periodo en el que la simulación fue considerada como una especie de nulidad absoluta, el tema del interés jurídico para demandarla fue pacífico, en atención a que el legislador reguló dicho interés en el artículo 1742 del Código Civil, con algunas modificaciones que precisó el artículo 90 de la Ley 153 de 1887, el artículo 15 de la Ley 95 de 1890 y finalmente el artículo 2 de la Ley 50 de 1936.

En efecto, el texto original del artículo 1742 del Código Civil decía

«La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez o prefecto, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, *excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo y debiendo saber el vicio que lo invalidaba*;¹ puede asimismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de treinta años».²

ESTUDIO DEL ARTÍCULO 90 DE LA LEY 153 DE 1887 Y DEL 15 DE LA LEY 95 DE 1890

El artículo 90 de la Ley 153 de 1887 modificó el texto original del artículo 1742 del Código Civil al señalar que

«La nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, *excepto el que ha ejecutado el acto ó celebrado el contrato sabiendo ó debiendo saber el vicio que lo invalidaba*;³ puede asimismo pedirse su declaración por el Ministerio público, en interés de la moral ó de la Ley. Cuando provenga de

¹. Se destaca fuera de texto.

². Ley 57 de 15 de abril de 1887, sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional (Diario Oficial 7.019 de 20 de abril de 1887).

³. Se destaca fuera de texto.

objeto ó causa ilícita ó de incapacidad absoluta para ejecutar un acto ó celebrar un contrato, no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo menor de treinta años. En los demás casos es subsanable por ratificación hecha con las formalidades legales y por prescripción ordinaria».⁴

Ahora bien, el artículo 15 de la ley 95 de 1890, que modificó el artículo 90 de la ley 153 de 1887, trajo algunas condiciones adicionales a la acción de nulidad absoluta, en cuanto al *interés* para demandarla, al indicar que

«la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, *excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba*;⁵ puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio público en el interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de treinta años».⁶

En las anteriores disposiciones transcritas, permaneció la restricción de alegación de la nulidad absoluta, dentro de cuya acción se encontraba la simulación tanto absoluta como relativa, de los contratantes del negocio simulado por ser conecedor del vicio de invalidación.⁷

En sentencia de 19 de junio de 1911 la Corte enfatizó el principio *nemo propiam turpitudinem allegan potes*, dijo allí que, a pesar de haberse establecido que

«La simulación de un contrato es motivo de nulidad absoluta de él, les es vedado a los individuos que han entrado en su celebración el ejercicio de la acción de nulidad, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, por lo cual Sara carecía de derecho, para ejercitar esa acción, pues había concurrido a la celebración del contrato cuya nulidad se solicita; y que, por lo mismo Urueña

⁴. Se respeta la escritura de la época.

⁵. Se destaca fuera de texto.

⁶. Ley 95 de 2 de diciembre de 1890, sobre reformas civiles (Diario Oficial 8.264, del 2 de diciembre de 1890).

⁷. En sentencia de 17 de agosto de 1893 G.J. IX, 2, se resolvió por la Corte la nulidad de contrato de promesa de compraventa, por simulación, inter partes, con sustento en lo dispuesto en el artículo 15 de la ley 95 de 1890 y los artículos 9 y 1742 del Código Civil de la época.

a su vez carecía, como cesionario de la Reyes, del derecho de ejercitar dicha acción, por cuanto la cedente de aquellas acciones y derechos hereditarios, no podía transmitir un derecho que no tenía».⁸

Como interpretación de la citada norma, la Sala afirmó en la sentencia de 13 de agosto de 1917 que

«el artículo 15 de la Ley 95 de 1890 es de interpretación y alcance estrictos, por contener una sanción enteramente personal contra el individuo que interviene en un acto o contrato viciado sabiendo el defecto que lo invalidaba: de manera que no pudiendo hacerse extensivo aquel artículo al causahabiente, la acusación por falta de aplicación de él no es eficaz, puesto que el demandante de nulidad por simulación, en el presente caso no fue el mismo individuo que intervino en el contrato».⁹

La situación del acreedor fue distinta desde el comienzo, pues se requería que existiera un interés actual, y así fue referida por la Corte, de manera precisa, con sustento en la hermenéutica del artículo 15 de la ley 95 de 1890, para indicarle que por lo tanto el acreedor debía ser actual y su perjuicio directo real y determinante, así en la sentencia de 30 de agosto de 1924 dijo

«La cuestión de derecho queda, pues, reducida a determinar qué clase de perjuicio es el que, por su naturaleza, pueda dar origen al derecho de un tercero a obrar contra una convención celebrada entre individuos ligados por algún vínculo de derecho con ese tercero».¹⁰

Y más adelante, en sentencia de 30 de agosto de 1924 precisó para los terceros que

⁸. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de junio de 1911. G.J. XX, 3. Magistrado Ponente Emilio Ferrero.

⁹. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 13 de agosto de 1917. G.J. XXVI, 128, 3ª.

¹⁰. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de agosto de 1924. Magistrado Ponente Juan N. Méndez. G.J. XXXI, 104. Providencia que se cita para resolver el interés de un tercero para demandar la nulidad por simulación en sentencia del 15 de julio de 1933. Con Ponencia de Francisco Tafur A. G.J.XLI, 459.

«En los casos en que la ley requiera que exista un perjuicio, ya se trate de convenciones, ya de sentencias judiciales, cuyos efectos respecto de terceros se regulan por principios análogos, no se considera en teoría de derecho civil como perjuicio cualquier consecuencia desfavorable que pueda derivarse de la ejecución de aquellos actos, sino que es preciso que éstos hieran directa, real y determinadamente los derechos de un tercero, ya porque puedan quedar anulados, ya porque sufra desmedro su integridad. Un daño eventual y remoto, que apenas pueda entrecerse en las estipulaciones de un contrato o en los fallos de una sentencia, no son elementos suficientes para constituir el perjuicio que requiere la ley».¹¹

En sentencia de 29 de septiembre de 1917, la Sala sostuvo que

«Conforme a la doctrina del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, dos condiciones son necesarias para que una persona pueda alegar la nulidad absoluta de un contrato: 1ª) Que la parte no haya celebrado el contrato nulo sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; 2ª) Que esa parte tenga interés en la alegación de la nulidad».¹²

DEL ARTÍCULO 2 DE LA LEY 50 DE 1936

Se hace necesario precisar que el artículo 15 de la Ley 95 de 1890 fue subrogado por el artículo 2 de la ley 50 de 1936, mediante el cual se eliminó dicha restricción para demandar la nulidad absoluta por los contratantes, cuando señaló que

«La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede asimismo pedirse su declaración

¹¹. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de agosto de 1924. Magistrado Ponente Juan N. Méndez. G.J. XXXI, 104. Providencia que se cita para resolver el interés de un tercero para demandar la nulidad por simulación en sentencia del 15 de julio de 1933. G.J. XLI, 459. Con Ponencia de Francisco Tafur A.

¹². Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 29 de septiembre de 1917, G.J. XXVI, 180, 1ª. Magistrado Ponente Germán D. Pardo.

por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria».¹³

Fue así como el legislador de 1936, tomó distancia del principio *nemo propiam turpitudinem suam allegans*, al autorizar en materia de nulidades absolutas denunciarla a quien dio lugar a ella. Ahora bien, esta norma fue de aplicación a la simulación hasta tanto fue considerada como forma de nulidad absoluta, situación que aconteció hasta 1935.

En efecto, en Colombia, hasta el año 1935, la simulación fue una de las especies de nulidad, bien por ausencia de consentimiento o por ilicitud de la causa, con fundamento en el artículo 1742 del Código Civil y como soporte de la sanción que de la nulidad se deriva. La concepción acerca de la nulidad como sanción alejó la simulación del espacio de las nulidades, debido a que la modificación hecha por el artículo 2 de la Ley 50 de 1936 permitió que los artífices del acto simulado y del nulo pudieran alegar estos tipos de afectación.

Pero, ¿qué aconteció con la definición del interés jurídico para demandar la simulación con posterioridad a 1936?

La Sala siguió aplicando el principio *nemo propiam turpitudinem allegans potest* años después. En sentencia de 21 de abril de 1941, mencionó que

«Así como Ruiz no hubiera podido aprovecharse de su negligencia o descuido en hacer registrar la escritura debidamente, para pedir la invalidez del contrato fundado en esa causa, porque nadie puede alegar su propia culpa para no cumplir un contrato, de la misma manera Fuentes, que representa hoy a Ruiz, no puede ejercitar una acción, como la entablada en este pleito, que le estaba vedada a su causante Ruiz».¹⁴

En providencia de 9 de junio de 1947, explicó la Sala que

«El concepto ético-jurídico con que la ley y la doctrina aceptan y consagran el fenómeno de la simulación se funda en el principio de la autonomía de la

¹³. Ley 50 de 18 de marzo de 1936, sobre prescripciones y nulidades civiles (Diario Oficial 23.160, de 17 de abril de 1936).

¹⁴. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil sentencia de 21 de abril de 1941. G.J. LI, 201. Magistrado Ponente Liborio Escallón.

voluntad y se condiciona con la exigencia de la licitud, esto es, con la necesidad de que con la simulación no se viole la ley ni se vulneren derechos de terceros. Desde el momento en que la simulación perjudica a éstos o defrauda la ley deja de ser lícita y pierde consecencialmente la protección jurídica el acto concertado en esa forma ficticia».¹⁵

En sentencia de 5 de noviembre de 1960, ya para cuando la simulación había logrado la independencia de la simulación, la Sala aplicó nuevamente el principio *nemo propriam turpitiem allegans potest*, cuando afirmó que

«No puede perderse de vista que aún en el evento de que la simulación estuviese acreditada por medios idóneos, en este caso lo sería inseparablemente de la causa simulandi, reconocida por el actor a lo largo del proceso desde la demanda inicial; que tuvo el propósito de insolventarse (sic) a fin de eludir las resultas del juicio en que a la sazón se le perseguía para el pago de perjuicios. Tal causa simulandi destruye la acción propuesta con fundamento en la posición antijurídica del traspaso simulado de bienes en perjuicio de terceros. Porque no se trata en este caso de corregir la conducta errónea, de evitar o reparar las consecuencias de la falta, lo cual sería lícito y aún plausible base de la acción. Por el contrario, se pretende obtener que por injusticia como instrumento, se corone la maniobra proyectada en fraude de los acreedores, cuando se estima que ha cesado el peligro de persecución. Nadie entonces, con apoyo en causa reprobada por el derecho puede recabar acción ante los tribunales (artículo 1525, Código Civil). Claro es que la ilicitud de la causa simulandi debe estar plenamente acreditada en el proceso, como lo ha sido en esta oportunidad por confesión del actor».¹⁶

DEL HITO TEMPORAL DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN

La Corte se ocupó de interpretar el inciso 2 del artículo 2535 del Código Civil, para cuando el tema de debate era la prescripción extintiva de la acción

¹⁵. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 9 de junio de 1947. G.J. LXII, 436. Magistrado Ponente Hernán Salamanca.

¹⁶. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de noviembre de 1960. G.J. XCIV, 22. Magistrado Ponente José Hernández Arbeláez.

de simulación, en tanto categoría de la acción de nulidad y cuando se tornó en acción independiente, logrando poca claridad y coherencia en sus reglas, como pasa a verse.

En principio, para cuando la simulación era considerada como una especie de nulidad, la determinación del hito se fijó a partir de la hermenéutica del inciso 2 del artículo 2535 de la ley 57 de 1887, medida que enseñaba de manera categórica en sentencia de 2 de noviembre de 1927 que

«La prescripción que extingue las acciones y derechos, según expresa disposición del artículo 2535 del Código Civil, exige solamente para que se cumpla cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Esta es la única condición necesaria para esta prescripción, *la cual se funda razonablemente tanto en la presunción de que las obligaciones y derechos ajenos se han extinguido como en el concepto de pena infligida al acreedor negligente que ha dejado pasar un tiempo considerable, sin reclamar su derecho*».¹⁷

Años más tarde, cuando la simulación había tomado distancia de la nulidad, la Sala de Negocios Generales de la Corte en sentencia de 18 de junio de 1940 delimitó los requisitos de la norma, así:

«Del artículo 2535 del C.C se deduce que son dos los elementos de la prescripción extintiva de las acciones y derechos: 1º) el transcurso del tiempo señalado por la ley, y 2º) la inacción del acreedor. *El tiempo de la prescripción de la acción ejecutiva se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible y el tiempo de la prescripción se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible*».¹⁸

De lo dicho, se observa una postura interpretativa del inciso 2 del artículo 2535 del Código Civil para cuando se demanda la acción de simulación, de lo que ha de entenderse de cuando «la obligación se haya hecho exigible» y la

¹⁷. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 2 de noviembre de 1927, G.J. XXXV, 57. Magistrado Ponente Juan N. Méndez. Se destaca fuera de texto.

¹⁸. Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia de 18 de junio de 1940. G.J. XLIX, 726. Magistrado Ponente Juan Antonio Donado. Se destaca fuera de texto.

pregunta a resolver por la Sala era cómo entender dicho imperativo cuando el contrato era aparente, sin obligaciones exigibles reales, bien sea concebido para ocultar otro tipo de negocio jurídico o no, cuyo sustento era un acuerdo oculto.

En los años siguientes, la postura de la Corte parece no haber asumido este interrogante y más bien se dedicó a indagar el interés jurídico a título individual y trascender a razones de moralidad y orden público, de quien demanda la simulación, en torno de los terceros, sucesores y causahabientes.

En sentencia de 28 de febrero de 1955, la Sala estableció como doctrina, para cuando los sucesores del aparente vendedor, demandan la simulación relativa, que la prescripción extintiva de su acción ha de empezarse a contar a partir del interés jurídico de dichos sucesores, que para el caso bajo examen se determinó en el momento en el que el aparente comprador desconoció la eficacia de la contra estipulación convenida por escrito, frente a los causahabientes del aparente vendedor, cuando acudió –sin éxito- a las autoridades en demanda de entrega del inmueble por medio de un juicio de lanzamiento por ocupación de hecho.

En el citado contexto la Sala explicó que

«para el ejercicio de la acción de simulación es requisito indispensable la existencia de un interés jurídico en el actor. Es la aparición de tal interés lo que determina la acción de prevalencia. Mientras él no exista, la acción no es viable. De consiguiente, el término de la prescripción extintiva debe comenzar a contarse desde el momento en que aparece el interés jurídico del actor. Solo entonces se hacen exigibles las obligaciones nacidas del acto o contrato oculto, de acuerdo al inciso 2 del artículo 2535 del C.C.».¹⁹

Con posterioridad, la Corte en sentencia de 26 de julio de 1956, al resolver la pretensión de simulación absoluta de contrato de compraventa, formulada en demanda de reconversión por la cónyuge supérstite del vendedor aparente, fijó el hito temporal para el cómputo de la prescripción extintiva en la fecha en la que se convenga por las partes contratantes en el acuerdo secreto, por manera que

¹⁹. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 28 de febrero de 1955 G.J. LXXIX, 526. Magistrado Ponente Manuel Barrera Parra.

«El momento desde el cual corre la prescripción extintiva de que se trata, ha de constar, ante todo, en el acuerdo secreto,²⁰ puesto que es natural que las partes provean en él la oportunidad para que sea cumplido o ejecutado. Pero, si no consta, no podría contarse desde la fecha del contrato aparente, porque pugna a la finalidad misma de la simulación que un traspaso fingido de bienes suponga el restablecimiento inmediato de las cosas, de la verdad contenida en la convención oculta. Ningún objetivo tendría la simulación».²¹

En el contexto del caso de la referida sentencia, la Sala contempló que si no se ha convenido por los contratantes aparentes una fecha de cumplimiento de la cual se derive la exigibilidad de la que trata el inciso 2o del artículo 2535 del Código Civil, para computar la prescripción extintiva de la simulación, el punto de referencia sería el acto de rebeldía del convenio secreto, así:

«en ausencia de toda estipulación al respecto, no puede ser sino aquel en que el «adquirente» contradiga el contrato secreto desconociendo el derecho del dueño, es decir, negándose a obrar según fue acordado por los contratantes en el convenio oculto».²²

Para la Sala, el argumento para tomar este punto de referencia fue que

«(...) mientras el «adquirente» reconozca el derecho del propietario, y esté listo a cumplir lo pactado, no será sino un mero tenedor, y la mera tenencia no se muda jamás en posesión –que es indispensable para usucapir– por el simple transcurso del tiempo, según el artículo 777 del C.C. Por tanto, mientras sea un mero tenedor jamás prescribirá el dominio, y en tanto no prescriba el dominio, y en tanto no prescriba el dominio subsistirá la acción del dueño para que se declare la simulación».²³

²⁰. Se destaca fuera de texto.

²¹. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 26 de julio de 1956, G.J. LXXXIII, 283. Providencia que se cita en sentencia de 6 de marzo de 1961. G.J. XCV, 63. Magistrado Ponente Enrique Coral Velasco.

²². Ibid

²³. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 26 de julio de 1956, G.J. LXXXIII, 283. Magistrado Ponente José J. Gómez R.

En suma, la sentencia de 26 de julio de 1956, con sustento en la doctrina de la sentencia de 28 de febrero de 1955, afirmó para el caso, como regla la que de que «la acción prescribe siempre que el comprador desconozca el derecho del vendedor y este deje correr el tiempo máximo de veinte años sin ejercer la acción».²⁴

En sentencia de 14 de abril de 1959 la Corte parece haber fijado el hito temporal de inicio del cómputo de la prescripción extintiva en otro horizonte, esto es, en tanto la obligación se torne exigible, al decir que:

«El lapso de tiempo señalado por el artículo 2536 a las acciones personales ordinarias, que son todas aquellas que no tienen señalado un plazo corto, es de veinte años, *que se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible (artículo 2.535 inciso 2)*».²⁵

El discurrir de la Sala en la sentencia de 14 de abril de 1959 se centró en la calificación que recibió la acción de simulación, como personal, pues indicó que

«la acción de simulación o prevalencia, como personal que es, nacida del pacto secreto u oculto que hay dentro de la apariencia del contrato visible, está sometida a la llamada prescripción extintiva, consagrada en el artículo 2535 del Código Civil, que para su cumplimiento, exige el transcurso de tiempo y la inacción del acreedor, o el no haberla ejercitado».²⁶

Bastante desafortunada la consideración de la Corte en la resolución del caso que resolvió en sentencia de 14 de abril de 1959, en virtud de sostener que no es posible contar el término prescriptivo de la acción de simulación a partir del contrato ficticio, por no haberse establecido este hito de manera expresa por el legislador, olvidando que la acción simulatoria y sus lineamientos son de edificación jurisprudencial, a partir de la hermenéutica del artículo 1766 del Código Civil Colombiano, norma que hace parte del libro cuarto dedicado a las obligaciones en general y de los contratos y del título XXI dedicado a la prueba

²⁴. Ibid

²⁵. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 14 de abril de 1959. G.J.XC, 318. Magistrado Ponente Arturo C. Posada. Se destaca fuera de texto.

²⁶. Ibid.

de las obligaciones.

En efecto, la sentencia advirtió

«Este plazo, no puede contarse desde la fecha del contrato, *porque la ley no lo ha expresado así*,²⁷ como si lo dice respecto de la acción nacida del pacto comisorio (artículo 1.938) y de la acción pauliana (artículo 2.491, 3ª)».²⁸

De lo dicho y con transcripción de las reglas de las sentencias de 28 de febrero de 1955 y 26 de julio de 1956 concluyó la sentencia de 14 de abril de 1959 que

«aplicando esta doctrina al caso sub-lite, resulta que Estrada G. Hermanos, en razón de haberle traspasado simuladamente los bienes raíces a Pedro Rodríguez Mira con la finalidad de arreglar sus deudas pendientes, no podía exigir la ineficacia de la venta simulada en la escritura 106 para que los bienes volvieran a figurar en cabeza de la sociedad, su verdadera dueña, *sino cuando tal arreglo se hubiera efectuado*.²⁹ No consta cuándo se hizo este arreglo; pero lo que si aparece es que, al venderle Pedro Rodríguez Mira a Débora Castrillón Viuda de estrada los bienes que (sic) le habían confiado ficticiamente, por la escritura 690 de 24 de marzo de 1936, otorgada en la Notaría Tercera de Medellín, desconoció la obligación que tenía de cumplir el pacto secreto, y a partir de esa fecha en que tomó la pretensión de señor y dueño de tales bienes, se hizo exigible aquella obligación».³⁰

De la cita antes transcrita la Sala parece confundir la fecha que ha de hacer constar el escrito oculto para su cumplimiento -que menciona la sentencia de 26 de julio de 1956- con la fecha en la que se conviene dicho acuerdo, para determinar la exigibilidad que exige el inciso 2 del artículo 2535 del Código Civil, hermenéutica que muy por el contrario a aclarar la doctrina de la Sala derivó en

²⁷. Destacado fuera de texto.

²⁸. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 14 de abril de 1959. G.J.XC, 318. Magistrado Ponente Arturo C. Posada. En esta sentencia se reitera lo dicho en la sentencia de 26 de julio de 1956, G.J. LXXXIII, 284 y ésta a su vez cita la doctrina de la Sala en el tema en sentencia de 28 de febrero de 1955, publicada en G.J. LXXIX, 525.

²⁹. Se subraya fuera de texto.

³⁰. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 14 de abril de 1959. G.J.XC, 319. Magistrado Ponente Arturo C. Posada

mayor confusión a la hora de definir el hito temporal de inicio en el cómputo de la prescripción extintiva de la acción de simulación.

Siguiendo el sendero de ambigüedad y confusión, la sentencia de 20 de octubre de 1959, con base en las sentencias de 26 de julio de 1956 y de 14 de abril de 1959, analizó en casación la acción de simulación absoluta de contrato de compraventa suscrito entre madre, en calidad de vendedora aparente e hijo en condición de comprador aparente, que formuló la heredera por derecho de representación de la hija de la vendedora aparente, quien fue tomada en el referido juicio como tercera del contrato simulado.

Dicha sentencia concluyó que

«con base en lo expuesto, la fecha para comenzar a contar la prescripción de la acción de simulación, fue aquella en que la actora tuvo interés jurídico para ejercerla, en este caso como tercera al contrato, cuando tuvo derecho a la herencia correspondiente en la sucesión de la vendedora, o sea el día del fallecimiento de ésta, en que se produjo la delación a término del artículo 1.013 del Código Civil. Lo dicho basta para desechar el argumento, que carece de respaldo en autos, de que la demandante obró como causahabiente de la vendedora, fuera de que, aun cuando así hubiera sucedido, tampoco había sido la fecha del contrato la base para que principiara a contarse la prescripción, sino cuando se presentó el primer hecho de desconocimiento por parte del comprador respecto del acto oculto, lo cual sólo aparece nítidamente en la contestación de la demanda».³¹

En suma, las sentencias atrás referidas son el basamento de la resolución de la sentencia de la cual me aparto, las cuales no se refieren al caso particular de la acción de simulación inter partes objeto de estudio, por lo tanto no me es posible acompañar la afirmación de la Corte de que 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, como la ha dicho desde 1955 y lo reiteró en sentencia de

³¹. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 20 de octubre de 1959. G.J. XCI, 787-788. Magistrado Ponente Hernando Morales Molina. El tema de la prescripción de la acción de simulación de herederos y causahabientes se trató con posterioridad en sentencias de 6 de marzo de 1961. G.J. XCV, 55 y ss. Magistrado Ponente Enrique Coral Velasco.

fecha 20 de octubre de 1959.

Adicionalmente a las sentencias antes referidas, esto es, la de 14 de abril de 1959, de 20 de octubre de 1959, de 6 de marzo de 1961, la cual cita a las sentencias de 28 de febrero de 1955, y 14 de abril de 1959, las providencias de 7 de noviembre de 1977 y de 23 de mayo de 2006, que han sido sustento de la doctrina de la Corte en este tema específico, corresponden a temas totalmente diferentes a la acción de simulación.³²

LA ILICITUD DE LA SIMULACIÓN Y LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA RELACIÓN NEGOCIAL

Como se ha explicado en líneas anteriores, no es posible dar aplicación de los criterios para terceros, causahabientes y sucesores a los contratantes del negocio simulado, para identificar el hito a partir del cual se compute la prescripción extintiva de la acción de la simulación, debido a que para éstos, es el contrato simulado el que ha de marcar dicho hito y todos los efectos jurídicos que se deriven de la ilicitud de la convención, atendiendo los principios jurídicos que deben guiarlos, en particular la autodeterminación, la auto vinculación y la buena fe en procura del reconocimiento de la ética y la moral que ha de regirlos.

En efecto la Corte ha reconocido dicha condición cuando afirma

«Que los contratos son fuente de principios jurídicos se desprende del precepto consagrado en la ley positiva de que son leyes para las partes; y no solo pueden considerarse como fuentes de expresión, sino de creación de esos mismos principios, en el sentido de que los contratantes no solo tienen un amplio margen para prever todas las contingencias que pueden presentarse en el desarrollo y cumplimiento de las convenciones, sino también de adoptar aquellas normas que consideren más adecuadas para resolverlas. El principio básico de la institución es precisamente el de la libre estipulación, cuya norma aplicación y desenvolvimiento no solo garantiza los objetivos jurídicos y económicos de las convenciones, sino también la propia seguridad y firmeza

³². Sentencia de 7 de noviembre de 1977. G.J. CLV, 340. Magistrado Ponente Germán Giraldo Zuluaga y de 23 de mayo de 2006. Expediente 1998-03792-01. Magistrado Ponente Manuel Ardila Velásquez, al resolver el incumplimiento de contratos de reaseguro de vida educativo y de vida y de accidentes.

de éstas. Y si la ley positiva establece límites a ese desenvolvimiento, ellos no pueden ir más allá de la tutela del a moral, del orden público y de las buenas costumbres, que son los ángulos normativos que determinan el campo dentro del cual se mueve la autonomía de la voluntad».³³

Y es que ha sido la misma Corte quien ha precisado dichos criterios en el tratamiento de los inter partes del negocio simulado, cuando en sentencia de 5 de noviembre de 1960, decidió la acción de simulación -entre contratantes- de la compraventa aparente y en el que el demandante reconoció a lo largo del proceso, el propósito de volverse insolvente a fin de eludir las resultas de un juicio en el que se le demandaba el pago de perjuicios, señalando puntos cardinales en la doctrina en este preciso punto de derecho, a partir del estudio de la simulación ilícita, con sustento en la causa simulandi ilícita.

En primer lugar, reconoció la vacilación e imprecisión jurisprudencial en materia de simulación, cuando afirmó que

«1.- Sin duda que en materia de simulación la doctrina de la Corte fue vacilante e imprecisa. Antes de 1935 estimó que se trataba de nulidad absoluta por falta de causa y consentimiento real de las partes. De 1935 a 1940 dio a la simulación la fisonomía jurídica que le corresponde y a la acción la finalidad que le es propia, de obtener que prevalezca la realidad sobre la apariencia. Distinguió y separó las acciones de simulación y de nulidad, ya que en el ámbito de ésta última la ineficacia se produce contra la voluntad de las partes, mientras que en la simulación se quiere algo determinado, pero con el propósito de encubrirlo al público. De 1941 a 1945 la Corte empezó de nuevo a considerar la simulación como causal de nulidad, a pesar de que buscaba el desarrollo de la doctrina de 1935. Pero últimamente son numerosas las sentencias en que la Corte ha restablecido con nitidez la diferencia entre las acciones de nulidad y de simulación para conservarles su peculiar trascendencia, que arranca de los hechos generadores y no del nombre que errónea o acertadamente el actor le haya dado en la demanda».³⁴

³³. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil Sentencia de 24 de septiembre de 1957. G.J. LXXXVI, 123. Magistrado Ponente Enrique Giraldo Zuluaga.

³⁴. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de noviembre de 1960. G.J. XCIV, 21. Magistrado Ponente José Hernández Arbeláez.

De otra parte, la Corte se apoyó en la doctrina de la Sala de 2 de septiembre de 1954 para precisar que

«la intención y el móvil de las partes que simulan no consisten en la idea de crear el acto jurídico, sino sólo en producir la apariencia tendiente a mantener oculto un estado preexistente que no se quiere alterar, si la simulación es absoluta; o bien, buscan las partes exhibir un determinado acto irreal, como medio para esconder el que verdaderamente se quiso celebrar, cuando la simulación es relativa. Mientras que en materia de nulidad, la intención real y verdadera de los contratantes va dirigida al perfeccionamiento del negocio jurídico, y su voluntad sólo llega a frustrarse como consecuencia de los vacíos o vicios que según las normas objetivas le niegan o le restan eficacia plena».³⁵

En la referida providencia, la Corporación consideró determinante, en relación a cuando quien demanda es el contratante directo, el estudio de la *ilicitud* de la causa simulandi, con apoyo de los principios rectores de la dinámica negocial, cuando informó que

«No puede perderse de vista que aún en el evento de que la simulación estuviese acreditada por medios idóneos, en este caso lo sería inseparablemente de la causa simulandi, reconocida por el actor a lo largo del proceso desde la demanda inicial; que tuvo el propósito de insolventarse (sic) a fin de eludir las resultas del juicio en que a la sazón se le perseguía para el pago de perjuicios.

Tal causa simulandi destruye la acción propuesta con fundamento en la posición antijurídica del traspaso simulado de bienes en perjuicio de terceros. Porque no se trata en este caso de corregir la conducta errónea, de evitar o reparar las consecuencias de la falta, lo cual sería lícito y aún plausible base de la acción. *Por el contrario, se pretende obtener que por injusticia como instrumento, se corone la maniobra proyectada en fraude de los acreedores, cuando se estima que ha cesado el peligro de persecución. Nadie entonces, con apoyo en causa reprobada por el derecho puede recabar acción ante los tribunales (artículo 1525, Código Civil).*[³⁶] Claro es que la ilicitud de la causa

³⁵. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 2 de septiembre de 1954. G.J. LXXVIII, 555. Aparte transcrito en la sentencia de 5 de noviembre de 1960. G.J. XCIV, 22.

³⁶. Se destaca fuera de texto.

simulandi debe estar plenamente acreditada en el proceso, como lo ha sido en esta oportunidad por confesión del actor».³⁷

Por lo tanto, no obstante existir unas líneas claras de hermenéutica, cuando quien pretende la simulación es uno de los contratante del negocio simulado, la jurisprudencia de la Sala, parece haberse extraviado en los siguientes años, debido a que se acataron –sin distinción- los criterios para definir el interés jurídico para instaurar la acción de manera generalizada respecto de los terceros, causahabientes o sucesores,³⁸ cuando la situación es diametralmente diferente, pues para los contratantes directos, el centro de gravedad no puede ser otro que la ilicitud del negocio convenido, que permite concluir que para contabilizar el término de la prescripción de la acción que instaure, a de partirse de la fecha de la celebración del contrato aparente.

En efecto, la *ilicitud* se predicó en un primer momento respecto de la causa y del objeto, en el campo de la nulidad absoluta, dentro de la cual fue clasificada la simulación por causa y objeto ilícito. Conforme la simulación se independizó de la hermenéutica de la nulidad, se dio forma y desarrollo a la causa simulandi.

La Corte se encargó entonces de identificar algunas diferencias entre la causa ilícita y la causa simulandi; en la sentencia de 8 de junio de 1954, la Sala con apoyo en la doctrina de Ferrara y Cámara explicó:

«Según la doctrina clásica, la causa de los contratos bilaterales, es la contraprestación a que están obligadas las partes, y siempre se mantiene idéntica en el mismo tipo de contratos; al paso que en los contratos unilaterales ella puede consistir en la mera liberalidad y no es preciso expresarla, o en la entrega de la cosa. Distinto es el significado del vocablo en los contratos simulados: la causa simulandi no es más que el motivo, lícito o ilícito, siempre

³⁷. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de noviembre de 1960. G.J. XCIV, 23. Magistrado Ponente José Hernández Arbeláez. En el salvamento de voto de la sentencia de la referencia se reconoce que es la primera vez que la Corte se refiere a la simulación fraudulenta o ilícita, para dar aplicación al principio *nemo auditur*.

³⁸. En sentencia de 25 de septiembre de 1973, G.J CXLVII, 61, con Ponencia del Magistrado Humberto Murcia Ballén, la Corte al resolver la acción de simulación relativa formulada entre contratantes, rectificó la teoría de la restricción de la prueba de simulación inter partes por la reforma contenida en el Código de Procedimiento de 1970, artículo 267 que reprodujo el artículo 1766 del Código Civil.

variable en cada caso, que induce a la ficción del «contrato» ostensible. Cuando se trata de la causa de los negocios jurídicos, se está hablando de la razón de ser ellos existentes. Pero este concepto no cuadra con los negocios aparentes porque de la inexistencia (que a ello equivale la apariencia) no puede decirse que tenga causa. Entiéndese, en consecuencia, *que la causa simulandi no es más que la causa subjetiva, el móvil que explica por qué se ha tendido una cortina de humo, por qué se ha fabricado una máscara con la cual se oculta y disimula una situación jurídica que antes existía, o un contrato verdadero que a su amparo y simultáneamente se hace nacer para que produzca sus efectos indirectamente*».³⁹

En este contexto, la Corte reconoció en su Jurisprudencia, un componente ético en la categoría jurídica de la causa, a título de ejemplo, ha dicho que

«La Sala repite, por tanto, que la causa es hoy una categoría jurídica más humana, más comprensiva y de mayor poder ético, porque domina todos los ámbitos de la voluntad en su función generadora de relaciones de derecho, siendo por lo mismo más eficaz para resolver los conflictos entre los hombres; que no es ya el resorte fijo que se mueve siempre en la misma dirección y con idénticas consecuencias, que en los contratos bilaterales logra la concepción recíproca y simultánea de los vínculos, en los reales asume la forma de su perfeccionamiento y en los gratuitos es la misma corteza impenetrable de la liberalidad, sino un cúmulo de resortes vivos, ágiles y flexibles, de indefinible variedad, que influyen con mayor o menor fuerza en los procesos del querer; que unos de ellos, llamados específicamente «motivos» miran al pasado y son intereses, hechos o factores preliminarmente constituidos, cuya diversidad no tiene límites, y otros al futuro, o sean los intereses o factores- fines; y por último que los móviles, reajustando el mecanismo de la causa, ejercen influencia sobre distintos aspectos del acto jurídico, como la validez, los efectos y el ejercicio de los derechos que de él se originan».⁴⁰

«En el derecho latino, la causa de la obligación era su fuente misma. Si nacía

³⁹. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 2 de septiembre de 1954. G.J. LXXXVIII, 556. Magistrado Ponente José Hernández Arbeláez, en la que cita la sentencia de 8 de junio de 1954, no publicada en Gaceta Judicial. Se destaca fuera de texto.

⁴⁰. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 29 de marzo de 1954. G.J. LXXVII, 152. Magistrado Ponente José J. Gómez.

del contrato la causa era éste; si provenía ex variis causarum figuris la causa era el negotium juris que ligaba a las partes; si se originaba de daño causado por un delito o cuasi delito, la causa de la obligación era tal hecho ilícito. Como la legislación romana era formalista, hacía inseparable el hecho formal de sus efectos jurídicos.

El derecho canónico desligó la obligación de la forma. Otorgaba a la causa un carácter psicológico y la estimaba más bien como la intención que guiaba al contrayente, según la naturaleza del pacto, y los efectos perseguidos. En forma tal que no bastaba el consentimiento como elemento general, esencial e interno, sino que también se exigía como tal que el consenso tuviera una razón apreciable y lícita. Esa razón de obrar, que viene a ser el móvil directo contractual, era la causa del contrato.

Para Jossierand, en todos los casos la determinación de la intención es esencial, puesto que ella influye y dirige a la naturaleza misma de la operación celebrada entre las partes; porque viene a ser ella la que le otorga un verdadero carácter a la relación jurídica; a imprimirle el matiz que sirva para calificar la voluntad de los contratantes. De ahí que en el campo del derecho civil, la intención se nos presente como una medida para precisar el querer de las partes, en orden de la determinación del fin inmediato vinculado a la voluntad contractual.

Así, en el derecho privado y especialmente en el civil, es conveniente hacer la debida distinción entre la voluntad, la intención y los móviles para la fiel y acertada interpretación de los contratos. Es claro que en algunos casos la intención se incorpora a la voluntad y llegan a constituir un solo hecho, en términos que conociéndose la una se llega al conocimiento de la otra; pero esta identificación accidental nada prueba contra la verdad de esa distinción. Por otra parte, los móviles en sí mismos llegan a ofrecerse en ocasiones en una forma tan clara y definida, en una función tan aislada, que es de rigor aceptarlos e interpretarlos con absoluta separación de la voluntad y de la intención».⁴¹

Sin embargo, no es ajeno a la Jurisprudencia de la Sala el estudio de la ilicitud, la ética y la moralidad de los contratos, así en sentencia de 23 de noviembre de 1936, con apoyo en la doctrina francesa de la época dijo:

«En la obra del Prof. Ripert la regle morale dans les obligations civiles, en el

⁴¹. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 7 de octubre de 1938. G.J. XLVII, 251-252. Magistrado Ponente Fulgencio Lequerica Vélez.

Capítulo «La igualdad de los contratantes y la lealtad del contrato (págs. 79 y 80 de la edición de 1935), dice «A condición de respetar las leyes y las buenas costumbres, los contratantes tienen el derecho de debatir sus intereses. Es entonces la lucha de voluntades egoístas, cada una esforzada en conseguir la ventaja mayor con el más débil sacrificio, lucha fecunda por productora de energías y conservadora de riquezas, y de todos modos fatal, *porque el interés es el móvil principal de los actos humanos*, al menos cuando se trata del cambio de los productos y de los servicios». ⁴²

Años más tarde, en sentencia de 9 de junio de 1947, señaló que

«El concepto ético-jurídico con que la ley la doctrina aceptan y consagran el fenómeno de la simulación se funda en el principio de la autonomía de la voluntad y se condiciona con la exigencia de su licitud, esto es, con la necesidad de que con la simulación no se viole la ley ni se vulneren los derechos de terceros. Desde el momento en que la simulación perjudica a éstos o defrauda la ley deja de ser lícita y pierde consecuentemente la protección jurídica el acto concertado en esa forma ficticia». ⁴³

Además, la misma Jurisprudencia de la Sala ha establecido criterios de suma importancia, al momento de analizar el componente ético y moral que debe acompañar a las relaciones negociales. Algunas de sus doctrinas se mencionan a continuación:

En sentencia del 21 de mayo de 1969 dijo:

«4. Por aplicación de los principios de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, el negocio jurídico con simulación, no es por esta mera circunstancia inválido ni ineficaz En razón de aquellos postulados jurídicos, a los particulares les es permitido realizar su actividad económica escogiendo para ello los medios jurídicos lícitos que estimen más adecuados, y, por ende, alcanzar indirectamente lo que podrían directamente lograr. La simulación no es entonces, per se, causa de nulidad. Aunque toda simulación envuelve

⁴². Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil. Sentencia de 23 de noviembre de 1936. G.J. XLIV, 484. Magistrado Ponente Ricardo Hinestrosa Daza. Se destaca fuera de texto.

⁴³. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 9 de junio de 1947. G.J. LXII, 436. Magistrado Ponente Hernán Salamanca.

la idea de ocultamiento frente a terceros, en cuanto el aspecto ostensible del acto persigue mantener ignorada de éstos la verdad, eso sólo no permite considerarla como ilícita, porque fingir no significa necesariamente dañar. Pero es claro, y la observación tiene sólo valor en el campo de la práctica, que como la simulación implica generalmente un tránsito hacia el daño, y es éste el fin con el cual suele ser empleada, el negocio simulado está más propenso que cualquier otro a quedar afectado de ilicitud. Mas entonces será el daño que cause, lo que determinará la ilicitud del acto».⁴⁴

En sentencia de 24 de abril de 1961 señaló que

«Para la Corte, en el artículo 1524 del C.C., están comprendidos los móviles determinantes, que, en lo general, coinciden con el factor inmodificable que en las distintas especies de contrato representa la causa, de acuerdo con la concepción tradicionalista, pero que la voluntad de los contratantes puede modificar al impulso de sus intereses. O en otras palabras: al lado de la causa como factor estable, impersonal, abstracto e intrínseco, actúan los motivos particulares que en un caso dado inducen a contratar y constituyen la verdadera causa, pero ya naturalmente variable, personal, concreta y extrínseca».⁴⁵

Y en la misma sentencia expuso que

«La causa como factor constante y orgánico, es la misma, toda vez que en los contratos bilaterales engendra inalterablemente en forma recíproca las obligaciones de parte y parte; en los unilaterales, la entrega, y en los gratuitos, la mera liberalidad. Pero, sin aptitud así concebida, para resolver los problemas en que la moral desempeña papel preponderante en las relaciones contractuales, de manera que la teoría de los móviles ha actualizado y rejuvenecido la vieja teoría, tal como aparece del artículo 1.524 del C.C. de suerte que en el examen judicial de los contratos se mire asimismo a la intención y no solo el factor estratificado de la causa de Domat y Pothier».⁴⁶

«La causa de los actos y contratos debe ser lícita, de acuerdo con el artículo

⁴⁴. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de mayo de 1969. G.J. CXXX, 144. Magistrado Ponente César Gómez Estrada.

⁴⁵. Ibid

⁴⁶. Ibid

1524 del Código Civil. Causa ilícita, según el mismo texto, es la «prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público». De manera que la ilicitud de la causa puede hallarse en el ámbito de la ley, del orden público o de las buenas costumbres». ⁴⁷

«Por esto, no es que la teoría de los móviles haya suplantado la concepción clásica de la causa, sino que en forma más humana, real y ponderada, dentro del desarrollo del Derecho y en seguimiento de una elevada finalidad ética, ha aumentado el ámbito del viejo criterio; y, por lo mismo, en situaciones normales, la causa, como elemento estable, tendrá un funcionamiento que necesariamente habrá de ceder cuando los móviles íntimos y determinantes se aparten de aquella concepción». ⁴⁸

En similar dirección, la doctrina se ha encargado de este tema, cuando indica que

«La expresión «base del negocio», ha sido entendida en dos sentidos: en el aspecto subjetivo de la determinación de la voluntad de una o ambas partes, como una representación mental existente al concluir el negocio que ha influido en la formación de los motivos. El aspecto objetivo del contrato, se entiende como el conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato –sépanlo o no los contratantes-, pues de no ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato, no tendría sentido, fin u objeto». ⁴⁹

Más adelante dice que

«Los supuestos de hecho de la base del negocio subjetiva y objetiva requieren de regulaciones separadas, en vista de que desde el punto de vista de la dogmática jurídica pertenecen a tratados diversos. La base del negocio subjetiva hace parte del campo de los motivos y se construye jurídicamente a partir de la teoría del error en los motivos y de los «vicios de la voluntad».

⁴⁷. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil Sentencia de 24 de abril de 1961.G.J. XCV, 471. Magistrado Ponente José J. Gómez R.

⁴⁸. Ibid

⁴⁹. Karl Larenz, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos* (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957), 37.

La base del negocio objetiva, por el contrario, se refiere a la cuestión de si todavía puede realizarse el fin del contrato y la intención conjunta de las partes contratantes y este tipo de base del negocio se estudia con sustento en la teoría de la ineptitud, de la posterioridad imposibilidad y de la consecución del fin».⁵⁰

Y es que para la doctrina autorizada, el contrato es una categoría fundamental del derecho, que se puede encontrar en todos los ordenamientos jurídicos. Y si bien la regla de que los contratos son obligatorios para las partes *pacta sunt servanda* es común a los contratos, aunque difieren las exigencias de cada derecho positivo en lo que se refiere a aspectos como la validez de la celebración y a los requisitos de forma.

Afirma por lo demás que

«En el fondo la regla *pacta sunt servanda* se limita a expresar lo que el concepto de contrato quiere decir. A saber, que en él se «obligan dos (o más) partes recíprocamente, cada una frente a la otra, de un determinado modo». Esto sucede por lo general a través de unas «declaraciones de voluntad», que se corresponden entre sí en orden a su contenido y por medio de las cuales cada uno de los contratantes da a conocer al otro su voluntad de que el contenido de lo convenido debe tener entre ellos vigencia y ser derecho».⁵¹

Puesto que el contrato solo vale cuando ambos contratantes consienten y por tanto sus declaraciones coinciden en su contenido, la vinculación de cada contratante al contrato descansa en su propia voluntad, en su autodeterminación. Se vincula, porque sabe que sólo bajo este presupuesto el otro se vincula también y puede confiar en lo que el otro le promete. Por tanto, el contrato es desde este modo, es un acto de autodeterminación a través de una auto vinculación.⁵²

Además, advierte que

«El fenómeno de la autodeterminación no se limita a la esfera del derecho, pues sale al encuentro también en la esfera moral como vinculación moral a

⁵⁰. Ibid, 38.

⁵¹. Karla Larenz, *Derecho Justo. Fundamentos de la ética jurídica. Traducción y presentación de Luis Díez-Picazo*. (Madrid: Editorial Civitas S.A., 1985), 67.

⁵². Ibid

una promesa dada y aceptada. La autodeterminación es una de las capacidades fundamentales del hombre. La posibilidad de celebrar contratos y de regular mediante ellos sus relaciones jurídicas con otros es un importante tipo de actuación de esta capacidad. Por eso la libertad contractual es un principio del derecho justo. Tiene, no obstante, numerosos límites. Entre ellos, hay unos que derivan de otros principios y otros que derivan de la idea misma de autodeterminación».⁵³

A su turno, para la doctrina

«El principio de la confianza tiene un componente de ética jurídica y otro que se orienta hacia la seguridad. Son dos elementos que no se pueden pensar separados. Sin embargo, el componente ético-jurídico se encuentra en primer plano en el principio de buena fe: Dicho principio consagra que la confianza que nace de manera imputable debe ser mantenida cuando efectivamente se ha creído en ella. La suscitación de la confianza es «imputable» cuando el que la suscita sabía o tenía que saber que el otro iba a confiar. El principio de buena fe sobrepasa y va más allá, debido a que demanda también un respeto recíproco ante todo en aquellas relaciones jurídicas que requieren de una larga y continuada colaboración, respecto al otro también en el ejercicio de los derechos y en general el comportamiento que se puede esperar entre los sujetos que intervienen honestamente en el tráfico jurídico».⁵⁴

Adicionalmente indica que

«En el derecho de contratos, el principio de la buena fe no solo rige en la ejecución de las obligaciones contractuales en particular, sino que determina también el origen de múltiples y variados accesorios, impuestos por el fin del contrato o por el respeto de los intereses de la otra parte, así como deberes de auxilio y de lealtad. Y trasciende además antes de la conclusión del contrato, en la fase de tratos previos, de negociaciones y de preparación del contrato. Por lo tanto, el contrato ha de ser cumplido no solo atendiendo a su texto, sino teniendo en cuenta como demanda su sentido y su finalidad y como la otra parte podía esperar según el conjunto de circunstancias, atendiendo lo que las

⁵³. Ibid, 74.

⁵⁴. Ibid, 96.

partes habían acordado, aunque no se recogiera en el texto, y según los usos de un tráfico negocial honorable».⁵⁵

De manera que

«Mediante la invocación de la buena fe, puede considerarse inadmisibles el ejercicio de un derecho (por ejemplo la excepción de prescripción) por existir una «conducta contradictoria», cuando el ejercicio del derecho es contradictorio con el anterior comportamiento del interesado (el llamado venire contra factum proprium) y la otra parte se ha adaptado al sentido de ese comportamiento anterior».⁵⁶

Enseña la doctrina en este punto que

«La «cláusula general» de la buena fe, no es una fórmula vacía, en la cual cada uno pueda introducir lo que en ese momento le venga en gana. Tiene un contenido, aunque no esté precisamente perfilada y no posea la forma de una definición. Sin embargo, la buena fe no es un concepto, sino un principio, formulado con la forma exterior de una regla de derecho, que requiere de una concreción. La concreción se realiza paso a paso y para ello hay algunos factores de orientación que sirven como eslabones y son necesarias valoraciones adicionales que, sin embargo, se tienen que mantener dentro del marco previamente establecido. A uno de estos factores de orientación lo invoca la misma ley: los usos del tráfico. Estos tienen importancia, porque en general se puede suponer que cuando no aparece ningún otro criterio el otro contratante se comportará, como es normal en el tráfico».⁵⁷

Y es que el fraude a la ley por los contratantes del negocio simulado no es nuevo, ya R. Von Ihering, en su tratado «El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo», lo analizaba y cuyos aportes se mencionan a continuación:

«Una de las formas de eludir la ley, consistía en el empleo del acto simulado,

⁵⁵. Ibid

⁵⁶. Ibid, 97.

⁵⁷. Ibid, 97- 98.

mediante el cual convenían las partes en que el acto que exteriormente realizaban no tendría verdadera significación. Así, por ejemplo, la ley prohibía las donaciones entre esposos, y para burlar esa prohibición simulaba el marido y la mujer un divorcio, tras el cual, cuando la donación se había verificado, sucedía una reconciliación, o también dejaban su donación bajo la forma de un contrato de venta. Muchísimos de esos actos simulados quedaron como costumbres y tomaron carta de naturaleza bajo el nombre de actos aparentes».⁵⁸

«La legislación combatió esos actos aparentes, entre otros, por los siguientes medios: 1) Prohibir de una manera general eludir la ley, como lo hicieron aparentemente muchas leyes de la época posterior, o bien, prohibida de una manera especial tal o cual práctica usada o fácil de prever. La legislación debió a menudo recurrir a esas prohibiciones especiales para proteger las leyes, algunas de ellas revestidas de una cláusula prohibitiva general; 2) A veces la ley exigía que las partes afirmasen bajo juramento, ante la autoridad, que su intención era la de concluir un acto serio y verdadero; 3) Otras también conminaban penas y como todo o parte se aplicaba a quien denunciaba, la amenaza solía ser eficaz».⁵⁹

Los anteriores ejemplos que Ihering cita, corresponde todos a la época de la República; fraudes anodinos, mentiras necesarias a menudo y sin intención «mala», pero después vino el despotismo de los emperadores; la ley fue exteriormente observada, pese a que hubo casos en que fue audazmente trasgredido su contenido, como cuando en el siglo XV, se elevó en Florencia, en el rango de magnates a ciudadanos que habían cometido crímenes graves para poderles aplicar las penas severas conminadas contra los magnates en las «órdenes de justicia».

Ahora bien, la jurisprudencia romana puso en uso, en interés de la economía jurídica, como uno de medios artificiales los actos aparentes, los cuales presentan gran similitud con otros actos aparentes de la vida ordinaria denominados actos simulados.⁶⁰

⁵⁸. Rudolf von Ihering, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo Tomo IV*. (Madrid: Edición española por Enrique Príncipe y Satorres, 1909), 298.

⁵⁹. *Ibid*, 298-299

⁶⁰. Los romanos no tuvieron el cuidado de designar adecuadamente estos actos, puesto que emplearon indistintamente para las dos especies de actos las expresiones *imaginationis*, *simulatus*, *fictus*, *dicis causa* etc.

«En una especie como en la otra el acto exterior es aparente y no está en armonía con la intención secreta de las partes. Pero los actos aparentes son formas jurídicas que con el mismo título que las otras presentan solamente una configuración particular. Los actos simulados, por el contrario, son acciones aisladas. Los primeros pertenecen al derecho y tienen una existencia abstracta, mientras que los otros tienen una existencia concreta. Existe además otra diferencia entre ellos, la de que todo acto simulado contiene una MENTIRA. Lo que pasa realmente, lo que se persigue, debe quedar ignorado de los terceros y de la autoridad; así se disfraza el acto verdadero, como por ejemplo se finge una donación bajo las formas de una venta. El objeto puede ser ocultar un acto contrario al derecho; pero también puede consistir en sustraer un acto perfectamente lícito a la curiosidad de terceros que no tienen ningún interés sobre él. El acto aparente no tiene nada parecido que ocultar».⁶¹

Las directrices antes referidas se encuentran estipuladas como principios rectores en materia negocial, como la misma Corte lo ha reconocido al interpretar por ejemplo el artículo 1602 del Código Civil,

«cuando en los negocios jurídicos las partes contratantes sujetan sus estipulaciones a las pautas legales, o sea, en sus declaraciones de voluntad no comprometen el conjunto de normas que atañen al orden público y a las buenas costumbres, el derecho Civil les concede a los contratos celebrados en esas condiciones fuerza de ley, de tal manera que no pueden ser invalidados sino por el consentimiento mutuo de los contratantes o por causas legales (artículo 1602 del Código Civil)».⁶²

En materia de simulación, también la Corte ha resaltado el valor de dichos principios en el marco negocial cuando indica que

«2.-Sin perjuicio de las buenas costumbres y el orden público, rige la autonomía de la voluntad en el campo convencional, de suerte que el contrato válidamente

⁶¹. Rudolf von Ihering, *El espíritu...*, 306.

⁶². Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 11 de noviembre de 1978, G.J. CLVIII, 256. Directriz reiterada entre muchas, en la sentencia de 8 de febrero de 1983. G.J. CLXXII, 117

celebrado es ley para los contratantes (1602 C.C.). Por ello la voluntad real prima entre las partes sobre la declaración, sin menoscabo de terceros».⁶³

«Si el negocio es de aquellos que ad substantiam necesitan de escritura pública, tal como sucede con la compraventa de inmuebles, la seguridad jurídica exige que terceras personas puedan sustentar su buena fe y obtener posición firme en derecho al amparo de la voluntad declarada por los otorgantes, o preferir, si a bien lo tienen, la voluntad real en el supuesto concreto de demostrarse que esa verdadera voluntad es diversa de la ostensible y pública».⁶⁴

A su turno, el principio de buena fe es sustancial al contrato, de principio a fin, así lo ha señalado la Corte Suprema, al interpretar el artículo 1603 del Código Civil, cuando precisa que «los principios que gobiernan la dinámica contractual, imponen a cada uno de los contratantes ligados por una convención de carácter bilateral, poner de su parte todos los medios a su alcance para cumplir sus respectivas obligaciones».⁶⁵

En aplicación a los principios de buena fe, equivalencia y equilibrio, la jurisprudencia de la Sala en torno a la doctrina del artículo 1766 del Código Civil, en justificación a la diferencia probatoria entre contratantes y terceros del contrato simulado, que estuvo legislada en tiempo anterior al Código de Procedimiento Civil de 1970, explicó que

«la fe debida a los instrumentos notariales no permite a las partes, o a quienes lleguen a ocupar su puesto jurídico, destruir por simulación el mérito de las declaraciones escriturales, sino es por contraprueba idónea dentro del perímetro restringido de las contraescrituras privadas, previstas especialmente por la ley (1766); de la confesión o reconocimiento judicial de parte; o del principio de prueba escrita, complementada por testigos, indicios y otros medios conducentes a integrar la convicción del juzgador».⁶⁶

⁶³. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de noviembre de 1960. G.J. XCIV, 22. Magistrado Ponente José Hernández Arbeláez.

⁶⁴. Ibid

⁶⁵. Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia de 11 de marzo de 1958, G.J. LXXXVII, 650. Magistrado Ponente Roberto Goenaga.

⁶⁶. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de noviembre de 1960. G.J. XCIV, 22. Magistrado Ponente José Hernández Arbeláez.

Indica la Sala a renglón seguido que

«Nada más natural que esta limitación probatoria, por ley de equivalencia y equilibrio, pues si se pretende postergar el valor del instrumento que en sí mismo lleva los atributos de probanza plena, es de rigor que en contrario se produzcan medios tan poderosos y de tanto valor que alcancen a desvanecer lo que en la escritura aparece a la vista de todos».⁶⁷

Advierte más adelante, la situación de los terceros al decir que

«No así cuanto a terceros, porque entonces la simulación constituye, no un acto propio de ellos, sino el hecho fundamental de la acción de prevalencia; y como hecho generador viene a ser susceptible de prueba por cualquiera de los medios previstos por la ley».⁶⁸

El principio de buena fe ha pervivido en las relaciones negociales, en el entendido que

«Personas que proceden con probidad y proceden con rectitud: «La 'fides bona' no significó solo la idea de cumplimiento de la palabra dada, sino que además obliga a cumplir con los deberes propios del tráfico social, no puede ser reducida a fórmulas inflexibles y obliga no solo a la prestación de lo prometido sino a todo aquello que se podía exigir entre gente de bien».⁶⁹

Por lo antes dicho, considero que el hito inicial para computar la prescripción extintiva de la acción de simulación cuando la propone el contrato debe ser la fecha de celebración del negocio aparente y no a partir del interés que tenga el tercero para aniquilar el negocio simulado, tesis actual de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, a mi juicio, equívoca, como lo analicé en líneas anteriores.

⁶⁷. Ibid

⁶⁸. Ibid

⁶⁹. Martha Neme, *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010), 156.

CONCLUSIONES

Con el presente estudio la autora se dio a la tarea de aproximarse a la demostración de que el hito temporal para computar el inicio de la prescripción extintiva de la acción de simulación del contrato, cuando el que demanda es el contratante, es sin lugar a duda la fecha de celebración del contrato, la cual corresponde al nacimiento de su interés jurídico de la acción.

Así, durante el periodo en el que la simulación fue considerada como una especie de nulidad absoluta, el tema del interés jurídico para demandarla fue pacífico, en atención a que el legislador reguló dicho interés en el artículo 1742 del Código Civil, con algunas modificaciones que precisó el artículo 90 de la Ley 153 de 1887, el artículo 15 de la Ley 95 de 1890 y finalmente el artículo 2 de la Ley 50 de 1936.

Sin embargo, la poca claridad y coherencia en sus reglas, se tornó evidente los años siguientes, debido a que la jurisprudencia de la Sala asimiló el interés jurídico para demandar la simulación sin diferenciar que se tratara de terceros o de contratantes respecto al contrato simulado, al interpretar el inciso 2 del artículo 2535 del Código Civil, para cuando el tema de debate era la prescripción extintiva de la acción de simulación.

No es posible dar aplicación de los criterios para terceros, causahabientes y sucesores a los contratantes del negocio simulado, para identificar el hito a partir del cual se compute la prescripción extintiva de la acción de la simulación, debido a que para éstos, es el contrato simulado el que ha de marcar dicho hito y todos los efectos jurídicos que se deriven de la ilicitud de la convención, atendiendo los principios jurídicos que deben guiarlos, en particular la autodeterminación, la auto vinculación y la buena fe en procura del reconocimiento de la ética y la moral que ha de regirlos.