



La simulación contractual en la legislación civil ecuatoriana

Alejandra Vaca



CEVALLOS®
EDITORA · JURÍDICA

La edición de esta obra y las características gráficas son propiedad de Cevallos® editora jurídica.

Venta y Distribución



Fan page: @cevalloslibreria
cevalloslibreria@gmail.com

- Jerónimo Carrión N22-14 y José Tamayo
Telefax: (593-2) 290 53 03
(593-2) 600 35 66
- Clemente Ponce 229 y Piedrahita
Teléfono: (593-2) 250 15 32
- Iñaquito N37-168 y UNP
Teléfono: (593-2) 224 01 68

Quito – Ecuador

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, por medio de cualquier proceso reprográfico y de tratamiento informático, sin la autorización escrita del editor.

La simulación contractual en la legislación civil ecuatoriana

Alejandra Vaca



CEVALLOS®
EDITORIA • JURÍDICA

Quito - Ecuador
2018

El libro es el producto del esfuerzo intelectual de un grupo humano que facilita su materialización.

Fotocopiar el libro va en perjuicio de todos quienes hacen posible esta obra impresa.

Respetar nuestro trabajo quizá tú también en un futuro seas un autor novel o editor connotado.

El contenido intelectual y de investigación de esta obra son de responsabilidad exclusiva de su autora.

Diseño editorial. Portada & Diagramación
Ing. Roberto Cevallos Añasco
cevalloseditora@gmail.com

Revisión y Corrección Ortográfica
Staff Cevallos editora jurídica

Impresión
FR Ediciones

La simulación contractual en la legislación civil ecuatoriana
Alejandra Vaca

ISBN 13: 978-9978-
Derechos de autor: 0
Edición: Febrero 2018
Tirada: 0 ejemplares

ÍNDICE

Prólogo	11
Introducción	15

« Capítulo I »

HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS

1.1 Hechos simples y hechos jurídicos	17
1.2 Origen del negocio jurídico	17
1.3 Acto jurídico o negocio jurídico	19
1.4 Clasificación de los actos jurídicos	21
1.4.1 Unilaterales o bilaterales	21
1.4.1.1 Contratos bilaterales imperfectos	21
1.4.2 Entre vivos o por causa de muerte o mortis causa	22
1.4.3 Solemnes y no solemnes	23
1.4.4 Gratuitos y onerosos	24
1.4.5 Aleatorios y no aleatorios	24
1.4.6 Principales o accesorios	25
1.4.7 Típicos y atípicos	26
1.5 Elementos de los actos jurídicos	27
1.5.1 Elementos esenciales	27
1.5.1.1 La voluntad	27
1.5.1.1.1 Error	27
1.5.1.1.2 Fuerza	28
1.5.1.1.3 Dolo	29
1.5.1.2 Consentimiento	30
1.5.1.3 El objeto y la causa	30
1.5.1.4 Capacidad jurídica de las partes	31
1.6 Elementos de la naturaleza	31

1.7 Elementos accidentales	32
1.7.1 Condición	32
1.7.2 Plazo	33
1.7.3 Modo	34

« Capítulo II »

LA VOLUNTAD EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

2.1 Introducción	35
2.2 Concepto de la autonomía de la voluntad	37
2.3 Contenido de la autonomía de la voluntad	41
2.3.1 Libertad de contratar	41
2.3.2 La libertad contractual	41
2.4 Restricciones de la autonomía de la voluntad	42
2.5 Límites de la autonomía de la voluntad	43
2.5.1 Las leyes imperativas	44
2.5.2 La moral	44
2.5.3 El orden público	45
2.6 Divergencia entre la voluntad real y la manifestación declarada	46
2.6.1 Teoría de la prevalencia de la voluntad	48
2.6.1.1 Crítica a la teoría de la prevalencia de la voluntad	50
2.6.2 Teoría de la prevalencia de la declaración	51
2.6.2.1 Crítica a la teoría de la prevalencia de la declaración	53
2.6.3 Teoría de la responsabilidad o de la culpa incontrahendo	53
2.6.4 Teoría de la buena fe	56
2.6.5 La autonomía de la voluntad en el sistema legal ecuatoriano	57

« Capítulo III »

SIMULACIÓN CONTRACTUAL

3.1	Introducción a la simulación contractual	59
3.2	Naturaleza jurídica de la simulación contractual	60
3.2.1	Doctrina que considera a la simulación contractual como la disconformidad entre la voluntad y la declaración	61
3.2.2	Doctrina que considera a la simulación contractual como divergencia entre la declaración y la contradecларación o contraescritura	62
3.2.3	Postura adoptada por el sistema legal ecuatoriano	63
3.3	Definición de simulación contractual	65
3.4	Elementos de la simulación	68
3.4.1	Divergencia entre la voluntad real y su manifestación o declaración pública	68
3.4.2	Concierto simulatorio entre los partícipes	70
3.4.3	Propósito de engañar a terceros	72
3.5	Clases de simulación	74
3.5.1	Simulación absoluta o simulación en la existencia del negocio	74
3.5.2	Simulación relativa	76
3.5.2.1	Clases de simulación relativa	77
3.5.3	Simulación lícita e ilícita	80
3.5.3.1	Simulación lícita	81
3.5.3.2	Simulación ilícita	81
3.5.3.3	La simulación lícita e ilícita en el sistema legal ecuatoriano	82
3.6	Diferencia de la simulación contractual con otras figuras afines	84
3.6.1	La simulación y la reserva mental	84
3.6.2	La simulación y el negocio fraudulento	85
3.6.3	La simulación no es vicio del consentimiento	86

« Capítulo IV »**CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LOS ACTOS SIMULADOS**

4.1	Introducción	89
4.2	Inexistencia de los actos jurídicos	91
4.3	Nulidad	92
4.3.1	Nulidad absoluta o de pleno derecho	95
4.3.2	Nulidad relativa	96
4.4	Diferencias entre nulidad e inexistencia	97
4.5	Consecuencias de la simulación	99
4.5.1	La inexistencia como consecuencia de la simulación absoluta	99
4.5.2	La nulidad absoluta como consecuencia de la simulación absoluta	101
4.5.3	La nulidad absoluta o relativa como consecuencia de la simulación relativa	102
4.5.4	Simulación causal de nulidad o inexistencia en base a la normativa ecuatoriana	104
4.5.4.1	La inexistencia	105
4.5.4.2	La nulidad	107
4.5.4.3	Declaratoria de nulidad	109
4.5.4.4	La nulidad como consecuencia de actos simulados	111
4.5.5	La acción de simulación como consecuencia de la simulación absoluta o relativa	113
4.5.5.1	Titulares de la acción de simulación contractual	115
4.5.5.2	Efectos de la declaratoria de simulación contractual para terceros de buena fe	117
4.5.5.3	Efectos de la declaratoria de simulación para terceros de mala fe	119
4.5.5.4	Prescripción de la acción de simulación contractual	119
4.6	La prueba en la simulación contractual	121

4.6.1 La prueba de la simulación contractual entre las partes	121
4.6.2 La prueba de la simulación contractual para terceros	122
Bibliografía	123

Prólogo

Dentro de la teoría de los contratos, la simulación contractual es un tema de interés, siendo necesario y pertinente su estudio. Esta figura jurídica, en la legislación civil ecuatoriana es analizada por la joven autora Alejandra Vaca, a quien conozco desde las aulas y en quien reconozco el espíritu metódico y ordenado de su pensamiento. Desde sus primeros pasos mostró inclinación por temas complejos e irresolutos tanto por la normativa como por la jurisprudencia ecuatoriana.

Prueba de ello es el escogimiento y abordaje en su tesis de pregrado, del cual tuve el honor de ser directora de tesis y que ahora se publica en este texto, de uno de los temas civiles que han merecido varios y diversos análisis desde distintas ópticas pero que hasta la presente fecha siguen siendo un pendiente de resolución de la normativa ecuatoriana, ya que aún no se han definido unívocamente los efectos jurídicos de la simulación contractual civil en el Ecuador.

Con este marcado objetivo, la autora examina de forma ordenada y sistemática los antecedentes y el marco teórico que delimita el tema en análisis, esto es la diferencia clásica entre hechos y actos jurídicos, su clasificación, elementos de la naturaleza y accidentales. Posteriormente determina como componente sustancial de su análisis la voluntad en los negocios jurídicos, sus límites y restricciones, para posteriormente identificar la divergencia entre la voluntad real y la manifestación declarada con miras a instalar los cimientos que le permitan optar por las teorías de la prevalencia de la voluntad o de la declaración para acompasar las doctrinas extranjeras con la normativa y jurisprudencia ecuatoriana vigente.

Es en el tercer capítulo de esta obra que la autora analiza la figura de la simulación contractual, vuelve a utilizar el método deductivo. Sistematiza la posición de diversos doctrinarios respecto de las principales teorías de interpretación, los elementos que la componen, su clasificación y diferenciación con otras figuras con la finalidad de plantear el contenido de la simulación contractual en el sistema legal ecuatoriano.

Finalmente, la autora incluso en postura contraria a varia de la jurisprudencia ecuatoriana existente, niega la aplicabilidad y viabilidad de la inexistencia jurídica en la normativa ecuatoriana y considera como consecuencia jurídica propia de los actos simulados a la nulidad absoluta de la simulación del mismo nombre, y la nulidad relativa de la simulación de igual condición, para lo cual determina titulares; efectos *intra* partes y para terceros de buena y mala fe.

La selección de los escritores más destacados en el análisis de las bases del sistema contractual, la voluntad, la declaración y la simulación, la citación de sus principales conclusiones, la marcada inclinación de la autora por la jurisprudencia, normativa y doctrina internacional sobre todo de origen argentino marcan el esbozo de su pensamiento. Asimismo, el uso adecuado de fuentes válidas y su debida citación, la concatenación de ideas que paulatinamente desarrollan y justifican el planteamiento inicial, ayudan a que el texto sea de fácil comprensión, condición que es digna de ser resaltada sobre todo en argumentos legales que habitualmente suelen ser farragosos y de difícil entendimiento.

La descripción doctrinal y normativa de varias figuras tradicionales de la teoría de los negocios jurídicos, con énfasis en la simulación, sus conclusiones y posturas propias respecto de la consecuencia jurídica de anulabilidad de los actos y contratos simulados en la normativa ecuatoriana, merecen el conoci-

miento y debate de quienes por cuestiones personales o profesionales desean conocer este tema y por lo tanto ser una de las fuentes válidas a ser revisadas en el Ecuador.

Por lo expuesto, no queda sino felicitar a la creadora de la obra *La Simulación Contractual en la Legislación Civil Ecuatoriana*, por la claridad y rigor académico con la que ha desarrollado la obra, e invitar a estudiantes, docentes y profesionales del derecho a la lectura de esta producción doctrinaria.

Lorena Naranjo Godoy
Magister en Derecho de las Nuevas Tecnologías

Introducción

Si bien la doctrina acepta la figura de la declaratoria de inexistencia como una opción viable para casos de simulación, debemos realizar un profundo análisis sobre su viabilidad, ya que como sabemos, la inexistencia al igual que la simulación son figuras no contempladas de manera taxativa en nuestro ordenamiento jurídico.

Con el objeto de entender de mejor manera la simulación contractual, resulta necesario abordar como tema de estudio la autonomía de la voluntad, entendida como un principio esencial en el derecho privado, según IMMANUEL KANT: “... *la autonomía debe ser concebida como la capacidad que tiene el sujeto para darse leyes a sí mismo, sin ningún interés, ni propio ni ajeno. Donde todas las acciones se encuentran sometidas a una máxima que pueda ser ley universal y por tanto universalmente legisladora*”.^[1] Es por ello que, el hombre en ejercicio de esa autonomía puede negociar todo cuanto le convenga, teniendo siempre como marco regulador la ley; sin embargo, con el ánimo de engaño, no necesariamente con fines ilícitos, muchas veces fraguan actos que nada tienen de real, *simulación absoluta*, o que de tenerlos la verdadera voluntad se encuentra contenida en otro contrato conocido por la doctrina como el contrato disimulado, *simulación relativa*.

Veremos cuan factible es optar por la declaratoria de inexistencia en actos simulados, o por el contrario, al ser una figura no contemplada en nuestra normativa, debe optarse por la declaratoria de nulidad.

[1] *Filosofía Medieval y Moderna*. Disponible en: <http://www.e-torredebabel.com/Historia-de-la-filosofia/Filosofiamedievalymoderna/Kant/Kant-AutonomiaVoluntad.htm>

La presente investigación abarca cuatro capítulos; dentro del primero partimos con el estudio y diferenciación entre hechos y actos jurídicos para continuar con el análisis pormenorizado de lo que se conoce como negocio o acto jurídico; dentro del segundo hablamos de la autonomía de la voluntad, las diferentes teorías que en torno a esta se han dado, la prevalencia o no de lo querido sobre lo expresado, para concluir con la postura adoptada por el Ecuador en caso de discordancia entre lo querido y lo declarado; en el tercer capítulo se empieza a tratar de forma más directa el tema de la simulación contractual, su naturaleza jurídica, elementos, clases y figuras jurídicas afines a esta; y, en el cuarto capítulo, las consecuencias jurídicas que acarrea la simulación, inexistencia, nulidad o acción de simulación, y de manera específica consecuencias del acto simulado en base a la normativa ecuatoriana, pruebas en caso de actos simulados y la prescripción de la acción de simulación, finalizando con las conclusiones generales del tema en estudio.

« Capítulo I »

HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS

1.1 Hechos simples y hechos jurídicos

Los hechos son acontecimientos que pueden o no tener incidencia en el mundo del derecho; por ello, se los clasifica como hechos simples o no jurídicos; y hechos jurídicos.

Sucesos o acontecimientos de la naturaleza o del hombre no relevantes en el campo jurídico, no voluntarios ni controlables, son los llamados hechos simples; por ejemplo: dar una caminata, tomar el sol, rezar, etc.

Por otro lado, los hechos jurídicos tienen relevancia en el mundo jurídico y pueden ser producto de la naturaleza o del hombre y acarrear una consecuencia jurídica; ejemplo: la muerte, inundación, adopción, etc.

1.2 Origen del negocio jurídico

Si bien los romanos han sido los artífices de muchas instituciones jurídicas de relevancia para el derecho; en lo que respecta al ordenamiento jurídico privado, sus múltiples necesidades jurídicas no permitieron desarrollar una doctrina alrededor de lo que hoy se conoce como negocio jurídico. A pesar de encontrar en varios textos romanos la palabra “negotium” éste

tenía tantas concepciones, que resultaba inoperante para el lenguaje técnico jurídico.

Los primeros esbozos sobre la institución del negocio jurídico se dieron en la época clásica, pero no fue hasta los siglos XVIII y XIX que se empieza a hablar de un verdadero desarrollo del derecho privado; la escuela de los pandectistas (Hugo, Heise, Thibaut, Savigny) elabora los primordios de lo que hoy se conoce como negocio jurídico, siendo especialmente significativa la aportación hecha por SAVIGNY.

SAVIGNY^[2] fue quien llegó a concretizar ciertos elementos comunes a todos los contratos, como la declaración de la voluntad, hasta el punto de considerarla sinónimo del negocio jurídico, de modo que, para el siglo XIX el término “negocio jurídico” ya formó parte de la doctrina alemana, germana y belga, siendo una de las contribuciones más relevantes, como lo menciona BATTISTA FERRI: “...la elaboración del concepto de negocio jurídico en el ámbito de los hechos jurídicos, constituye ciertamente uno de los aportes más importantes que la cultura alemana ha dado al pensamiento jurídico moderno (...) la paternidad del negocio jurídico debe atribuirse a la cultura alemana.”^[3] Por ello, el Código alemán se distingue de los demás por su carácter puramente científico, llegando a ser el producto más valioso de la ciencia jurídica.

Posteriormente, al traducir la versión del libro “*Sistema de Derecho Actual*” de FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY, en Latinoamérica el término negocio jurídico es entendido como *acte juridique*^[4] con los mismos alcances y limitaciones. Sobre esta similitud que existe entre los términos negocio y acto jurídico se ha pronunciado la doctrina:

[2] SAVIGNY, Friedrich, *Sistema de Derecho Roma Actual*, Tomo III, Torino, 1900, p. 337.

[3] BATTISTA FERRI, Giovanni, *El Negocio Jurídico*, Primera Edición, Traducción y notas de Leysser León, Lima, Ara Editores, 2002, p. 59.

[4] Acto Jurídico.

El término «*Rechtsgeschaf*» (negocio jurídico), a pesar de ser uno de los términos centrales del BGB^[5], no fue definido en el mismo, a diferencia, por ejemplo, del Código brasileño de 1916 con su definición del acto jurídico, en el artículo 81 o del Código Civil peruano con su definición del «acto jurídico» en su artículo 140 CC. Podemos apreciar que estas definiciones que brindan los Códigos latinoamericanos son muy similares a la definición del «*Rechtsgeschaf*» que encontramos en los materiales del BGB, basada a su vez en Savigny. Por eso, no nos debe importar que «acto jurídico» no sea la traducción literal de «*Rechtsgeschaf*», porque no importa la etiqueta sino el contenido.^[6]

El artículo 140 del Código Civil Peruano, señala lo siguiente:

“El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

- 1. Agente capaz.*
- 2. Objeto física y jurídicamente posible.*
- 3. Fin lícito.*
- 4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.”*

En síntesis, ambos términos, negocio y acto jurídico, tienen igual implicación dentro de la normativa vigente.

1.3 Acto jurídico o negocio jurídico

La primera conceptualización sobre negocio jurídico la encontramos en el Código Civil de Sajonia que señala: “...un acto es un negocio jurídico cuando la acción de la voluntad se dirige, de acuerdo con las leyes, a construir, extinguir o cambiar una relación jurídica.” Se habla entonces de la voluntad capaz de generar efectos en el mundo de lo jurídico.

[5] Código Civil Alemán, en alemán Bürgerliches Gesetzbuch BGB.

[6] PASCO ARAUCO, Alan. *El Negocio Jurídico en el Perú*. Revista de Derecho y Ciencia Política UNMSM. Vol. 66 (N° 1 - N° 2). Lima, 2009. p. 300.

El hecho jurídico voluntario adquiere la denominación de acto jurídico porque es producto de una conducta humana. Los efectos jurídicos pueden o no ser los deseados, su mera realización trae consecuencias jurídicas. MARIO ROTONDI define el acto jurídico de la siguiente manera: *“cualquier hecho, determinado por el hombre, al que el ordenamiento jurídico reconozca consecuencias jurídicas”*^[7]. ALFREDO ORGAZ, lo considera como: *“Aquella manifestación de la voluntad dirigida a un fin práctico que consiste en la constitución, modificación o extinción de una situación jurídicamente relevante.”*^[8] Entonces hablamos de aquella exteriorización de la voluntad que produce efectos jurídicos.

Se requiere que confluya la voluntad interna y la exteriorización o manifestación de la voluntad para hablar de un verdadero negocio jurídico. Solo cuando la voluntad privada se manifiesta con el propósito de generar efectos de derecho puede el ordenamiento jurídico darle eficacia vinculante y tutelar los derechos de los contratantes.

Varios autores han ensayado distintas definiciones de negocio jurídico que en el fondo coinciden en su formulación. Así, para el romanista italiano CARLO LONGO *“...negocio jurídico es una manifestación de voluntad privada dirigida a un fin práctico aprobado por el derecho y, como tal, capaz de producir efectos armonizantes con el fin querido en las condiciones y en los límites determinados por el mismo derecho”*. Para URSICINO ÁLVAREZ SUÁREZ *“...es el acto de autonomía privada mediante el cual los particulares regulan por sí mismos sus propios intereses, en relación con los intereses de otras personas, y a cuyo acto el derecho objetivo atribuye unos efectos jurídicos precisos, de conformidad con la función económico-social característica del tipo de negocio realizado”*.

[7] ROTONDI, Mario, *Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, Editorial Labor, 1953, p. 116.

[8] ORGAZ, Alfredo, *Nuevos Estudios de Derecho Civil*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica, 1954, p. 203.

Por lo que, nos atreveríamos a definir al acto jurídico como aquella manifestación libre y voluntaria encaminada a generar fines determinados protegidos por el ordenamiento jurídico.

1.4 Clasificación de los actos jurídicos

1.4.1 Unilaterales o Bilaterales

El contrato es *unilateral* cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; es decir, se generan obligaciones a cargo de una de las partes como sucede con el mutuo o préstamo de consumo; y *bilateral* cuando los contratantes se obligan recíprocamente. En estos contratos las partes pueden estar conformadas por una o varias personas eso no significa que se trata de actos plurilaterales porque la bilateralidad no depende del número de agentes que intervienen si no de la reciprocidad de las obligaciones, un claro ejemplo de ello es el contrato de compra-venta.

La referencia a esta clase de contratos lo encontramos en nuestro ordenamiento en el artículo 1455 del Código Civil, que señala: *“El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra, que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.”*

1.4.1.1 Contratos Bilaterales imperfectos

Se cree que ciertos contratos que son unilaterales, pueden llegar a convertirse en bilaterales, ejemplo de ello es el mandato, el comodato y el depósito; pues si bien nacen con obligaciones impuestas para una de las partes, eventualmente pueden producirse obligaciones para la contraparte.

Como lo menciona OSPINA FERNÁNDEZ Y OSPINA ACOSTA, tomando las palabras de POTHIER podemos decir que: *“... existe una clase especial de contratos que, habiéndose formado como unilaterales llegan más tarde a producir obligaciones a cargo de la parte o partes que originalmente solo figuraban como acreedores, convirtiéndose entonces en contratos bilaterales.”* Esta postura no ha tenido acogida por la doctrina civilista, pues consideran que las obligaciones que se generan en el originario acreedor es fruto precisamente por hechos posteriores a la celebración del contrato original y que seguirá siendo unilateral. Para aclarar esto, JOSSERAND LOUIS, COLIN y CAPITANT señalan el siguiente ejemplo:

“el depósito no remunerado no se convierte en contrato bilateral, aun imperfecto, por la circunstancia de que el depositante deba reembolsarle al depositario los gastos hechos para la conservación de la cosa, pues esta obligación ya no tiene por fuente el contrato de depósito, sino el hecho de haberse realizado tales gastos y el consiguiente funcionamiento de la institución del enriquecimiento injusto...”

1.4.2 Entre vivos o por causa de muerte o mortis causa

Se entiende que un acto es por causa de muerte cuando este acontecimiento produce la transmisión de la totalidad del patrimonio, o de una cuota de éste a favor de una o varias personas determinadas por el causante; por otro lado, si el acto se celebra entre vivos se transfieren bienes o servicios por este hecho.

De lo dicho, se concluye que, el único acto por causa de muerte es el testamento, mediante el cual se dispone de los bienes y como estos van a ser distribuidos después de su fallecimiento.

1.4.3 Solemnes y no solemnes

Se los llama también actos *formales o informales*, los primeros son aquellos en los que se requiere en su otorgamiento o celebración la observancia de ciertas formalidades prescritas por la ley o por la voluntad de los contratantes; mientras que, los segundos no requieren de formalidad alguna. Es solemne una compra-venta de un bien raíz puesto que se necesita de escritura pública; a diferencia de los actos no solemnes como el mandato.

El artículo 1459 del Código Civil ecuatoriano lo define de la siguiente manera: “...es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.”

OSPINA FERNÁNDEZ Y OSPINA ACOSTA, en su libro *“Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico”*^[9] lo conceptualizan así:

Los actos jurídicos son consensuales o informales cuando se perfeccionan por la sola voluntad del agente o agentes, sin que dicha voluntad tenga que expresarse o manifestarse por medio de formas predeterminadas. Por el contrario, son formales los actos que requieren, en su otorgamiento o celebración, la observancia de ciertas formalidades prescritas por la ley o por la voluntad de los agentes.

Entonces, ciertos contratos necesitarán de ciertas formalidades para generar efectos jurídicos y se llaman solemnes.

[9] OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, Séptima Edición, Bogotá Colombia, Editorial Temis S.A., 2005, p. 47.

1.4.4 Gratuitos y Onerosos

Para determinar el concepto de acto jurídico *gratuito* y establecer su diferencia con el *oneroso*, LOUIS JOSSERAND propone el empleo de dos criterios, a saber:

- a) el acto gratuito es siempre un acto de liberalidad y, por consiguiente, no debe faltar en él la *intención liberal*; y
- b) además es necesario que esta intención tome cuerpo en la economía del acto, que efectivamente haya un servicio prestado desinteresadamente por el agente. El acto que responda a esa exigencia es *gratuito*; en caso contrario, es *público*.^[10]

Es gratuito cuando tiene beneficio o utilidad una sola de las partes; y es oneroso cuando ambas partes tienen beneficios o utilidades.

Nuestro Código Civil habla del contrato gratuito en el artículo 1456 y menciona: *“El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.”*

No se debe confundir con los contratos unilaterales, pues si bien, en estos existe obligación para una de las partes; en los contratos onerosos o gratuitos se clasifican según reporten utilidad o beneficio para uno o varios de los agentes contratantes.

1.4.5 Aleatorios y no aleatorios

Se entiende que un acto jurídico no es aleatorio cuando los resultados económicos que está llamado a producir se pueden apreciar con más o menos precisión desde el momento mismo

[10] JOSSERAND, Louis, *Curso de Derecho Civil positivo francés*, Tercera Edición, París, 1932, p. 27.

de su perfeccionamiento, por el contrario si depende del azar será considerado aleatorio.

Dentro de la normativa ecuatoriana, el Código Civil en su artículo 1457 habla de contratos conmutativos y aleatorios, y los define de la siguiente forma: *“El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.”*

En realidad un contrato puede llamarse conmutativo cuando reúne los siguientes requisitos:

- a) Que sea oneroso para todas las partes interventoras;
- b) Que la utilidad pueda ser apreciada desde el momento mismo de la celebración del acto; y,
- c) Que se produzcan prestaciones equivalentes entre sí.^[11]

1.4.6 Principales o Accesorios

Un acto jurídico es principal cuando no necesita otro para subsistir, a diferencia del accesorio.

El artículo 1458 del Código Civil, lo define así: *“El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella.”*

Observa RODRÍGUEZ FONNEGRA, y nosotros estamos totalmente de acuerdo con él, en que resulta un concepto absurdo lo dispuesto en nuestro Código Civil

[11] OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. ob. cit., p. 62.

“ ...porque todo contrato, sea que produzca obligaciones principales o accesorias, subsiste por sí mismo dentro de las condiciones legales (...) en realidad no hay contratos principales y accesorios (...) lo que hay es contratos que producen obligaciones principales, como el de compra-venta, el de permuta y el de mandato, y contratos que producen obligaciones accesorias, como el anticresis y la fianza.”^[12]

Resulta más lógico entonces hablar de contratos con obligaciones principales y con obligaciones accesorias, no como los define la normativa vigente.

1.4.7 Típicos y Atípicos

Se dice que un acto jurídico es *típico o nominado* cuando se encuentra reglamentado por la ley, como el testamento, la compraventa, el arrendamiento, la sociedad, entre otros; y es *atípico o innominado* cuando no encajan en ninguna de las regulaciones determinadas por la ley, como el caso del joint venture^[13] o leasing financiero.

En los actos jurídicos atípicos es donde existe mayor alcance de la autonomía de la voluntad privada, pues son los interesados quienes establecen las condiciones, modalidades, efectos, etc.

1.5 Elementos de los actos jurídicos

En todo contrato encontraremos elementos que son de su esencia, de su naturaleza y aquellos puramente accidentales.

[12] RODRÍGUEZ FONNEGRA, Jaime, *De la Compraventa y Materias Aldeñas*, Bogotá, Edición Lerner. 1960, p. 25.

BONNECASE, Julián, *Precisiones de Derecho Civil*. Tomo II, Paris, 1939, p. 508.

[13] Para Jonathan Antezana blogero de “Negocios en...” Un Joint Venture, o contrato de riesgo compartido “es un acuerdo de voluntades destinado a crear una situación patrimonial que obliga a los contratantes a la ejecución y cumplimiento de una actividad puntual.”

1.5.1 Elementos esenciales

Son aquellas condiciones sin las cuales el acto jurídico no nace a la vida del derecho o degenera en otro distinto; son nada frente al derecho. Y son: la voluntad, el consentimiento, objeto y causa lícitos y capacidad de las partes.

1.5.1.1 La Voluntad

La voluntad es entendida como la exteriorización del querer interior, así lo señalan OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA: *“La voluntad que interviene en la formación de un acto jurídico, se puede definir como la autodeterminación de uno o más agentes a la celebración de dicho acto.”*^[14]

Al momento de manifestar la voluntad surge la autonomía de la voluntad, la forma de manifestar la voluntad puede ser *expresa* o *tácita*; la primera cuando se hace uso de medios escritos u orales, o a través de signos inequívocos, gestos indicativos, lenguaje que permitan su entendimiento de forma directa; la segunda cuando se da a entender el querer sin dejar constancia en ningún medio.

Los vicios de los que puede adolecer la voluntad son: error, fuerza y dolo.

1.5.1.1.1 Error

Entiéndase al error como la ignorancia o falso concepto de la realidad o de una norma de derecho, y pueden ser de diferentes clases:

[14] OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, 7ª ed., Bogotá Colombia, Editorial Temis S.A., 2005, p. 98.

- a) **Error de hecho:** aquel que recae en la realidad. Hay error de hecho cuando una persona celebra un contrato con otra, pensando que este era sui juris^[15] y era alieni juris^[16].
- b) **Error de derecho:** aquel que consiste en el desconocimiento de una norma de derecho. Había error de derecho cuando un ciudadano romano no pagaba sus impuestos pensando que no debía hacerlo ya que desconocía la ley que lo obligaba.
- c) **Error in negotio:** recae sobre la naturaleza misma del acto jurídico de que se trata. Ejemplo: si una persona entrega a otra una cosa suponiendo que lo hace en virtud de un comodato o préstamo de uso, y quien recibe la cosa piensa que es una donación.
- d) **Error in corpore:** es el que recae sobre la cosa misma de que se trata. Recae en el objeto material del acto jurídico.
- e) **Error in substantia:** se refiere a la materia de que está hecho el objeto.
- f) **Error accidental:** es aquel que recae sobre cualidades accidentales de la cosa u objeto del contrato.
- g) **Error in persona:** es aquel que recae sobre la identidad del otro contratante. Tiene lugar cuando el acto jurídico se realiza con una persona distinta de aquella con la cual se quería celebrar el mismo.

1.5.1.1.2 Fuerza

La fuerza es el conjunto de apremios físicos o morales que se ejercen sobre la voluntad de una persona para que de su consentimiento a un determinado acto o contrato; esta fuerza debe ser *grave*, capaz de producir temor en una persona sana, fuerte y normal, *actual e inminente*, *injusta e ilegítima*.

[15] **De propio derecho:** aquella capacidad jurídica para manejar sus propios negocios.

[16] **Bajo derecho de otro:** que se encuentra sometido a otro, como el caso de la patria potestad.

Se desprenden dos tipos de fuerza:

- a) **Física o material:** fuerza que priva a una persona de libertad y la reduce a un estado completamente pasivo. La fuerza física no vicia el consentimiento porque no hay voluntad, pero no significa que el acto jurídico sea válido.
- b) **Moral:** amenazas dirigidas contra la persona al extremo de hacerla creer que le va a ocurrir algo grave. Es simplemente miedo.

1.5.1.1.3 Dolo

El dolo es aquella maquinación fraudulenta que se ejerce sobre la voluntad de una persona para que preste su consentimiento en la celebración de un determinado acto o contrato.

Clases de dolo:

- a) **Dolo Bueno:** conjunto de artificios y astucia, así como la maquinación contra el enemigo o ladrón de la cual uno se pueda servir para llegar a un resultado lícito.
- b) **Dolo Malo:** cualquier alteración de la verdad, hecha a propósito para que otro ejecutara una acción que le era perjudicial y que de otro modo no hubiera ejecutado.
- c) **Dolo Positivo:** realización de un hecho por quien comete dolo.
- d) **Dolo Negativo:** es aquel que consiste en la omisión de un hecho que debió realizarse.
- e) **Dolo Principal:** induce a celebrar un acto jurídico a una persona que de otro modo no lo habría celebrado.
- f) **Dolo Incidental:** induce a obligarse en forma más onerosa.
- g) **Dolo obra de las partes:** se produce cuando la maquinación fraudulenta es realizada por una de las partes contratantes.

- h) Dolo obra de un tercero:** se origina cuando es ejecutado por un tercero que pretende aprovecharse del acto o contrato en beneficio propio.

El único dolo que produce vicio del consentimiento es el dolo principal y obra de una de las partes. Si el dolo es incidental, la sanción del acto jurídico no será la nulidad, sino la indemnización de perjuicios.

1.5.1.2 Consentimiento

El consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades sobre un mismo objeto jurídico. El consentimiento nace de la *oferta* y la *aceptación*. La oferta es el acto por el cual una persona propone a otra la celebración de un determinado acto jurídico, la misma que debe ser hecha con la intención de obligarse, exteriorizada, completa y voluntaria. La aceptación es el asentimiento a los términos de la oferta, de forma completa, oportuna, expresa o tácita.

1.5.1.3 El objeto y la causa

En cuanto al *objeto* podemos decir que es el conjunto de derechos que se crean, modifican o extinguen. El objeto debe existir o al menos esperarse su existencia al momento de la celebración del contrato, ser posible, lícito y determinado o determinable.

Respecto de la *causa*, es el motivo subjetivo, psicológico y personal que el contratante tuvo en consideración para celebrar el acto jurídico; o el motivo jurídico que induce a una persona a obligarse. Así, en todo contrato de la misma naturaleza la causa de la obligación será siempre idéntica.

1.5.1.4 Capacidad Jurídica de las partes

La capacidad jurídica es la aptitud legal de una persona para adquirir derechos, ejercerlos y contraer obligaciones. La capacidad puede ser de dos tipos:

- a) **Capacidad de Goce:** aptitud legal para adquirir derechos. La *capacidad de goce* es aquel atributo de la personalidad jurídica o el atributo esencial de esta, considera al hombre como sujeto de derechos.
- b) **Capacidad de Ejercicio:** aptitud legal para ejercer derechos y contraer obligaciones.

“En el léxico jurídico la expresión capacidad es anfibológico, pues unas veces denota la aptitud que se le atribuye a las personas o sujetos para ser titulares de derechos y obligaciones, al paso que, otras veces se emplea para significar el poder que se reconoce a la mayoría de dichos titulares para realizar actos jurídicos sin el ministerio o autorización de otras personas”.^[17]

Entonces decimos que el término capacidad es utilizado de forma indistinta para hablar en unos casos del hombre como sujeto de derechos, y en otros, como la capacidad de realizar actos por sí mismos.

1.6 Elementos de la naturaleza

Los elementos de la naturaleza son aquellos que sin ser de la esencia se entienden incorporados en un acto jurídico sin necesidad de cláusulas especiales. Son elementos que de forma natural se encuentran en un contrato y forman parte de él por el imperio de la ley y que las partes pueden excluirlas por

[17] OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, Séptima Edición, Bogotá Colombia, Editorial Temis S.A., 2005, p. 86.

medio de cláusulas expresas. Por ejemplo, en la compra venta la responsabilidad del vendedor por la evicción o por los vicios ocultos de la cosa vendida que se considera implícitamente comprendida en el contrato, mientras que las partes no dispongan lo contrario estarán presentes siempre.

Se trata de un elemento que no es de la esencia sino de la naturaleza del contrato aquel que puede ser excluido por la manifestación de voluntad de las partes y el contrato no dejaría de ser tal.

1.7 Elementos accidentales

Los elementos accidentales son aquellos que las partes agregan a un acto jurídico mediante cláusulas especiales y que están destinados a modificar sus efectos naturales, ya sea en cuanto a su nacimiento, ejercicio o extinción.

Estos elementos también se llaman modalidades de los actos jurídicos y son: la *condición*, *el plazo* y *el modo*.

1.7.1 Condición

Condición es el acontecimiento futuro e incierto del cual depende el nacimiento o extinción de un derecho, y puede ser:

- a) ***Suspensiva***: cuando la realización del acontecimiento futuro e incierto determina el nacimiento del acto jurídico del derecho de que se trata.
- b) ***Resolutoria***: cuando la realización del acontecimiento futuro e incierto determina la extinción del acto jurídico. La condición puede encontrarse:

- a) **Pendiente:** cuando el suceso en que consiste aún no ha ocurrido y no se sabe si va a ocurrir.
- b) **Cumplida:** cuando el acontecimiento en que consiste ya ocurrió y el acto jurídico se celebra y adquiere plena eficacia como si hubiese sido puro y simple.
- c) **Fallida:** cuando es cierto de que el acontecimiento no se va a cumplir. Nunca se lleva a cabo un acto jurídico.
- d) **Positiva:** es si el derecho pende que suceda un suceso futuro e incierto.
- e) **Negativa:** si el derecho pende que no suceda un evento futuro e incierto.
- f) **Posible:** es cuando se puede cumplir.
- g) **Imposible:** cuando el hecho en que consiste no se puede realizar debido a un obstáculo o impedimento físico o jurídico.
- h) **Lícita:** cuando el evento en que consiste atenta contra la moral, el orden público o las buenas costumbres.
- i) **Ilícita:** anula el acto jurídico, lo deja sin efecto.
- j) **Potestativa:** es aquella que depende de un hecho voluntario del deudor o del acreedor o de la mera voluntad de cualquiera de ellos.
- k) **Casual:** es aquella que depende de un evento de la naturaleza o de la acción de un tercero.
- l) **Mixta:** es aquella que depende, en parte, de un evento natural o de un tercero, y en parte de la actividad requerida del interesado.

1.7.2 Plazo

El plazo es el acontecimiento futuro y cierto del cual depende el ejercicio o la extinción de un derecho.

El plazo puede retardar la exigibilidad de un derecho, o bien, extinguir un derecho. El plazo puede estar referido al comienzo o al fin de la relación jurídica. Cuando del plazo

pende la exigibilidad del derecho se dice que el plazo es suspensivo; si de su transcurso depende la extinción de un derecho, es extintivo. También ambas denominaciones se conocen como plazo inicial y plazo final.

Si bien el plazo suspensivo o inicial detiene el ejercicio de un derecho, no tiene la adquisición del mismo.

Si el plazo es extintivo o final produce la caducidad de la relación que se creó, extinguiéndose todos los derechos que integran su contenido.

1.7.3 Modo

El modo es un gravamen impuesto al beneficiario de una liberalidad. Es una cláusula agregada a los actos de libertad como: legados, donaciones, instituciones de herederos por medio de la cual se impone al destinatario del beneficio gratuito un comportamiento determinado.

« Capítulo II »

LA VOLUNTAD EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

2.1 Introducción

La libertad es una característica esencial del ser humano, si lo consideramos como sujeto de derechos la forma plena de ejercicio de la libertad lo constituye el acto jurídico. El acto jurídico puede ser entendido como la manifestación de la voluntad encaminada a la producción de efectos legales. La concretización más común del acto o negocio jurídico está dada por los convenios, instrumentos por medio de los cuales las partes crean, regulan, modifican o extinguen relaciones jurídicas, algunas de esas relaciones se encuentran previstas por el ordenamiento jurídico y para aquellas que no lo están, la autonomía de la libertad juega un papel esencial, esto es, un espacio de autorregulación de relaciones jurídicas.

A decir de MAX ARIAS-SCHREIBER, el principio de la autonomía de la voluntad constituye el postulado básico de lo que se conoce actualmente como *Teoría Clásica del Contrato*, partiendo del criterio que “...la ley debe abstenerse de intervenir en las relaciones de los particulares, ya que cada individuo tiene la facultad de crear, por voluntad propia, una determinada situación jurídica que el derecho positivo debe respetar.”^[18] No se debe interpretar la autonomía de la voluntad como libertinaje contractual, esa

[18] ARIAS SCHREIBER-PEZET, Max, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo I. Gaceta Jurídica. Segunda Edición. Lima, 1995, pp. 26 y 27.

capacidad de autorregulación no está fuera del ordenamiento jurídico, es un espacio tutelado por él, sólo que allí no es directamente la ley sino los sujetos contractuales quienes regulan las relaciones jurídicas. Es decir, el sujeto que interviene en un negocio jurídico está dotado de poder suficiente para regular asuntos en la esfera privada, destacando el hecho que se debe constreñir a lineamientos generales determinados por el ordenamiento jurídico.

La autonomía de la voluntad es esa capacidad de la que gozan los particulares para dictar verdaderas leyes para sí dentro del marco general que determina la ley a través de un contrato o convención. Esta capacidad llamada autonomía de la voluntad deja abierta la posibilidad de convenir todo cuanto nuestro deseo contractual así lo disponga dentro de los límites legales, teniendo siempre en cuenta las consecuencias que se pueden dar en caso de que la voluntad expresada no sea la realmente querida, ya sea por error o por intención de las partes, como ocurre en la simulación contractual.

Algunos doctrinarios como BETTI EMILIO consideran que la verdadera voluntad es la expresada, a diferencia de los que creen, como en el caso de SAVIGNY, que el querer interno constituye el motivo real que los llevó a contratar. Otros doctos como VON IHERING señalan que no hay que crear nuevas teorías en torno a la manifestación disconforme al querer, pues simple y llanamente el hecho de ser parte de un acto o contrato genera responsabilidad.

Como solución a estas teorías opuestas, aparece una nueva, una postura ecléctica que manifiesta que se debe mantener lo declarado sobre la voluntad real siempre y cuando exista confianza y buena fe por parte de los destinatarios, de lo contrario prevalecerá la voluntad interna de los agentes.

Una vez que hayamos analizado la autonomía de la voluntad y como ésta se ramifica al momento de ser manifestada, estaremos en capacidad de explicar que doctrina prevalece en la normativa ecuatoriana.

2.2 Concepto de la autonomía de la voluntad

El principio de autonomía de la voluntad contractual es la expresión de un principio más amplio, el de la autonomía de las personas, “... este principio tiene un claro carácter meta-jurídico, y está fuertemente impregnado de sentido moral y se refiere, fundamentalmente, a la libertad que tienen las personas para elegir por sí mismas.”^[19] Este vasto poder autodeterminador del que gozan los particulares está influenciado por una carga moral condicionante al momento de ejercitar la autonomía de la voluntad en la actividad contractual, de ésta dependerá que se celebren actos apegados a derecho o se fragüen artimañas de diversa índole.

Un verdadero acto voluntario debe ser entendido como aquel que se celebra con pleno conocimiento de los hechos y consecuencias, enfocado en un objetivo determinado y con absoluta libertad para hacerlo.

Las partes están facultadas para celebrar contratos de acuerdo a sus necesidades, es allí donde aparecen los contratos innominados, entendidos estos como aquellos que no son susceptibles de clasificarse en ninguna de las categorías o tipos organizados por el Código Civil, el Código de Comercio o por otras leyes especiales. Tanto los contratos nominados como los innominados gozan de tutela jurídica. Es importante mencionar que no por ser innominados pueden trasgredir la ley, éstos

[19] CHARLESWORTH, *Ética de la Vida- Ética de la Responsabilidad*, Biotecnología y Propiedad Intelectual, Editorial Livrosca, Caracas, 1999, p. 1.

al igual que los contratos nominados tienen como marco regulador la ley.

Para entender con más claridad la autonomía de la voluntad citaremos varios autores quienes a lo largo de los años no solo han tratado de definirla, sino también de determinar sus fases y consecuencias en el mundo de lo jurídico.

Iniciaremos con el Derecho Romano que analiza la institución de la autonomía de la voluntad como insuficiente para crear obligaciones por sí misma, pues, es necesario cumplir con ciertos formalismos para que ésta goce de eficacia jurídica.

Como bien lo señala LUIS PARRAGUEZ RUIZ, la obligación genera vínculos legales entre los contratantes, por ejemplo:

“Un vínculo jurídico en virtud del cual una persona llamada deudor queda en la necesidad de realizar una determinada prestación, que puede consistir en dar, hacer o no hacer, a favor de otra denominada acreedor, de tal manera que compromete todo su patrimonio embargable en garantía de cumplimiento.”^[20]

No se habla de un querer formalizado a través de contratos, ésta es una acepción más moderna que surge con el Derecho Canónico, se habla más bien de pactos, donde el honor juega un papel clave, ya que en su nombre se efectivizan los acuerdos.

Por otro lado, una postura de liberalidad absoluta la plantea LEÓN DUGUIT, quien manifiesta que la autonomía de la voluntad es un elemento de libertad general, es la libertad jurídica, y es, en suma, el poder del hombre de crear por un acto de voluntad una situación de derecho cuando contiene un objeto lícito. En otros términos, “...en el sistema civilista, la autonomía de

[20] PARRAGUEZ RUIZ, Luis, *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro Cuarto: Teoría General de las Obligaciones*, Volumen I, Primera Edición, Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador, 2000, p. 21.

la voluntad es el poder de querer jurídicamente, y por lo mismo el derecho a que ese querer sea socialmente protegido.”^[21] La autonomía de la voluntad es esa facultad de negociar ampliamente, amparado por la ley, siempre y cuando el negocio lleve consigo un objeto contractual legítimo.

Para DÍEZ PICAZO y GULLÓN, la autonomía de la voluntad tiene verdadero poder de ley entre las partes contratantes y la definen como “*el poder de dictarse a uno mismo la ley o el precepto (...) puede igualmente conceptuarse como el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que se es o ha de ser parte*”.^[22] Debido a que se crean, modifican o extinguen ciertos derechos entre los agentes contratantes, la autonomía de la voluntad tiene el poder de generar verdaderas leyes para los involucrados en el acto.

El profesor DE CASTRO señala que, en sentido muy general, la autonomía privada debe ser entendida como el poder de autodeterminación de la persona, la cual como sujeto de derechos está provista de una amplia facultad “*para crear reglas de conducta*” que no solo acarreen consecuencias para los contratantes sino una verdadera responsabilidad en la vida social. Ya no solo se habla de implicaciones para con los contratantes sino de la responsabilidad con terceros.

Para OSPINA FERNÁNDEZ la autonomía de la voluntad privada “*consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos*.”^[23] Entonces, gracias a la delegación de

[21] DUGUIT LEÓN, *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*. Traducción de Carlos G. Posada, Segunda Edición, Madrid, p. 69.

[22] DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I y II, Editorial Tecnos, p. 389.

[23] OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Séptima Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá Colombia, 2005, p. 6.

poder es que los particulares de manera convencional pueden regular relaciones de carácter privado sobre todo las de contenido patrimonial o económico.

ARTURO ALESSANDRI por su parte define la autonomía de la voluntad como *“la libertad de la que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido, efectos y duración”*^[24] y más adelante, en su libro *“De los contratos”*, señala que esta voluntad es soberana y que el contrato nace como fruto del acuerdo de voluntades. A diferencia del primer criterio señalado por los romanos, ALESSANDRI reconoce que los particulares tienen un poder extremo, pues, es gracias a este que pueden convenir todo cuanto beneficie sus intereses, sin importar formalismos como ocurría en el Derecho Romano.

Por todo lo expuesto decimos que la concepción de la autonomía de la voluntad ha cambiado desde sus inicios con el Derecho Romano en la que estaba condicionada a formalismos rigurosos para ser efectiva, para posteriormente ser considerada verdadera fuente de obligaciones, instrumentada a través de los diferentes tipos de contratos.

La autonomía de la voluntad es un poder de autorregulación de la que gozan los sujetos privados, quienes pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas que acarreen responsabilidad inter partes y con terceros, teniendo siempre como marco regulador general aquel establecido por la ley.

Finalmente, repitiendo el pensamiento de OSPINA GUILLERMO y OSPINA EDUARDO, concluimos diciendo que la autonomía de la voluntad es esa delegación hecha por el legislador a favor de los particulares, encaminada a facilitar relaciones de tipo privado.

[24] ALESSANDRI, Arturo, *De los contratos*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, p. 11.

2.3 Contenido de la autonomía de la voluntad

En el régimen de los contratos, la autonomía privada se expresa a través de dos libertades: la libertad de contratar y la libertad contractual.

2.3.1 Libertad de Contratar

La libertad de contratar se ejerce de manera previa al momento de la celebración del contrato, es la antesala del acuerdo, gracias a ella las partes deciden si les conviene o no el contrato y sobre todo con quien contratar. Nadie puede ser obligado a contratar, a vender, a dar en arrendamiento. Como dice MAX ARIAS-SCHREIBER, *“se contrata porque se quiere y se contrata con tal o cual persona porque así se desea.”*^[25]

2.3.2 La Libertad Contractual

Las partes al hacer uso de la libertad de contratar tienen implícitamente una libertad contractual, sometida a tipos previstos por el legislador y regulada por las normas jurídicas imperativas que se deben tomar en cuenta al momento de llevarse a cabo el acto jurídico. Es decir, se está plenamente facultado para escoger con quien contratar y bajo qué condiciones.

La libertad contractual se refleja en las cláusulas, contenido, condiciones y términos del contrato. Este principio hace referencia al ejercicio que tienen las partes para dotar de contenido al contrato, al amparo de las reglas de la autonomía a las que se someten libremente. La liberalidad de contratación permite a los particulares escoger el contenido de su acto o negocio, teniendo como límites la ley y el orden público.

[25] ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Ob. cit.*, p. 27.

No se debe olvidar que, a pesar de la amplia libertad de la que gozan los contratantes, ésta nunca puede crear disposiciones opuestas al ordenamiento existente.

2.4 Restricciones de la autonomía dela voluntad

Los autores AMBROISE COLIN y HENRI CAPITANT, afirman que la autonomía de la voluntad consiste en que *“los particulares pueden ejecutar todos los actos jurídicos que quieran y hacerles producir las consecuencias jurídicas que les convengan, con ciertas limitaciones”*.^[26] Entonces ya no se habla de una libertad absoluta y plena como lo manifestaba DIGUIT si no que existen ciertas restricciones a las cuales deben ajustarse los agentes contractuales.

Esas restricciones las podemos encasillar en: la libertad y la igualdad más o menos perfectas; es decir, que se trate de sujetos que se hallen en una misma posición, con iguales posibilidades de exigir y de prestar.

La igualdad de los contratantes permite que la negociación lleve consigo beneficios equiparados para las partes, pero hay quienes consideran lo contrario puesto que autonomía con límites deja de ser autonomía. Ninguna de las partes contractuales puede imponer unilateralmente el contenido de las obligaciones que conforman el contrato, este debe ser fruto de un acuerdo previo. Se habla entonces de una igualdad de condiciones que lleven a una negociación querida y con efectos deseados.

[26] COLIN AMBROISE y CAPITANT, Henri, *Curso Elemental de Derecho Civil*, Traducción española de la Revista general de Legislación y Jurisprudencia, Editorial Reus, Madrid, 1924, p. 152.

2.5 Límites de la autonomía de la voluntad

Las necesidades en el campo contractual varían indefinidamente; por lo que, no es posible para el ordenamiento jurídico determinar todo el contenido y las consecuencias a ser aplicados en cada caso. Se establecen delimitaciones generales dentro de los cuales la voluntad privada puede negociar.

“Todo ordenamiento positivo, por primitivo y rudimentario que sea el medio social al que se dirija, tiene siempre que reconocer, en alguna medida, eficacia jurídica a la iniciativa privada, permitiendo que los particulares se encarguen de arreglar entre sí...”.^[27]

Es un hecho que la autonomía de la voluntad es amplia pero no ilimitada, y que el bien común está por sobre el bien particular. Entonces aparece el ordenamiento jurídico encargado de reglar de manera general la actividad privada.

“La autonomía privada reconoce como límite extrínseco el impuesto por el orden público en el sentido de que la voluntad particular al concretar negocios jurídicos, no puede sustituir, modificar ni renunciar las normas que interesan al orden público”.^[28]

Por ello decimos que la autonomía de la voluntad de ninguna manera puede tener carácter de absoluta, siempre la encontraremos supeditada a algo, ya sea la ley, la moral o el orden público; estas buscan un fin mayor conocido como bien común.

[27] BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Segunda Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1968, pp. 45.

[28] GARIBOTTO, Juan Carlos, *Teoría General del Acto Jurídico*, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, p. 126.

2.5.1 Las leyes imperativas

A través del ejercicio de la autonomía de la voluntad los particulares pueden crear verdaderas reglas jurídicas de orden privado destinadas a formar parte del ordenamiento jurídico en calidad de fuentes subordinadas y dependientes, salta a la vista la frase *subordinadas y dependientes*, esto es básicamente por el hecho de que todas las actuaciones en el campo privado deben respetar la normativa legal que determina de manera general las pautas que debe seguir todo acto o negocio jurídico.

Como se ha dicho repetidas veces, los particulares pueden acordar lo que mejor convenga a sus intereses, pero es el ordenamiento jurídico quien reconoce y protege los derechos de los contratantes y destinatarios. Se debe enfatizar que todo acto contrario a las normas imperativas, vigentes, o prohibidas, es nulo de pleno derecho.

Esto no quiere decir que la ley tenga el carácter de impositiva, pues ella no impone las condiciones de contratación, sino más bien plantea el marco general dentro del cual se actúa en libertad.

2.5.2 La moral

La moral entendida como todo aquello que no afecta las buenas costumbres, este es un término muy general; por lo que, para expresarlo de un modo más contemporáneo podríamos conceptualarlo como los parámetros de uso cotidiano llenos de una carga de valores sociales que rigen el comportamiento del hombre.

Para DE CASTRO, la moral es el límite del contenido de los contratos en la normal convivencia de las personas consideradas honestas, o dicho de otra forma, el actuar de buena fe.

2.5.3 El orden público

El orden público es un término igualmente subjetivo que el anterior; ha sido definido de manera más precisa por el Derecho Internacional, de la siguiente manera:

“Conjunto de principios inspiradores de la organización del Estado y la familia, que de acuerdo al orden moral y buenas costumbres, aseguran la realización de los valores humanos fundamentales”.^[29]

Se busca dar un ordenamiento a esta entelequia jurídica llamada Estado, a través de la cual los particulares puedan ejercer los derechos que por naturaleza les corresponde en pro del interés social.

El orden público se considera también como la situación jurídica vigente en una Nación, la cual hace que sus habitantes deban respetar principios y normas superiores de carácter político, económico, moral y algunas veces de tipo religioso, sobre los que éste asienta su individualidad y que no pueden ser dejados sin efecto por simples convenciones particulares, siendo rígidamente obligatorias o imperativas.

En conclusión, la autonomía de la voluntad pasa por una fase inicial de libertad para contratar, escoger entre varias opciones cual es la que satisface de mejor manera los intereses, una segunda fase que se denomina libertad contractual observada en el contenido mismo del contrato, todo esto en condiciones de igualdad que permita a los agentes contratantes actuar con plena libertad.

[29] KALLER de ORCHANSKY, Berta, *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Quinta Edición, Edición Plus Ultra, Buenos Aires, 1977, p. 136.

La autonomía de la libertad tantas veces mencionada, es clave en la contratación, pues se manifiesta para generar efectos y por tanto obligaciones. Se dan casos en los que lo querido y lo declarado embonan perfectamente y no hay problema alguno, pero también se dan escenarios donde estos difieren totalmente de manera consciente y deseada como en el caso de la simulación contractual.

A continuación empezaremos con el estudio sobre la manifestación de la voluntad opuesta o no al querer interno, esto nos permitirá comprender la figura de la simulación contractual y sus consecuencias jurídicas a la luz de los principios generales del derecho.

2.6 Divergencia entre la voluntad real y la manifestación declarada

Las teorías creadas acerca de la voluntad y su declaración surgen a raíz del estudio del consentimiento. La doctrina define al consentimiento como el encuentro de las voluntades de los contratantes; es decir, cada sujeto contractual manifiesta su voluntad de manera separada y al coincidir sobre un objeto en particular dan origen al consentimiento.

Es fundamental entonces comprender la naturaleza de la voluntad contractual, pues si bien el comportamiento esperado de los agentes contratantes es la perfecta armonía entre lo deseado y manifestado, existen circunstancias conscientes o deliberadas que llevan a la disonancia entre lo querido y lo efectivamente declarado. Es posible que un sujeto al expresar su voluntad lo haga de modo tal que lo que piensa, desea o quiere, no corresponda con lo que expresa, en este caso se dice que existe un divorcio entre la voluntad interna o voluntad real y la voluntad declarada.

La voluntad tiene dos momentos, el primero que permanece en el fuero interno y el segundo que se da al manifestar o expresar ese querer. La exteriorización de la voluntad es básica para el derecho, puesto que si esta permanece en el fuero interno no tiene relevancia jurídica.

Entonces, la voluntad se desdobra en dos, una conocida como voluntad interna o negocial, que no es otra cosa que lo que realmente ha deseado el agente en su fuero interno y la voluntad declarada, que es la voluntad exteriorizada por medio de declaraciones y comportamientos.

El tratadista JESÚS VEGA considera que para llegar a cotejar ese querer interno con “...la manifestación de la voluntad se debe pasar por ciertas fases”^[30] siendo estas las siguientes:

- **La percepción:** función en virtud de la cual el sujeto se relaciona con la realidad, se internaliza la realidad objetiva y se incorpora a la realidad subjetiva.
- **El discernimiento:** aplicación de la capacidad intelectual del ser humano a la realidad percibida, internalizada, subjetivizada, para su posterior examen, ponderación y valoración.
- **La decisión:** el sujeto que ha percibido y discernido la realidad, asume frente a ella una determinación que puede ser la indiferencia, o asumir una intencionalidad.
- **La manifestación:** que implica convertir la voluntad interna en voluntad jurídica, es decir, trasladar la intención del cerrado ámbito de la subjetividad interna al abierto y reconocible mundo de la objetividad externa.

Como vemos, el proceso por medio del cual se cohesiona el querer con la declaración empieza por la percepción. ¿Qué pasaría si llego a un determinado acuerdo? continúa con el dis-

[30] VEGA VEGA, Jesús Edgardo, *El Acto jurídico en las instituciones del Derecho Civil*, Editorial Palestra Editores, 1996, p. 408.

cernimiento ¿Conviene o no el negocio? ¿Trae perjuicios la negociación? Una vez que se tienen todos estos elementos se estará en posibilidades de tomar una decisión, momento después del cual se exterioriza ese deseo que inicialmente era parte del fuero interno, a través de la manifestación.

Si llega a existir discordancia entre el querer interno y lo manifestado, surge una interrogante de trascendental importancia para el derecho, como lo plantea CÉSAR CORONEL JONES “¿Deberemos estar a la intención real negando toda eficacia a los actos jurídicos que no traduzcan fielmente el pensamiento de las partes o daremos valor a la declaración aunque sea una simple apariencia sin un querer real y coordinante?”^[31]

Para resolver estas y otras interrogantes, la doctrina ha instaurado varias teorías, pero destacan dos principales que expresan posturas totalmente opuestas. La una afirma la *prevalencia de la voluntad sobre lo declarado*, y la otra sostiene la *prima-cía absoluta de lo declarado*. Con los años se han formulado nuevas tesis como la de la *responsabilidad o culpa in contrahendo* y la de la *buena fe*, que no traen consigo un panorama distinto al ya conocido, sino más bien refuerzan el concepto de la prevalencia de la declaración, como veremos a continuación.

2.6.1 Teoría de la Prevalencia de la Voluntad

La Teoría de la Prevalencia de la Voluntad tiene sus orígenes en el Derecho Justiniano, canónico y natural, siendo su máximo exponente el gran jurista FEDERICO CARLOS VON SAVIGNY, quien la expuso en su “*Sistema de Derecho Romano*”. Esta teoría es la expresión del racionalismo, sus seguidores sostienen que “no puede haber acto jurídico válido en que falte la voluntad real de los agentes a quienes se les atribuye”^[32]. En otras pala-

[31] CORONEL JONES, César, *La Simulación de los Actos Jurídicos*, Editorial Nomos Ltda. Ecuador, 1989, p. 68.

bras, no puede haber contrato válido si no hay reciprocidad entre la voluntad interna y la expresada. Se considera la base filosófica de la teoría de los vicios de consentimiento porque tanto lo querido como lo manifestado deben estar libres de vicios para generar efectos.

Esta doctrina considera la voluntad como principal elemento y por ello enseña que se debe estar a la intención cuando haya desacuerdo entre ésta y la declaración; prevalece la voluntad real frente a la declarada, ya que en principio la esencia del negocio se encuentra en la voluntad inicial. La base fundamental de todo acto jurídico es la consistencia perfecta entre lo querido y lo manifestado.

La afirmación del predominio de la voluntad real sobre su expresión material deriva directamente del propio postulado de la autonomía de la voluntad privada. Por esto, el elemento verdaderamente relevante en la actuación jurídica privada es la voluntad real que la preside, y no la apariencia material que resulta de su exteriorización más o menos perfecta. Esto lo recoge nuestro Código Civil, el cual al hablar de la interpretación de los contratos en el artículo 1576, dispone que: “*Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.*” Para nuestro ordenamiento jurídico el punto cardinal de toda contratación está en el querer, en la intención que los llevó a celebrar determinado contrato. La voluntad no manifestada, simplemente no produce consecuencias jurídicas pues el acto no nace a la vida.

SAVIGNY indica que si la declaración del contratante oculta una manifestación real del pensamiento íntimo, es esta la que prevalecerá y tendrá eficacia. El alma del negocio lo constituye la voluntad interna y la declaración es simplemente un medio para dar a conocer ese querer.

[32] VON SAVIGNY, Federico Carlos, *Sistema del Derecho Romano Actual*, Tomo V, Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1879, p. 86.

Ciertamente la voluntad como algo interno necesita ser exteriorizado, pero las declaraciones sólo son un elemento instrumental, lo fundamental sigue siendo la voluntad interna; por lo que, de existir conflicto entre lo esencial y lo accidental, prevalecerá siempre la voluntad inicial.

Para esta teoría el hecho interno o psíquico es el único capaz de dar vida a una situación jurídica y si éste llegare a faltar, habrá una declaración sin relevancia jurídica. En caso de divergencia entre lo declarado y la intención real de los agentes, esta última debe ser preferida por el intérprete al tratar de aplicar el acto y deducir sus efectos.

Esta teoría constituye la base para el tema de la simulación contractual, ya que, en estos casos, en los que de manera consciente lo manifestado difiere de lo querido, se busca una ficción de negocio.

2.6.1.1 Crítica a la Teoría de la Prevalencia de la Voluntad

La regla de *“ninguna declaración es eficaz sin voluntad”*, que sostiene la teoría de la prevalencia de la voluntad propuesta por SAVIGNY, no es del todo cierta, puesto que, existen casos de reserva mental, o casos en que el declarante cambia su voluntad antes de la aceptación de la otra parte, incluso habiendo ya enviado su declaración como en contratos vía electrónica. Se denota que la declaración tiene efecto aún sin ser lo querido.

De hecho, resulta indispensable contar con ciertos correctivos para dar validez a esta teoría, varios tratadistas departen al respecto:

IHERING habla de la culpa in contrahendo –tema que se abordará en capítulos posteriores– para dar cierta seguridad al comercio jurídico.

WINDSCHEID llega al mismo análisis que el mencionado por IHERING pero desde el punto de vista de la confianza jurídica que trae consigo la figura de la indemnización en caso de incumplimiento de lo querido.

En consecuencia, la declaración emitida por una persona capaz produce efectos jurídicos sin consideración a si lo declarado se quiso o no, lo que interesa es aquello que ha sido exteriorizado, captado por los sentidos y que forma parte del mundo de lo jurídico. Esta postura mantiene la teoría que a continuación se expone.

2.6.2 Teoría de la Prevalenciade la Declaración

En la Teoría de la Prevalencia de la Declaración, ROWER es quien invierte los conceptos dados en la teoría anterior, eleva a elemento esencial del negocio no la voluntad interna sino la exteriormente manifestada.

La Teoría de la Prevalenciade la Declaraciónse contrapone abiertamente a la Teoríade la Prevalenciade la Voluntad, como sostiene BETTI EMILIO:

...la esencia de los actos no reside en ser ‘manifestaciones de la voluntad’ sino en constituir reglas o preceptos de conducta que, una vez aparecidos en la vida social cobran entidad propia, independiéndose de la voluntad que le dio origen, y se imponen por sí mismos y en su ordenación jurídica.^[33]

[33] BETTI, Emilio, *Ob. cit.*, p. 57.

Un primer momento constituirá el querer y otro el manifestar, y solo este último tiene relevancia jurídica al ser captado no solo por los agentes contratantes sino al formar parte del orden social.

Los seguidores de esta tesis consideran que la prevalencia de la voluntad es una representación vívida de dañino individualismo; por lo que, una forma de soslayar ese mal es dándole poder inminente a la declaración del agente contractual.

En la Teoría de la Prevalencia de la Voluntad se menciona que no existe eficacia si la voluntad no es manifestada, ésta al permanecer en el fuero interno, no tiene relevancia para el mundo jurídico.

Continuando con lo planteado por BETTI EMILIO, se consideran dos fases, la primera que constituye la gestación de la voluntad y la segunda que extingue la primera y se da al momento de exteriorizar o manifestar el querer interno; siendo la manifestación de la voluntad la única capaz de ser captada por los sentidos. Lo percibido es la manifestación de la voluntad declarada, notoria y ostensible mientras el querer interno permanece en un campo inaccesible. Resultaría injusto burlar la confianza de aquellos que contrataron sujetos a una voluntad exteriorizada. En consecuencia, esta teoría sostiene la prevalencia de lo declarado frente a lo querido.

Esta doctrina surge a partir del siglo XIX en Alemania, donde se considera que se debe dar un nuevo enfoque a la voluntad como requisito de existencia y validez del negocio jurídico.

2.6.2.1 Crítica a la Teoría de la Prevalencia de la Declaración

Muchos doctrinarios, entre ellos los pandectistas^[34] alemanes no conciben como unidad de acto el querer y el manifestar, aluden que ni siquiera resulta lógico hablar de voluntad expresada pues simplemente se trata de una apariencia de voluntad, sería más prudente referirse a una voluntad falseada, como en los actos simulados, donde lo verdaderamente querido no es lo declarado.

En un primer momento se habló de la prevalencia de lo querido sobre lo manifestado, ese querer que trasciende la esfera íntima para formar parte del mundo jurídico, constituyéndose en el verdadero móvil de la negociación. Esta concepción para muchos es un absurdo jurídico ya que el querer interno es independiente y solo tiene relevancia lo verdaderamente manifestado, pues, en ese momento se llega a conocer el verdadero propósito de los contratantes.

El tema no queda subsanado con el apego hacia una u otra tendencia puesto que existen casos en los que a pesar de la convergencia entre lo querido y lo manifestado se omiten diligencias con el propósito de no acceder al perfeccionamiento del contrato, es allí donde aparece una nueva teoría llamada Teoría de la Responsabilidad de la Culpa Incontrahendo.

2.6.3 Teoría de la Responsabilidad o de la Culpa Incontrahendo

La Teoría de la Responsabilidad o más conocida como la Culpa Incontrahendo fue formulada por el jurisconsulto alemán VON IHERING quien manifiesta que el solo hecho de la

[34] PANDECTA. Recopilación de las obras del Derecho Civil romano puestas en el digesto de Justiniano. Conjunto del digesto y del código. Código de Justiniano con las novelas y demás constituciones imperiales.

intervención de una persona en la celebración de un acto jurídico, garantiza a los demás interesados la eficacia y validez del mismo. Por tanto, si éstas no se dan, porque uno de los sujetos contratantes ha actuado de manera dolosa o culposa, se debe indemnizar por los perjuicios que ocasione con su conducta ilícita, en aplicación del máximo postulado que gobierna la responsabilidad civil, “*nemo ex alteria culpa praegravari debet*”^[35].

IHERING propone una solución basada en el supuesto jurídico en que falte la voluntad real de los agentes, o en que la declaración sea contraria a dicha voluntad, está condenado a la ineficacia, principio que protege a los agentes. La declaración divergente al verdadero querer o voluntad real será sancionada con la ineficacia del acto, además, se deberá vislumbrar la existencia o no de dolo o culpa en cuyo caso se impondrán las respectivas condenas por responsabilidad civil.

El abuso en la libertad de cumplir o no lo contratado, aunque sería más preciso hablar de la no perfección de lo acordado, lleva a una trasgresión del derecho. La tesis que sostiene que la culpa in contrahendo se produce por la arbitrariedad del derecho de no contratar por parte del oferente está fundamentada en la idea de JOSSERAND quien sostiene que:

...suponiendo que la oferta no sea obligatoria (que no se haya perfeccionado el contrato) su retirada injustificada es susceptible de comprometer la responsabilidad del peticitante (oferente); no se requiere que después de haber atraído al destinatario y haber hecho nacer en él una esperanza legítima, pueda el peticitante arrepentirse discretamente. Cometería, en tal caso, un abuso del derecho de no contratar, más exactamente, un abuso del derecho de retractación, que quedaría sancionado por los daños y perjuicios.^[36]

[35] Nadie debe sufrir perjuicio por culpa ajena.

[36] JOSSERAND Louis, *Derecho Civil*. Tomo II Vol. I, Editorial Bosch y Cía., 1950, p. 43.

Esto nos llevaría a concluir que solo aquellos contratos celebrados en unidad de acto son susceptibles de perfeccionamiento, a diferencia de aquellos que son intermedios como el contrato de promesa de compraventa, donde la obligación es de hacer, no de dar. En este caso en particular la culpa in contrahendo se podría manifestar al no efectuar todas las diligencias necesarias para celebrar la compraventa, por ejemplo, no realizar los actos imperiosos para el otorgamiento de un préstamo, no sanear la propiedad, no declarar la propiedad horizontal, etc., circunstancias en que cualquiera de las partes estaría plenamente facultado para reclamar las indemnizaciones pertinentes.

Con el pasar de los años la Teoría de la Responsabilidad de la Culpa Incontrahendo fue interpretada como un refuerzo de la Tesis de la Prevalencia de la Declaración de la Voluntad, se atribuye esta nueva interpretación a ROSMINI, quien en su Filosofía de Derecho expuso: *“Si falta el consentimiento interno, sin voluntad ni malicia, el contrato es nulo; si falta con voluntad y malicia y externamente se demuestra así, el contrato debe mantenerse”*.^[37] Esta nueva versión de la Teoría de la Responsabilidad no se limita a proteger a los destinatarios del acto con la posibilidad de ser indemnizados, sino que se le da eficacia al acto para que tenga plenos efectos jurídicos y que el brazo de la ley se aplique con toda su fuerza.

Dicho de otro modo, si la causa que da lugar a la diferencia entre lo querido y lo declarado radica en el dolo o la culpa, no se obliga solo a resarcir el daño, sino al cumplimiento de lo prometido, a la satisfacción de la esperanza que despertó.

En esta teoría nace con gran importancia el análisis de la buena fe contractual, la cual, como menciona nuestro Código Civil^[38], se presume en todo acto. La ley es la única capaz de establecer la presunción contraria.

[37] ROSMINI, *Filosofía del Derecho*. Volumen XI, Padova, Italia, 1984, p. 715.

2.6.4 Teoría de la buena fe

Se considera a la *Teoría de la buena fe* como una postura intermedia, donde se mantiene el predominio de la declaración sobre la voluntad real, siempre y cuando exista confianza y buena fe de los destinatarios de la declaración, de lo contrario, se estará a la voluntad interna de los agentes. Es una combinación de las teorías principales que contraponen la voluntad y la declaración.

Los defensores de esta tendencia manifiestan que la declaración que no corresponda a la voluntad real de los agentes, debe ser mantenida por el principio de la buena fe, y por el contrario, si se demostrara que sí conocían la falta de voluntad o su desacuerdo con la declaración, esta última debe ser descartada y condenada a la ineficacia.

La teoría brinda una amplia protección para los destinatarios de buena fe; es decir, aquellos que desconocían la intención real de los contratantes. Esto sucede en la simulación contractual donde el negocio simulado tiene efectos plenos si los destinatarios no conocían el contrato oculto y además si su prevalencia les es conveniente.

Inicialmente se habló de ese poderío conocido como autonomía de la voluntad, producto del cual se da una manifestación que en la mayoría de casos se encuentra reflejada en el contrato, declaración que no siempre coincide con el querer interno, es ahí donde debemos acoger una u otra postura, ya sea el aceptar lo manifestado por sobre lo querido, lo querido sobre lo declarado, o simplemente discernir si el actuar fue de buena o mala fe.

[38] Artículo 722 del Código Civil: La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria.

Creemos que lo mejor es optar por una postura intermedia donde se acepta lo declarado de buena fe, o lo querido si se llega a poner de manifiesto. Pues esta teoría salvaguarda de mejor manera los intereses de los involucrados en un negocio jurídico.

2.6.5 La Autonomía de la Voluntad en el Sistema Legal Ecuatoriano

La autonomía de la voluntad es esa libertad negocial reflejada a través de un contrato o convención, libertad que expresa un querer coincidente o no con la voluntad inicial y en el que es posible divergencias entre lo querido y lo manifestado.

Nuestro Código Civil en su artículo 1576 y siguientes acoge la Teoría de la Prevalencia de la voluntad al mencionar: *“conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”*.

Este principio mantiene una excepción cuando no se sabe a ciencia cierta cuál fue el verdadero querer de los agentes, y en consecuencia se estará al contenido mismo del contrato, interpretando cada cláusula en el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad (artículo 1580 Código Civil).

Para determinar la intención de los contratantes, se debe considerar las siguientes reglas:

1. Los términos del contrato no tienen más alcance que la materia sobre la que trata;
2. Se debe interpretar en el sentido en que las cláusulas produzcan efectos;
3. Se debe interpretar conforme a la naturaleza del contrato;

4. Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen;
5. Se debe interpretar en el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad;
6. Interpretación de un contrato por otro, entre las mismas partes y sobre la misma materia;
7. Aplicación práctica que las partes han dado al contrato;
8. Casos especiales previstos, no limitan sus efectos; y,
9. Cuándo las reglas anteriores no son aplicables, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

En caso de conocer el verdadero querer que los llevó a la celebración del acto, éste prevalecerá, de lo contrario las cláusulas contractuales; es decir, la voluntad declarada será el instrumento determinador de las relaciones jurídicas.

El contrato es verdadera ley para la partes (artículo 1561 Código Civil). Bajo este contexto, si dos personas celebran uno, en ejercicio de su autonomía privada y conforme a los mandatos de buena fe (artículo 1562 Código Civil) dicho contrato es obligatorio.

La idea de equiparar la obligatoriedad de lo pactado a la obligatoriedad de la ley es una tradición jurídica que viene desde el derecho romano, quienes vieron en la expresión “*el contrato constituye ley para las partes*”, la mejor forma de generar un compromiso real entre los agentes, y, por tanto, todo lo pactado está sujeto a la intención de los contratantes y de no ser conocida al contenido del contrato.

« Capítulo III »

SIMULACIÓN CONTRACTUAL

3.1 Introducción de la simulación contractual

Como vimos en el capítulo anterior, la manifestación de la voluntad no siempre es coincidente con el querer interno, si le sumamos el concierto de los agentes contratantes aparece la figura llamada simulación contractual.

En principio son simulables la mayoría de los actos jurídicos en los que se involucra el patrimonio, pues, en estos la autonomía de los particulares goza de la mayor amplitud de poder, lo que no sucede en actos jurídicos como los de derecho de familia, para los cuales el ordenamiento jurídico por razones superiores de interés social, orden público, o moral, pone límites muy precisos a la libertad de los particulares.

Los actos patrimoniales tienden a ser fácilmente simulables dado que las partes tienen amplias facultades para determinar el contenido de las cláusulas contractuales que los forman.

Para hablar de actos simulados debemos entender la naturaleza misma de estos, si son fruto de la disconformidad entre lo querido y lo declarado, o más bien entre lo declarado y la contraescritura. No todo acto simulado es ilícito en sí mismo porque puede haber actos simulados nobles.

Con estos antecedentes estaremos en capacidad de bosquejar una definición práctica de lo que entendemos por simulación contractual y qué elementos forman parte de ella, especificar cuando existe simulación absoluta y simulación relativa, quienes pueden ejercer acciones en caso de actos simulados, qué pruebas son válidas en un proceso de esta clase y en qué plazos se puede interponer la acción para que no se considere como prescrita. Esto no significa que dejaremos sin dar tratamiento al tema de la reserva mental, el error, el dolo y el negocio fraudulento en contraste con el acto simulado.

3.2 Naturaleza jurídica de la simulación contractual

La simulación contractual es para muchos, como para VIDAL, la manifestación disconforme al querer inicial, pero entendida no como un hecho ajeno a la voluntad sino como manifestación de esta; es decir, las partes contractuales acuerdan dar vida un acto que lleva consigo una voluntad aparente. Para otros, como LUIS CLARO SOLAR, no basta que lo manifestado y lo querido sean disconformes, la clave está en la contradeciaración, donde aparecen dos voluntades, una querida y otra aparente dentro de un mismo acto jurídico.

No es una tarea fácil encasillar la figura de la simulación contractual, pues no se trata de una cuestión mecánica de causa y efecto, todo lo contrario, la simulación puede darse de tantas formas y contenida en tantas clases de contratos cuanto podamos imaginar. Por ello, trataremos de explicar estas dos tendencias y cuál de ellas se ajusta de mejor manera a la normativa ecuatoriana.

3.2.1 Doctrina que considera a la Simulación Contractual como la disconformidad entre la voluntad y la declaración

Uno de los más grandes representantes de esta teoría es VIDAL FERNANDO, quien se refiere a la simulación como aquella divergencia intencional entre la voluntad interna y la voluntad manifestada, y que lo interno que es lo querido y lo externo que es lo manifestado están en oposición consciente. Este doctrinario ya no solo habla de una disconformidad entre el querer y la manifestación sino que le da una característica adicional y es el hecho de que se ha generado con conciencia, y por tanto, se producen dos manifestaciones de la voluntad totalmente opuestas. Por ejemplo, cuando las partes secretamente acuerdan un contrato de donación y lo manifiestan como compraventa.

La doctrina que considera a la simulación contractual como la disconformidad entre la voluntad y la declaración sostiene que el querer interno y la manifestación de la voluntad son totalmente opuestas. MANUEL ALBADALEJO expresa que *“hay simulación en un negocio cuando, de común acuerdo, las partes emiten una declaración no coincidente con la voluntad interna, con el fin de engañar a terceros”*.^[39] Ya no solo se pone de manifiesto esta disparidad deseada entre lo querido y lo declarado, sino que va encaminada a causar perjuicio a terceros.

Los críticos de esta teoría argumentan que, el querer interno es aquel conocido únicamente por el agente contractual y que solo lo manifestado tiene relevancia para el mundo de lo jurídico, mal harían en dar prevalencia a algo que no se expresó. Como respuesta a esta crítica, se señala que si bien es cierto que las partes hacen ostensible una voluntad disconforme con su interno querer, ambas acuerdan en dar apariencia de veracidad a una voluntad diversa de la real.

[39] ALBADALEJO GARCÍA, Manuel, *La Simulación*. Edisofer, Madrid, 2005, p. 33.

Así, en la simulación no solo hay disconformidad entre la voluntad y la declaración, lo que hay es un querer aparente y un querer real. Entonces, es más acertado hablar de un querer interno expresado entre las partes que queda solo en conocimiento de estas, y un querer aparente conocido por todos.

Es momento de dar paso a una nueva postura, aquella que considera a la simulación como consecuencia de la disconformidad entre lo manifestado y lo expresado en la contradecларación.

3.2.2 Doctrina que considera a la Simulación Contractual como divergencia entre la declaración y la contradecларación o contraescritura

La teoría que considera a la simulación contractual como divergencia entre la declaración y la contradecларación o contraescritura manifiesta la existencia simultánea de dos contratos, uno celebrado con pleno conocimiento para terceros, y otro oculto conocido solo por las partes, de suerte que ambos se neutralizan recíprocamente. Se debe entender que el generador de efectos es el conocido por todos porque el que permanece oculto solo es garantía para las partes contratantes.

Para LUIS CLARO SOLAR la contraescritura lleva consigo una *“estipulación destinada a permanecer secreta entre las partes y que contradice las disposiciones de una convención anterior”*^[40]. Se recalca la existencia de dos contratos, uno con voluntad aparente, y otro real, pero el valor especial de la contraescritura, está en el hecho de permanecer oculta, y como instrumento de valor probatorio de ser el caso. Como lo expresa FERRARA FRANCESCO, una contraescritura o en general una contradecларación no es una convención que venga a modificar o anular una

[40] CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo 12, Editorial Nascimento, p. 687.

convención anterior, más bien constituye un acto por el que las partes reconocen o declaran con fines probatorios la simulación total o parcial de un contrato.

Si bien la contraescritura que corrobora la existencia de un acto simulado, puede ser usada a favor de los agentes contractuales, ésta de ninguna manera puede violentar derechos de terceros, ni considerarse un acto jurídico distinto.

Se insiste que en la simulación no hay dos actos jurídicos, sino uno solo, expresado en dos contratos, uno con la voluntad real y el otro con la aparente. Las partes celebran un contrato que tiene vida jurídica y otro con fines probatorios para demostrar que era lo realmente querido en caso de ser necesario, con pleno efecto a favor de terceros.

Una vez analizadas las dos posiciones respecto de la simulación contractual, como disconformidad entre el querer y lo manifestado o entre lo declarado y la contraescritura, acogemos la primera tendencia sustentados en que si bien la contraescritura comprende una simulación, no toda simulación presupone una, no solo por la confianza que existe entre las partes, sino porque en muchos de los casos se dan convenciones simuladas de tipo meramente convencional. Es momento de ver como se trata la figura de la simulación en nuestra normativa.

3.2.3 Postura adoptada por el Sistema Legal Ecuatoriano

Si bien la figura de la simulación contractual no se encuentra consagrada en un capítulo específico dentro de nuestro Código Civil, esta ha sido estudiada desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, tomando en cuenta los principios generales del derecho y las diversas disposiciones que de modo indirecto hablan del tema.

La ex Corte Suprema de Justicia, en juicio ordinario de nulidad de contrato de compraventa y contrato de división extrajudicial de gananciales, acepta el criterio respecto de la figura de la simulación, que se encuentra recogida en el Repertorio de Legislación y Jurisprudencias Chilenas, Título II. De los Actos y Declaraciones de Voluntad, página 20, al mencionar:

El fundamento de la simulación reside en el hecho de que nuestra legislación es subjetiva, acepta la teoría de la voluntad, en lo que a la causa de los contratos se refiere, circunstancia que trae como consecuencia que: 1) La voluntad declarada no corresponde a la voluntad real cuando es simulada. 2) La simulación no es vicio del consentimiento. 3) No puede asimilarse la simulación al dolo. 4) La simulación no es causal de nulidad, o sea, no produce por sí misma nulidad...[41]

Este último punto, respecto de la simulación que no constituye un acto nulo en sí mismo, lo desarrolla de manera más detallada la ex Corte Suprema, en un fallo de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de 24 de septiembre de 2001^[42] señala que la simulación es perfectamente válida si cumple con los requisitos de fondo y forma necesarios para todo acto jurídico, de hecho, constituye una forma de expresar la voluntad siempre y cuando no se perjudique intereses de terceros.

Pese a que nuestra legislación da prevalencia a lo querido sobre lo declarado (artículo 1576 Código Civil) no quita validez al hecho de que la manifestación puede no ser coincidente al querer inicial cuando no se perjudica a terceros.

El artículo 1724 de nuestro Código Civil, aunque no hace expresa referencia a la simulación, presupone en realidad la existencia de simulación cuando en su primer inciso señala:

[41] Resolución No. 44-2001, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, 22-II-2001.

[42] Resolución No. 301-2001, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 24-IX-2001.

“Las escrituras privadas hechas por los contratantes, para alterar lo pactado en escritura pública, no surtirán efecto contra terceros”, es decir, frente a terceros prevalece lo declarado en la escritura y no lo verdaderamente querido y pactado entre las partes.

La contraescritura entendida como *“todo acto o estipulación que modifica una convención acordada entre las mismas partes”*^[43] no surte efecto alguno contra terceros, pues estos no pueden ver soslayados sus derechos, más aún, si se trata de aquellos contratos en los que media una escritura pública (artículo 1724 Código Civil). De manera concordante la Ley Notarial, en el artículo 20 numeral cuarto, prohíbe a los notarios otorgar a sabiendas contraescrituras y en caso de darse acarrea la *“nulidad de la escritura y la destitución del notario”*, criterio aplicado por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil en fallo de 24 de septiembre del 2001.

Como vemos, esta protección es restrictiva para aquellos casos en que es requisito indispensable el cumplimiento de ciertas formalidades, como en la compraventa de un bien raíz. Debemos entender que para los demás casos el contenido del contrato será el que prime, independiente de llevar consigo una voluntad aparente, pues como se ha dicho, el verdadero querer solo queda en conocimiento de los contratantes.

3.3 Definición de simulación contractual

El doctor CÉSAR CORONEL JONES refiriéndose a los inicios de la figura de la simulación en el Derecho Romano señala que, el inflexible formalismo de la época hacía necesario el cabal cumplimiento de estos en pro de la existencia de un negocio. Ese inflexible formalismo daba lugar a que la verdadera

[43] DIEZ DUARTE, Raúl, *La Simulación del Contrato en el Código Civil Chileno*, Imprenta Chile, Teatinos 760, Santiago, 1975, p. 51.

voluntad de las partes, el querer interno, quede en segundo plano, dando primacía a la exteriorización de la voluntad, y dejando toda clase de actos, simulados o no, a la rigurosidad de formalidades.

El Código Justiniano hace referencia a la simulación contractual cuando expresa: *“Plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur”* que significa la realidad debe primar sobre la simulación; el verdadero querer que los llevó a convenir. En este mismo cuerpo legal se desarrollan los contratos no solemnes, y se señala como imperiosa la necesidad de tener en cuenta el querer de las partes. ULPIANO menciona que si no corresponde la voluntad a lo manifestado en el negocio, éste es declarado nulo y sin efecto.

MESSINEO FRANCESCO por su parte afirma que *“simular, es mentir o porque se oculta una verdad o porque se hace aparecer como verdad una mentira o, a los ojos de terceros, verdad diversa de la efectiva”*.^[44] Para este autor, el simular simple y llanamente es mentir porque se hace aparecer como verdadero un acto que en la práctica no lo es. En igual sentido ALBALADEJO MANUEL dice que: *“hay simulación contractual cuando las partes del contrato emiten una declaración no coincidente con la voluntad interna, con el fin de engañar a terceros”*^[45].

Entonces, de lo señalado, la simulación siempre es ilícita porque lleva consigo una mentira, y por tanto un engaño, criterio que difiere de la normativa ecuatoriana pues ésta considera que la simulación no es ilícita per se.

[44] MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercio*, EJE, Buenos Aires, 1954, p. 446.

[45] GONZÁLEZ FORRAS, J. M. y MENDEZ GONZÁLEZ, F. R., *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, España, 2004, p. 3652.

Para GARRONE JOSÉ ALBERTO 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...*”^[46]. En este caso se habla de una voluntad no real.

Bien podríamos afirmar que se trata de una voluntad aparente y otra querida, la cual lleva a celebrar un negocio distinto del realmente deseado, o a fingir la existencia de uno en perjuicio de terceros.

En la misma línea de GARRONE, DE CASTRO y BRAVO manifiestan que la simulación es sobre todo la apariencia intencional de un negocio que por acuerdo de las partes no corresponde en todo o en parte al real. Se hace énfasis en la declaración de voluntad no real como producto de un concierto simulatorio.

Podríamos entonces entender la simulación como el acuerdo entre dos o más personas para fingir un acto jurídico que no produce efecto alguno entre ellas, o que, en caso de producirlo se da en relación con personas distintas a las que concurrieron.

Finalizamos este análisis conceptual con una definición que a nuestro criterio recoge la mayoría de razonamientos antes señalados, y conceptualiza a la simulación contractual como:

La figura específica de la discordancia entre la voluntad real y su declaración (...) concierto entre dos o más personas para fingir una convención ante el público, con el entendido de que esta no habrá de producir, en todo o en parte, los efectos aparentados; o en disfrazar, también mediante una declaración pública, una convención real-

[46] GARRONE, José Alberto, *Diccionario Manual Jurídico*, Buenos Aires, 1989.

mente celebrada, con el ropaje de otro negocio diferente; o en camuflar a una de las partes verdaderas con la interposición de un tercero.^[47]

Esta postura afirma una discordancia querida entre la voluntad real y la declarada con el fin de aparentar un contrato ante terceros cuando en la práctica no existe, o de mantener otro en custodia de los contratantes.

Podemos concluir señalando que la simulación es la confabulación por parte de los contratantes para dar vida a un negocio que en la práctica no existe, o de existir, no lleva consigo una voluntad real, pues, esta se encuentra plasmada en una convención oculta.

3.4 Elementos de la simulación

Una vez que hemos esbozado la definición de simulación contractual, debemos saber que elementos forman parte de esta.

3.4.1 Divergencia entre la voluntad real y su manifestación o declaración pública

Para el tratadista FERRARA FRANCESCO, el primer requisito de la simulación es la divergencia deliberada y consciente entre la voluntad y su declaración, no se llega a enlazar el querer interno con la manifestación de la voluntad. El hecho de que sea de forma deliberada y consciente constituye el elemento clave de un acto simulado, de lo contrario constituiría en errores susceptibles de saneamiento. En la simulación contractual es esencial visualizar la intencionalidad de las partes, ese propósito de los agentes de confabular el cometimiento de un

[47] OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, *ob. cit.*, p. 112.

acto que no lleva consigo una voluntad real sino la mera apariencia.

En la simulación no solo que existe divergencia entre lo querido y lo verdaderamente declarado, sino que, se forman dos declaraciones paralelas: la de contratar y la de hacerlo aparentemente. Estas dos declaraciones se combinan creando una unidad de intención, y por tanto, la del acuerdo simulatorio destruye la causa de la otra, la del negocio simulado.

Como se señaló en páginas anteriores, al tener dos declaraciones es muy probable que estas se encuentren en instrumentos diferentes, el documento que recoge el acto aparente y el otro llamado contradocumento o contraescritura, que contiene el acto oculto. Este criterio es compartido por la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia en juicio de nulidad de contrato de compraventa de gananciales de 22 de febrero de 2001, en el que dice:

Del contexto de estas dos escrituras y de la confesión rendida por la demandada, reconoce no haber pagado dinero alguno por la venta de los gananciales ‘porque ella nos obsequió esa parte’, refiriéndose a su madre la vendedora (...) fue un contrato simulado o ficticio que tenía por objeto beneficiar a dos de los herederos (hijos), en perjuicio de los otros.[48]

En dicha sentencia se reconoce la existencia de una declaración diferente a la real con el ánimo de perjudicar a terceros; debido a que la simulación no constituye causal de nulidad en sí misma se declara la nulidad por causa ilícita respecto del contrato de compraventa y objeto ilícito en relación a los gananciales.

En la jurisprudencia nacional encontramos también importantes análisis sobre la simulación, en sentencia publica-

[48] Resolución No. 44-2001, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, 22-II-2001.

da en la Gaceta Judicial Serie IX, Número 10 página 994, se hacen las siguientes precisiones:

Siendo lo característico en el negocio simulado la divergencia intencional entre lo querido y lo declarado, intencionalidad que le distingue del error, puede producirse la simulación porque las partes celebran un acto real, aunque distinto del que aparece exteriormente (simulación relativa), o porque las partes buscan producir la apariencia del acto, sin que lo quieran en realidad (simulación absoluta) como es el caso que pretende la demanda.^[49]

Los doctrinarios que acogen la discrepancia entre el querer y lo declarado como elemento esencial de la simulación, consideran que esta se caracteriza por la incompatibilidad producida por una discrepancia entre la causa típica del negocio y la intención práctica perseguida^[50], puesto que el motivo real que los lleva a celebrar un negocio se encuentra en el contrato que permanece oculto y que por medio de una apariencia, contrato simulado, se le da vida.

3.4.2 Concierto simulatorio entre los partícipes

Un segundo elemento de la simulación contractual lo constituye el concierto o acuerdo simulatorio, aquel que genera divergencia deseada entre la voluntad que se expresa en el negocio y la voluntad real. Las partes acuerdan dar vida a un negocio que lleva consigo una ficción de querer, donde la verdadera motivación se encuentra plasmada en el contrato oculto.

CARIOTA FERRARA LUIGI menciona que:

La simulación supone un concierto, una inteligencia entre las partes; éstas cooperan juntas en la creación del acto aparente, en la producción del fantasma jurídico que constituye el acto simulado. Sin

[49] Gaceta Judicial, Serie XVI, Número 10, p. 2540, Primera Sala de lo Civil y Mercantil

[50] BETTI, Emilio, *ob.cit.*, pp. 28 y 29.

el concurso de todos, la simulación no es posible; no basta con el propósito de uno solo.^[51]

Se recalca que, en todo acto simulado existe un acuerdo de las partes para dar vida a un acto fingido con fines de engaño a terceros; de no existir este concierto mal se podría hablar de una simulación contractual.

Para TRABUCCHI la divergencia es “entre dos ‘voluntades concordes’; aquella que mira a crear la apariencia y la que atiende a la diversa y efectiva relación entre los contratantes; se quiere el negocio pero no se desean sus efectos”.^[52] Entonces, la simulación puede ser entendida como el acuerdo de las partes para emitir deliberadamente concordantes manifestaciones de voluntad opuestas a su real intención.

Tanto el acuerdo simulatorio como el negocio simulado no corresponden a dos voluntades distintas, sino a una sola, hay una única situación jurídica compleja. Debe considerarse a la simulación como un procedimiento en el “que se actúa por grados, en cuya fase preparatoria se encuentra el acuerdo simulatorio y que no está completo sin el negocio simulado”.^[53] Un primer paso será concretar el simulacro para luego plasmarlo en una ficción de negocio.

En juicio de nulidad de escritura pública de 24 de septiembre del 2001, de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, se menciona que si bien es cierto que dentro de nuestra legislación positiva no se da un tratamiento sistemático a la figura de la simulación o de los denominados contratos simulados, la doctrina y la jurisprudencia si lo hacen.

[51] CARIOTA FERRARA, Luigi, *El Negocio Jurídico*, Manuel Albaladejo Aguilar, Madrid, 1956, p. 45.

[52] TRABUCCHI. *Instituciones de Derecho Civil*, 15ª Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, p. 162.

[53] AURRICHIO A., *La Simulación del Negocio Jurídico*, Jovene Napoli, 1999, p. 29.

Se han referido al tema en numerosas ocasiones, recogiendo lo señalado por la doctrina chilena: *“En la simulación aparece como elemento integrante el concierto o inteligencia de dos o más personas, autores de una convención o contrato, para engañar a terceros”*.^[54]

Por todo lo señalado podemos afirmar que en todo acto simulado está presente el acuerdo simulatorio de celebrar una ficción de acto con una voluntad aparente, y un negocio querido que permanece oculto. Se pone de manifiesto entre las partes el concierto de voluntades para celebrar un acto aparente con voluntad real y otro disimulado con voluntad aparente.

3.4.3 Propósito de engañar a terceros

Como señala FERRARA, no es necesario que se llegue a consumir el engaño para que exista la simulación, basta que la conducta de los que simulan haya sido propulsada por el deseo de engañar. Esta postura lleva consigo una carga moral muy alta, pues se hace difícil comprobar la mera intención de engaño. En la práctica se considera el engaño como el propósito o fin último de la simulación.

Otras tendencias consideran que el engaño a terceros es un determinante para calificar el acto como lícito o no, y que de serlo se estará a lo atiniente a las disposiciones de la responsabilidad extracontractual. Como menciona RAÚL DÍEZ DUARTE *“el perjuicio a terceros es solo una característica que servirá para demostrar la licitud o ilicitud del acto”*.^[55] Este criterio no es compartido por JORGE MOSSET, él afirma que la finalidad de engañar es esencial en la simulación y de ninguna manera puede ser confundido con el propósito ilícito, pues el fin último de engaño puede o no degenerar en un acto ilícito.

[54] Resolución No. 301-2001, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 24-IX-2001.

[55] DÍEZ DUARTE, Raúl, *ob.cit.*, p. 40.

Acogemos el criterio planteado por MOSSET, quien considera al engaño como un elemento fundamental de la simulación, entendido este no como causa de perjuicio a terceros necesariamente, sino como un derecho a cierto interés justificado y aceptable del simulador a cierta intimidad en asuntos sobre todo de carácter patrimonial, que nada tiene que ver con la licitud del acto.

La tendencia aceptada por la legislación ecuatoriana, como lo menciona la Primera Salade lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia el 24 de septiembre de 2001, en la sentencia en caso de nulidad de escritura pública, señala que: el consentimiento por el solo hecho de ser expresado en forma simulada no pierde su carácter de fuente de responsabilidad contractual, por el contrario, es una forma permitida, siempre que no se trate de perjudicar a terceros o de violar una disposición legal. *“No se debe confundir la intención de engañar con la de dañar, pues la simulación no es en sí misma prohibida ni dañina”*.^[56] Como sucede en casos de beneficencia anónima o el poner a nombre de terceros bienes propios.

La simulación contractual se origina por ese querer de los contratantes de dar vida a un acto aparente con plena vigencia para terceros, un *“fantasma jurídico”*^[57] cuyos efectos no se desean, esa discrepancia entre la voluntad real y lo manifestado se fraguan en dos contratos, uno que lleva consigo una voluntad aparente y el otro la real.

[56] CORONEL JONES, César, ob. cit., pp. 23 a 25.

[57] FERRARA, Francesco, *La Simulación de los Negocios Jurídicos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

3.5 Clases de simulación

Se ha dicho que para la celebración de un acto jurídico plenamente válido se requiere la coincidencia perfecta entre lo querido y lo declarado, esto es, entre el consentimiento y la declaración de voluntad. Sin embargo, no se trata de una coincidencia inexorable, porque puede ocurrir, y ocurre con frecuencia, que falte esa conformidad, lo que lleva a constituir actos de simulación contractual. Hay que enfatizar que la disconformidad debe ser siempre voluntaria y consensuada entre las partes, pues, de no ser así se producen casos de vicios del consentimiento como el error y el dolo, en el que una de las partes actúa por ignorancia o por persuasión de la otra.

Toda simulación es por su propia naturaleza, intencional y concertada. Por tanto *“...no hay simulación cuando la declaración es fruto de un error o se produce unilateralmente, como resultado de la reserva mental de una de las partes”*.^[58]

De lo anotado respecto de la simulación y sus elementos, es necesario dar una clasificación a las diferentes variedades que existen en el mundo jurídico:

3.5.1 Simulación Absoluta o Simulación en la Existencia del Negocio

La simulación absoluta busca crear una apariencia cuando en la práctica no existe negocio alguno. Las partes fingen como cierto un acto jurídico que realmente no han celebrado, pero les conviene que los demás lo tengan por celebrado y por certero. *“Es un cuerpo sin alma”*^[59]. La ambición de las partes no está dirigido a negocio alguno, solo se busca una ficción de este.

[58] Resolución No. 301-2001, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, R.O. 449. 8-XI-2001. Gaceta Judicial Serie IX, Número 10, p. 994.

[59] CORONEL JONES, César, *ob. cit.*, p. 67.

Se perjudica a terceros que creen que se trata de un negocio real y con plena validez, terceros en los que incluso puede estar involucrado el Estado a través del fisco; como cuando se celebraba una donación envuelta en la apariencia de un contrato de compraventa para evitar el pago de ciertos impuestos.

Como lo menciona MESSINA *“en la simulación absoluta el intento práctico de las partes no está dirigido a negocio alguno: no hay acuerdo más que sobre la no realidad del negocio y sobre la voluntad de producir la ficción”*.^[60] Se entiende entonces que se trata de un negocio carente de contenido real, lo que se percibe es la apariencia de un negocio.

Según VIDAL RAMÍREZ, *“la simulación es absoluta cuando recae en la existencia del acto”*^[61]; es decir, no existe voluntad alguna de celebrar un acto y sólo se percibe su fachada. La simulación absoluta es la ausencia de conducta negocial. El sujeto contractual, en complicidad con otro u otros, actúa como si hubiera celebrado un acto jurídico pleno, cuando en realidad éste no lleva la voluntad real y lo convierte en ineficaz.

La ex Corte Suprema de Justicia, en varios fallos, como el de la resolución de 3 de agosto de 2000, en juicio de nulidad de contrato de compraventa se remite al criterio de FERRARA para definir a la simulación contractual como: *“la apariencia de un negocio que carece en absoluto de contenido serio y real, ya que las partes no pretenden el acto jurídico sino la ilusión exterior que produce”*. Se pone de manifiesto la existencia de una ilusión de acto que en la práctica no genera efectos sino una apariencia.

La doctrina agrupa en dos categorías los negocios que adolecen de simulación absoluta. Primero se habla de los negocios tendientes a una disminución del patrimonio y segundo de aquellos que implican un aumento del pasivo. En la práctica

[60] MESSINA, *La Simulación Absoluta*, Milano, 1948, p. 86.

[61] VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *ob. cit.*, p. 110.

existen mezclas varias de estas dos grandes clasificaciones como cuando se simula vender los bienes a alguien que realmente no tiene la intención de comprarlos, solo se pretende que los acreedores no cobren sus créditos; este tipo de ventas se conocen como ventas de confianza. El negocio jurídico celebrado no produce consecuencias jurídicas entre las partes ya que no se transfiere ni se paga nada como contraprestación. Otros ejemplos suceden cuando se dan aportaciones a sociedades imaginarias o la constitución fingida de usufructos, simulación de una división de bienes, emisión de letras y otros títulos al portador. En fin, todo cuanto el ingenio humano pueda crear.

En consecuencia, hay simulación absoluta cuando la declaración no corresponde a voluntad real alguna; es decir, no existe ninguna intención de crear, modificar o extinguir una relación jurídica.

3.5.2 Simulación Relativa

La simulación relativa aparece cuando el acto jurídico ha sido celebrado de manera distinta a lo declarado, o cuando se declara como cerrado un negocio jurídico que no es el que realmente han pactado las partes. La simulación relativa conduce a realizar un acto distinto al aparente, concluyendo en otro negocio. En esta clase sí existe negocio y causa, solo que la voluntad difiere entre la querida y la declarada.

Nos remitiremos a la conceptualización que realiza la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil^[62] que menciona:

En la simulación relativa es preciso distinguir la incidencia de dos vínculos contractuales: uno, el oculto, que ha sido deseado y que corresponde a la voluntad real de las partes; el otro, el aparente, que es el visible para los terceros, no sólo con el objeto de engañarlos, sino con el propósito evidente de ocultar el verdadero vínculo con-

[62] Resolución No. 44-2001, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, R.O. 356. 27-VI-2001.

tractual, o sea las partes ya no sólo se limitan a crear una apariencia, sino que emplean esta apariencia para encubrir un vínculo jurídico contractual real y querido.

Por ello decimos que en la simulación relativa existen dos actos de voluntad, uno real y oculto, y otro aparente conocido por terceros.

De igual forma el 22 de febrero del 2001^[63], la ex Corte Suprema de Justicia, casando sentencia de un juicio de nulidad de contrato de compraventa, define como simulación relativa a la existencia en paralelo de dos negocios uno aparente y ostensible que sirve de disfraz para ocultar otro real y efectivo denominado escondido o enmascarado. Se mantiene el criterio de existencia simultánea de dos contratos, uno con voluntad aparente y otro con voluntad real.

La simulación relativa se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter. Según LLAMBÍAS en tal supuesto concurren dos actos, uno irreal que es el acto simulado y otro que es el acto serio. Explicando lo dicho, planteamos un caso en el que A desea ausentarse durante un tiempo largo de su ciudad y para no trabar la eficiente administración de sus bienes, los vende ficticiamente al administrador B cuyas facultades no podrán ser así discutidas, cualquiera sea la índole de los actos que ulteriormente realice. Entonces, tenemos un acto ficticio que es la venta y un acto real que es el mandato.

3.5.2.1 Clases de Simulación Relativa

La relatividad en la simulación puede estar dada por diversos criterios que permiten su clasificación:

[63] Resolución No. 44-2001, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, 22-II-2001.

- a) Simulación en la naturaleza jurídica del negocio;
- b) Simulación en el contenido; y,
- c) Simulación en los sujetos.

a) Simulación en la naturaleza jurídica

Como lo menciona OSPINA, las partes acuerdan la celebración de una convención, pero por cualquier motivo lo disfrazan de otro. Así, la donación se le da la forma aparente de una compraventa, o el mutuo como compraventa o retroventa.

En esta primera sub-clasificación es importante distinguir si se trata de una simulación total o parcial, dicho de otro modo, si los elementos constitutivos son ficticios de principio a fin, o concurren elementos reales y aparentes. Es de trascendental importancia esta distinción a la hora de “reconstruir el negocio disimulado”^[64], porque la verdadera naturaleza de un negocio puede verse afectada solo en su denominación o por cláusulas que la integran; como cuando una compraventa se disimula como donación, no impide al juez proceder a su correcta calificación jurídica, a diferencia de los contratos con cláusulas de prestaciones accesorias extrañas al tipo legal, tratando de crear un contrato atípico sujeto a disposiciones de tipo convencional y librándose así de reglas imperativas.

Al momento de reconstruir el acto, partiendo de la existencia de dos negocios distintos, se estará al objeto o fin que se quería alcanzar con el acto negocial. Como cuando en una compraventa no existe contraprestación alguna, si bien en nombre se trata de un contrato de donación el objeto mismo es la transferencia de bienes a cambio de un pago.

[64] MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos Simulados y Fraudulentos*, Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 201.

b) Simulación en el contenido

Para CARNELUTTI FRANCESCO el contenido está dado por *“los fines prácticos que se proponen alcanzar las partes mediante el contrato”*^[65]; lo establecido en el contrato es el deseo de los agentes contratantes de alcanzar un fin determinado. Dicho de otro modo, ésta clase de simulación trae consigo la creación de un contenido ficto frente al real.

c) Simulación en los sujetos

Se produce cuando se finge la identidad de las partes. Los contratantes realizan un acto real. La naturaleza del negocio se pone de manifiesto y el ánimo de engañar se traduce en la persona que interviene en el mismo.

La finalidad de este tipo de simulación consiste en:

...eludir prohibiciones legales tocantes con la capacidad de las partes, se recurre a una operación triangular, mediante la interposición de un testaferro quien sin tener interés en el negocio, se presta a desviar los efectos de este, primeramente hacia sí, para luego trasladárselos, mediante otro acto, a quien está verdaderamente llamado a recibirlos.^[66]

Se habla de una operación triangular debido a que intervienen terceros quienes se prestan para actuar a nombre de alguien que no está en capacidad de hacerlo o no se encuentra presente al momento de la celebración del contrato.

La interposición de un intermediario cumple la función de ocultar al verdadero titular, como lo señala UNGER *“esta clase de simulación se produce cuando deben ser titulares del negocio jurídico personas distintas de aquellas que indican las palabras de la declaración”*.^[67]

[65] CARNELUTTI, Francesco, *Teoría General del Derecho*, Madrid, 1941, p. 116.

[66] OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, y OSPINA ACOSTA, Eduardo, *ob. cit.*, p. 113.

Un claro ejemplo de ello es la compraventa entre cónyuges o entre padres e hijos no emancipados, a través de un testaferro que hace las veces de puente de enlace entre los verdaderos contratantes, se pretende eludir la nulidad que acarrearán este tipo de actos.

Algo que manifiesta la doctrina y que resulta interesante señalar es el hecho de que el acuerdo bilateral o sinalagmático se convierte en trilateral, donde además del carácter ficticio de la interposición se vislumbra claramente un mandato sin representación.

Un acto simulado relativamente aparece cuando se celebra un acto jurídico en apariencia, ya sea por su naturaleza jurídica, su contenido, o por los sujetos que intervienen. En este caso, hay dos actos, uno oculto, confidencial y disimulado que es el que las partes han querido celebrar y que pretenden mantener en secreto, y otro público y ostensible que es el que las partes han fingido realizar. Interviene un tercero que facilita el cumplimiento de la ficción contractual que de lo contrario no sería posible.

3.5.3 Simulación Lícita e Ilícita

Una segunda clasificación está dada por la licitud o no del acto. La categorización de lícita e ilícita se da atendiendo a los móviles que tuvieron las partes, es decir, la causa simulandi. El negocio simulado puede servir para fines honestos (simulación lícita) o deshonestos (simulación ilícita). La indagación acerca del porqué del engaño (inocente o perjudicial) se realiza para considerar quiénes pueden ejercer la acción de simulación.

Es cierto que la intención de engañar a terceros constituye un elemento esencial de todo acto simulado, pero también es

[67] UNGER. *System*. Tomo II, p. 120.

cierto que no siempre se concierta con fines fraudulentos o dolosos, sino que muchas veces el motivo es totalmente lícito y hasta generoso.

3.5.3.1 Simulación lícita

Esta clase de simulación dependerá de la intención de no defraudar a terceros. La simulación lícita no persigue fines dolosos, simplemente se encubre un acto verdadero con la apariencia de otro, ya sea porque se quiere evitar dar a conocer al público ciertos negocios o se pretende realizar anónimamente un acto que beneficia. En todo caso, situaciones como estas son excepcionales.

En una simulación lícita, al no perjudicar a terceros ni contravenir el ordenamiento jurídico, es posible declarar la nulidad del acto por una de las partes. Es considerada como una forma de expresar el consentimiento y por ende constituye fuente de responsabilidad contractual. Por tanto, cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito no es reprobada por la ley ni da lugar a acción alguna.

3.5.3.2 Simulación ilícita

La simulación ilícita es expresión de dolo, pues lleva consigo la intención de ocultar la falta a normas imperativas, quebrantar el orden público o a las buenas costumbres y sobre todo persigue el perjuicio a terceros.

Pueden interponer acciones legales los terceros perjudicados, a diferencia de las partes que se quedan de manos atadas, como lo confirma EMILIO RIOSECO:

“la acción no puede ser presentada por una parte contra la otra; deriva del principio de que nadie puede alegar su propia torpeza (nemo

auditur suam turpitudinem allegans), salvo que de ello no se obtenga provecho y el objeto sea solo dejar sin efecto el acto simulado”[68].

Mientras la simulación lícita surge como consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad, la simulación ilícita tiene subyacente al dolo. Sin embargo el dolo que incide no tiene como objeto perjudicar a la contraparte (en cuyo caso constituiría vicio del consentimiento) sino a terceros. Es más prudente hablar de actos fraudulentos o de engaño.

Si se trata de una simulación ilícita, debemos tener en cuenta dos aspectos trascendentales como son: el dolo y daño a terceros. En este caso se configura lo que se conoce como delito civil, tutelado por el Código Civil en el título XXXIII del Libro IV.

3.5.3.3 La Simulación lícita e ilícita en el Sistema Legal Ecuatoriano

En nuestro país el acto simulado no es lícito o ilícito en sí mismo. La licitud está dada por los efectos que acarrea el mismo; es decir, la mala fe con que se celebró el acto. Monseñor JUAN LARREA HOLGUÍN, dentro de su obra “Derecho Civil del Ecuador”, señala que cuando la simulación pretende causar daño a terceros o lo causa sin intención directa, se llamada fraude.

De hecho, en nuestra legislación la simulación es permitida siempre y cuando no sea ilícita; del artículo 1724 del Código Civil se desprende que por contraescritura se podrá alterar lo pactado en escritura pública, dando cabida a la celebración de actos ocultos siempre que no contravenga el ordenamiento vigente y menos aún atente derechos de terceros.

[68] RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *El Error, la Simulación, el Fraude a la ley y el Abuso de un Derecho en el Derecho Tributario Chileno*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. 2007, pp. 351 a 378.

En juicio de nulidad de contrato de compraventa y contrato de división extrajudicial de gananciales de 22 de febrero de 2001 se señala:

...la simulación, en sí misma, puede ser lícita o ilícita, como sostiene la doctrina, siendo la segunda, la que se celebra con la intención positiva de perjudicar a terceros (...) la venta de los gananciales en la presente causa fue un contrato simulado o ficticio que tenía por objeto beneficiar a dos de los herederos (hijos), en perjuicio de los otros por tanto se genera perjuicio a estos, y se declara la nulidad por causa y objeto ilícitos.^[69]

Podemos indicar que en la simulación hay discordancia deseada entre lo declarado y la verdadera intención de los agentes. Las partes pactan como cierto un acto o contrato que en la práctica no se ha realizado, que si fue concertado se lo hizo en forma distinta a lo que aparece en la declaración. De modo que, un acto resulta simulado cuando se declara en él algo que no corresponde a la verdadera voluntad de los declarantes.

Simular un acto o contrato es por consiguiente, declarar un acto con apariencia de realidad, sin haberlo querido celebrar realmente, o celebrarlo en forma distinta a la aparentada. Como se ha mencionado la simulación puede ser absoluta o relativa, la primera cuando se aparenta la celebración de un acto que en la práctica no existe y la segunda si existe un negocio jurídico pero este lleva consigo un querer diferente al real.

[69] Resolución No. 44-2001, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, 22-II-2001.

3.6 Diferencia de la simulación contractual con otras figuras afines

3.6.1 La Simulación y la Reserva Mental

Se habla de reserva mental cuando uno de los contratantes se guarda secretamente la intención de no cumplir el contrato, o cuando el sujeto no quiere los efectos del acto jurídico que celebra. Pese a que la reserva mental es un hecho psíquico no conocido por la otra parte que interviene ni por terceros, el sujeto sigue vinculado a su declaración, su reserva mental es irrelevante para el derecho por carecer de objetiva expresión exterior.

Se debe entender que una vez que se da vida a un negocio jurídico este constituye ley para las partes y por lo tanto conlleva al cumplimiento obligatorio. La intención de no querer cumplir lo acordado simplemente acarrearía consecuencias jurídicas como indemnizaciones. Como lo señala SANTORO PASSARELLI *“la reserva mental no tiene trascendencia, porque el proceso negocial es perfecto, al haber sido la voluntad declarada conscientemente”*^[70] y, por tanto, el ordenamiento jurídico no puede atribuir valor alguno a la voluntad no declarada.

La seguridad del comercio jurídico es esencial en todo acto jurídico, ésta solo puede proteger la voluntad manifestada, en cuyo caso la reserva mental (al permanecer en el fuero interno), no puede ser objeto de tutela jurídica.

Diferencias de la Simulación y la Reserva Mental:

1. La simulación requiere del acuerdo simulatorio entre las partes y la reserva mental no, pues se trata de un no querer particular;

[70] SANTORO PASSARELLI, *Doctrinas Generales de Derecho Civil*, Revista de Derecho Privado, 1964, p. 174.

2. La reserva puede tener lugar en cualquier acto jurídico en cambio la simulación opera solamente en los actos sobre derechos patrimoniales; y,
3. La reserva no afecta la validez del acto, la simulación deviene en un acto nulo.

En resolución de la Primera Sala de la ex Corte Suprema, se aclaró lo indicado, agregando que:

Toda simulación es por su propia naturaleza intencional y concertada. Por tanto, no hay simulación cuando la declaración es fruto de un error o se produce unilateralmente, como resultado de la reserva mental de una de las partes. Y ni la intencionalidad ni el concierto se presumen, aunque constara la falsedad de la declaración, sino que deben ser probadas por quien alega la simulación.^[71]

Por tanto, se debe dejar claro que la simulación contractual lleva consigo un acuerdo de las partes de celebrar una apariencia de contrato, lo que no sucede en la reserva mental donde una de los sujetos procesales no tiene la intención de dar eficacia a lo celebrado.

3.6.2 La Simulación y el Negocio Fraudulento

La simulación y el fraude van de la mano, muy cercanos uno del otro. La simulación debe ser entendida como apariencia u ocultamiento de un acto jurídico que no necesariamente es ilícito. En cambio, el negocio fraudulento, es considerado como aquel negocio verdadero y querido pero siempre encaminado al cometimiento de un ilícito. El fraude consiste en aparentar someterse a las leyes y violar los contratos bajo la apariencia de ejecutarlos, todo en perjuicio de terceros vinculados. Disfraza el sometimiento al ordenamiento jurídico pero en realidad trata de eludir su aplicación y contravenir el fin acordado.

[71] Resolución No. 301-2001, Primera Sala, R.O. 449. 8-XI-2001.

Cabe señalar la sistematización dada por JORGE MOSSET, quien menciona que si se busca violar la ley o perjudicar a un tercero por medio de un acto real se habla de un acto fraudulento, a diferencia de la simulación que aparece como producto de un contrato irreal en perjuicio de terceros o de una transgresión a la ley. Este autor introduce un nuevo significado sobre esta figura como producto de un contrato irreal, pues lleva consigo un querer no deseado.

CLARO SOLAR LUIS sostiene que la simulación puede estar motivada por la modestia y el desinterés de alguien que quiera permanecer en el anonimato. Por ejemplo, dada la inseguridad, una persona puede simular no tener bienes, a diferencia de los negocios fraudulentos, que siempre están encaminados a la violación del derecho vigente y en perjuicio de terceros.

3.6.3 La Simulación no es vicio del Consentimiento

En pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, la simulación constituye una manera de manifestar el consentimiento. El artículo 1467 del Código Civil menciona al error, la fuerza y el dolo como vicios del consentimiento no señala como tal a la simulación.

Según SALVAT *“La ignorancia o error, el dolo y la violencia suelen también llamarse vicios de la voluntad”*^[72] y que a diferencia de la simulación o fraude atacan de manera directa la voluntad y se constituyen en vicios de esta, pues proviene de una de las partes contratantes.

Es importante resaltar que el error es producto de la divergencia entre la voluntad y su declaración de naturaleza invo-

[72] SALVAT, RM., *Tratado de Derecho Argentino*, Parte General, Tomo II, Buenos Aires, 1956, p. 519.

luntaria, a diferencia de la simulación que es de carácter bilateral conocido como acuerdo simulatorio. En sentencia de tercera instancia de 1994, se hace las siguientes precisiones:

Siendo lo característico en el negocio simulado la divergencia intencional entre lo querido y lo declarado, intencionalidad que le distingue del error, puede producirse la simulación porque las partes celebran un acto real, aunque distinto del que aparece exteriormente (simulación relativa).^[73]

Es decir, se celebra un negocio que forma parte de lo jurídico pero no tiene consigo el verdadero querer.

El dolo es el engaño que utiliza una de las partes o un tercero para inducir a celebrar un acto jurídico, mientras que la simulación es el acuerdo de las partes para la celebración de un acto ficticio. El dolo vicia la voluntad negocial del contratante, a diferencia de la simulación que está destinada a engañar a terceros.

Si bien, tanto en la simulación como en el dolo existe la figura del engaño, en el primer caso esas maquinaciones no son empleadas para perjudicar a la contraparte sino en contra de terceros, es por ello que, mal podrían solicitar la rescisión del contrato aduciendo dolo. Finalmente, la simulación puede ser lícita, en cambio el dolo siempre será ilícito por contravenir el ordenamiento legal vigente.

Al leer a LÓPEZ OLACIREGUI encontramos un aspecto de suma importancia, y es respecto a la “*invocabilidad del vicio*”^[74]; se menciona que los vicios (error, fuerza y dolo) no solo deben ser considerados desde la óptica de quien lo pade-

[73] Gaceta Judicial Serie IX, Número 10, p. 994.

Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Gaceta Judicial Serie XVI, Número 10, p. 2540.

[74] LÓPEZ OLACIREGUI, José María, *Esencia y Fundamento de la Responsabilidad Civil*, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Número 64, Buenos Aires, 1999, p. 167.

ce, sino también desde el sujeto que los provoca, y es ahí donde encaja la simulación. Esta nueva perspectiva ratifica el criterio inicial, aquel que manifiesta que el error, fuerza y dolo pueden ser invocados como vicios del consentimiento por la parte contratante que la ha padecido.

Toda simulación es, por su propia naturaleza, intencional y concertada. Por tanto no hay simulación cuando la declaración es fruto de un error o se produce unilateralmente como resultado de la reserva mental. Aunque constara la falsedad de la declaración, ni la intencionalidad ni el concierto se presumen, sino que deben ser probadas por quien alega la simulación. Tampoco debemos confundir al acto simulado con el dolo ya que es producto del concierto simulatorio en perjuicio de terceros, y no de una de las partes.

« Capítulo IV »

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LOS ACTOS SIMULADOS

4.1 Introducción

Como se mencionó en el capítulo anterior, la simulación puede darse de manera absoluta o relativa y no siempre con fines ilícitos. Es momento de conocer qué consecuencias acarrea cada tipo de simulación y qué acciones se pueden tomar al respecto. El artículo 1460 del Código Civil Ecuatoriano distingue en cada contrato las cosas que son de su esencia, las de su naturaleza, y las puramente accidentales. Por tanto, en todo negocio jurídico hay elementos esenciales comunes a todo contrato como el objeto, la causa y la voluntad, sin los cuales el negocio no produce efecto alguno y de hacerlo degenera en otro diferente. Existen además elementos naturales y accidentales, los cuales no forman en si parte de la estructura del negocio jurídico, pues los unos hacen relación a los efectos del negocio y los otros a su eficacia. Entre ellos están la condición, el plazo y el modo.

La doctrina dominante señala que los elementos esenciales como la voluntad objeto y causa^[75] lo son también de existencia. No basta con que los elementos del acto formen parte del

[75] El Art. 1483 del Código Civil, señala que “No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente...”

mundo jurídico, sino que en paralelo deben gozar de validez; es decir, de capacidad para expresar su voluntad, consentimiento libre de vicios (error, fuerza, dolo) que el fin u objeto que persiguen sea lícito además de que hayan cumplido las formalidades de ley. Por ello, todo acto que goza de existencia perfecta se llama acto válido y está encaminado a producir los efectos jurídicos para los cuales se lo concibió inicialmente.

También puede darse el caso en que el acto jurídico exista, pero sobreleve algún vicio; como el ser ilícito, el no observar la forma legal en cuanto a solemnidades, el haber sido otorgado por persona incapaz, existir error, dolo o violencia en la manifestación de la voluntad. En estos casos el acto tiene una existencia imperfecta que acarrea la nulidad, la cual puede ser relativa o absoluta, y que a criterio de muchos autores si es absoluta se aproxima a la figura de la inexistencia.

No debemos confundir nulidad con inexistencia, pues esta última se refiere a la ausencia de elementos esenciales para la formación del acto, a diferencia de la nulidad donde los elementos existen pero se encuentran viciados. Desde un punto de vista lógico, la apreciación de un acto que no obstante tener apariencia de acto jurídico no lo es por carecer de algún elemento de carácter esencial (sujeto, objeto, forma) puede considerarse como inexistente.

Es momento de diferenciar si un acto simulado es causal de inexistencia o en su defecto de nulidad; así planteado el problema se convierte en un tema de importante análisis, ya que la conclusión de la misma nos dará la pauta para determinar los efectos que produce un contrato de esta clase dentro del sistema legal ecuatoriano.

4.2 Inexistencia de los actos jurídicos

La introducción de la categoría de la inexistencia del acto o contrato surgió en Alemania como respuesta a una necesidad práctica coyuntural del siglo XIX para aquellos actos sin protección por el derecho. Un ejemplo de esto era el caso de los matrimonios entre personas del mismo sexo, lo cual como no se encontraba regulado por el derecho eran considerados como inexistentes. A partir de este precepto ZACHARIE empezó a distinguir entre condiciones de esencia y de validez tomando como punto de partida la figura del matrimonio. Con el paso del tiempo, la figura de la inexistencia se expandiría a otros actos hasta llegar a la idea que podía predicarse respecto de cualquier negocio que careciera de los elementos de su esencia. En esta línea, AUBRY y RAU señalan que cuando un acto no reúne los elementos esenciales y su ausencia no hace posible concebir de manera lógica su existencia, no estamos frente a algo nulo, sino frente a algo que llegó a ser “*la misma nada*”^[76]. Desde entonces la doctrina, y de manera particular la italiana, se ha esforzado por diferenciarla de la nulidad.

Recogiendo el pensamiento de varios autores podemos definir la declaratoria de inexistencia fruto de un acto simulado, como la falta de un requisito de tal alcance que “*impide la identificación del negocio*”^[77], que “*hace inconcebible el negocio*” o “*que impide se dé*”^[78]; es decir, no posee los requisitos esenciales para ser considerado como acto jurídico y menos aún puede producir efectos jurídicos.

En la inexistencia no hay acto alguno, por ello mal puede ser considerado como válido o inválido. Muchos doctrinarios expresan que la inexistencia es una figura que no debe ser tomada en cuenta por el derecho, y en palabras de MOYANO

[76] AUBRY C., y RAU, *Curso de Derecho Civil Francés*, Duranton, París, 1873.

[77] SANTORO PASSARELLI, *Francesco*, ob. cit., p. 294.

[78] CARIOTA FERRARA Luigi, ob. cit., p. 305.

JUAN, “*más que un principio jurídico, es una noción primordial del razonamiento y de la lógica*”.^[79] No es necesario crear una categoría donde encaje un acto como inexistente, porque simple y llanamente sino cumple con los requisitos de existencias que señala la ley no es objeto de consideración jurídica. En un sentido similar, LLAMBÍAS nos dirá que la inexistencia es una noción conceptual, no legal, que nuestro entendimiento aplica a ciertos hechos, que, no obstante tener la apariencia de actos jurídicos, no son tales por carecer de algún elemento esencial.

Al igual que la nulidad absoluta, la inexistencia puede ser pedida por cualquier persona interesada, e incluso declarada de oficio pero de ninguna manera ratificada por las partes. Ahora entendemos por qué muchos jueces le dan el mismo valor a la inexistencia que a la nulidad absoluta.

Una vez que se han planteado algunas ideas claves respecto de la inexistencia, pasamos a conocer los casos en que la nulidad puede ser considerada como consecuencia jurídica en caso de actos simulados.

4.3 Nulidad

En el Derecho Romano no se llegó a diferenciar claramente la figura de la nulidad, JUSTINIANO habla de actos reales como “*aquellos que para perfeccionarse o nacer a la vida del derecho, exigen la entrega de la cosa, ejemplo: contrato de prenda con desplazamiento, depósito, comodato, etc.*”.^[80] BÁRTOLO DE SAXOFERRATO, máximo exponente de la escuela de los posglosadores o comentaristas, es quien diferencia los actos jurídicos como

[79] MOYANO, Juan A., *Efectos de la Nulidad de los Actos Jurídicos*, Buenos Aires, 1932, p. 77.

[80] Apuntes elaborados por Pamela Prado L. disponible en: segundoderechou.v.googlepages.com/Clasificacionesdeactosjuridicos.doc

inexistentes, nulos o anulables, su pensamiento concuerda con la Teoría de las Ineficacias, y así define estas figuras:

...la inexistencia surge cuando falta uno de los elementos esenciales (...) la nulidad absoluta lo que es nulo en su principio, no lo valida el transcurso del tiempo y la nulidad relativa o anulabilidad, cuando sufre de defectos no esenciales, por estar viciada la manifestación de voluntad por error, fraude o amenaza...”^[81]

VIDAL RAMÍREZ FERNANDO considera que la nulidad *“viene a ser una sanción legal, la máxima sanción civil, cuando el acto jurídico se celebra sin sus requisitos de validez, o cuando se celebra con perturbaciones o distorsiones”*.^[82] Es por tanto una sanción de tipo legal que priva a un acto jurídico de sus efectos normales, a raíz de una causa (defecto o vicio) existente en el momento de su celebración.

En la misma línea nuestro Código Civil en su artículo 1697 señala: *“Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes”*.

El Diccionario de Términos Jurídicos se refiere a la nulidad como: *“(...) acción de quitarle vigencia jurídica a lo que nació, como fuente de derecho.”*^[83] Es la ineficacia o falta de valor legal de un acto o negocio jurídico debido a la falta de un requisito esencial en su integración.

La nulidad se encuentra estrechamente relacionada a los conceptos de validez y eficacia, conceptos que, *“aunque se utilizan habitualmente por la doctrina y la jurisprudencia de forma indiferenciada, son perfectamente separables”*.^[84] Entonces, un acto

[81] Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y de lo Económico de Cuba. Ley No. 7 de 22 de agosto de 1977.

[82] VIDAL RAMÍREZ Fernando, *ob. cit.*, p. 574.

[83] PÉREZ ECHEMENDÍA, Marzio Luis y ARZOLA FERNÁNDEZ, José Luis, *Diccionario de Términos Jurídicos*, Publicado por Sancti Spiritus.

procesal se reputa eficaz cuando produce los efectos previstos en la ley y válido cuando cumple con las reglas establecidas por la ley.

Las características esenciales son las siguientes:

1. Es una sanción de carácter civil; es decir, un castigo impuesto por mandato legal a quien ha transgredido un deber legal;
2. Priva al acto jurídico de sus efectos propios o normales, no se alcanzan las consecuencias jurídicas que las partes acordaron; y,
3. Se produce a raíz de una causa (vicio o defecto) existente en el acto al momento de su celebración.

La clasificación del acto nulo es, el acto nulo per se y el acto anulable. El primero es aquel que tiene un vicio ostensible al momento de su celebración, son considerados como tal aunque la nulidad no haya sido juzgada. Esto significa que desde la celebración carece de todo efecto entre las partes o respecto de terceros. En el acto anulable el vicio no está de manera manifiesta, entonces es necesaria una indagación. Los actos se reputan válidos mientras no sean anulados a través de una sentencia.

El objeto de declarar un acto como nulo es volver las cosas al mismo estado en que se hallaban antes de ejecutarse el acto. Las partes deben restituirse lo que han percibido en razón del acto inválido.

[84] MARTÍN DE LA LEONA, José Ma., *Nulidad de Actuaciones. Principios Informadores y Clasificación*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

4.3.1 Nulidad Absoluta o de Pleno Derecho

En la doctrina clásica francesa, la cual inspiró nuestro Código Civil, se entiende a la nulidad absoluta como aquella sanción que se establece en contra de los actos jurídicos ilícitos para privarlos de efectos.

Tiene ciertas características básicas (artículo 1699 Código Civil):

1. Puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato;
2. 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;
3. Puede pedirse por el ministerio público, en interés de la moral o de la ley; y,
4. No puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años.

Las causas son:

1. Objeto ilícito;
2. Causa ilícita;
3. Omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos; y,
4. Actos y contratos celebrados por personas absolutamente incapaces.^[85]

[85] **Art. 1463 Código Civil.**- Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución...

4.3.2 Nulidad Relativa

Es aquella nulidad que en razón de afectar elementos no esenciales para la validez del acto, puede ser convalidada por confirmación o subsanada por el transcurso del tiempo.

Al igual que la nulidad absoluta, la nulidad relativa tiene características esenciales:

1. No puede ser declarada por el juez sino a petición de parte;
2. No puede pedirse por el ministerio público en solo interés de la ley;
3. No puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y,
4. Puede sanearse por el transcurso del tiempo o por la ratificación de las partes.

Las causas o casos de anulabilidad son:

1. Los vicios del consentimiento;
2. La incapacidad; y,
3. La falta de consentimiento (cuando este es necesario) del cónyuge de quien contrató.

Entonces, la nulidad puede ser de carácter absoluto, cuando el negocio lleva consigo un objeto o causa ilícita, por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, y cuando el acto ha sido celebrado por personas absolutamente incapaces. Esta clase de actos pueden y deben ser declarados por el juez o por todo el que tenga interés en el acto, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince

años. La nulidad de carácter relativa se da cuando se produce otra especie de vicio que no acarrea nulidad absoluta, esta no puede ser declarada por el juez sino a petición de parte, por el ministerio público en solo interés de la ley, ni alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios. Para sanearse es necesario el transcurso del tiempo o por la ratificación de las partes.

4.4 Diferencias entre nulidad e inexistencia

La nulidad neutraliza los efectos de un acto celebrado por adolecer de vicios en cualquiera de los presupuestos o condiciones esenciales; mientras que, la inexistencia directamente afecta el acto.

Así, un acto es inexistente cuando carece de sujeto, causa, objeto o forma. Al faltar uno de estos elementos estructurales, ese acto no es tal. Esta idea suele resumirse bajo la premisa de que una cosa es la existencia viciada y otra directamente no existir, así lo señala LÓPEZ MESA MARCELO: “(...) un acto que no existe, que constituye sólo una apariencia de tal, no es nulo ni puede anularse; lisa y llanamente es un “acto inexistente”, cuya inviabilidad jurídica sólo debe constatarse.”^[86]

En tal sentido, PLANIOL añade que “(...) la inexistencia no sólo es diferente de la nulidad sino que es incompatible con ella, pues la nulidad es una operación que consiste en aniquilar un acto realmente cumplido y que reúne todos sus elementos...”^[87]

A pesar de una diferenciación doctrinal entre nulidad e inexistencia, su aplicación práctica no resulta lógica, pues si la

[86] LOPEZ MESA, Marcelo J., *La Doctrina del Acto Inexistente y algunos Problemas Prácticos*, La ley 2006-C, 1421, p. 13.

[87] PLANIOL, Marcel, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, José M. Cajica. México, 1946, p. 346.

inexistencia produce los mismos efectos que la nulidad absoluta, carecería de sentido la creación de una consecuencia jurídica no contemplada en nuestro ordenamiento legal.

En oposición, hay quienes afirman que la inexistencia no sólo tiene valor lógico sino interés práctico. En primer lugar, la inexistencia del acto puede ser declarada por el juez de oficio aun sin petición de parte, característica de la que goza únicamente la nulidad absoluta. En segundo lugar, la inexistencia del acto puede ser invocada aún después de trabada la litis y antes de concluido el período probatorio, a diferencia de la nulidad absoluta, que puede ser alegada en cualquier estado del juicio antes de dictada la sentencia. Si la nulidad es relativa, debe ser alegada en la demanda o contestación. En tercer lugar, el acto inexistente y la nulidad absoluta pueden ser invocados por cualquier interesado, en cambio, la nulidad relativa, solo puede ser planteada por una de las partes contractuales afectada. Y lo más importante, el acto declarado nulo generó efectos jurídicos por la apariencia de validez de la que gozaba, a diferencia de la inexistencia que no generó efecto alguno.

Es importante mencionar el criterio que tiene la Suprema Corte de Justicia bonaerense respecto de la nulidad e inexistencia.

...la nulidad e inexistencia atienden a dos niveles distintos de planteo; en el caso de la nulidad se está ante un acto que tiene existencia pero cuya eficacia, por causas anteriores o coetáneas con el propio acto, está afectada. Cuando el acto, por circunstancias relativas a su esencialidad, no puede nacer a la vida del derecho, su ineficacia parte de su no existir y nada puede quedar de él más allá de la constatación de su inexistencia, ni siquiera bajo la expresión de la obligación natural(...) Cuando hay vicio hay que recurrir a la teoría de las nulidades, en tanto que cuando no hay otorgamiento del acto se está frente a supuestos de inexistencia^[88] (...) El acto

[88] La negrilla me pertenece.

que es inexistente para quien no lo otorgó, igualmente lo es para todos quienes hayan participado en él. En cambio, si el acto aparece viciado o defectuoso, en grado previsto por la ley, con afectación de sus elementos constitutivos, el acto existe, pero podrá ser nulo, anulable o simplemente inoponible...^[89]

4.5 Consecuencias de la simulación

4.5.1 La Inexistencia como consecuencia de la Simulación Absoluta

Esta teoría considera el acto simulado absolutamente como inexistente. Parte del hecho que el acto simulado se genera sin consentimiento efectivo; por lo que, a pesar de producir ciertos efectos de derecho, estos devienen de un simple hecho o acto material carente de contenido.

Los doctrinarios que apoyan esta tesis opinan que no se celebra ningún acto, porque no se crea, modifica o extingue algún derecho, y que al ser el acto puesto al descubierto se revela que las circunstancias originales no han sido modificadas. Esta clase de actos no cambian la realidad jurídica y por tanto se les considera inexistentes. Sin embargo, esta doctrina acarrea un grave problema y es que no considera el perjuicio a los derechos de terceros contratantes de buena fe, quienes desconocen que se trata de un acto simulado o aparente.

Varios son los países que han adoptado la figura de la inexistencia como consecuencia jurídica de los actos simulados absolutamente, es el caso de la normativa argentina que menciona lo siguiente dentro de su Código Civil:

[89] Suprema Corte de Justicia bonaerense en los Acuerdos No. 32.560 del 26-2-85. Nulidad No. 43.223 del 17-11-92. Acción reivindicatoria No. 56.109 del 7-11-95. Reivindicación No. 71.817 del 31-5-00.

“Artículo 956.- La simulación es absoluta cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real, y relativa cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter”.^[90]

De igual forma la legislación mexicana considera la simulación absoluta como un hecho aparente que no trasciende el mundo de lo real:

“Artículo 2181.-La simulación es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real; es relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter”.^[91]

Para la legislación boliviana el contrato que adolece de simulación no produce ningún efecto entre las partes^[92].

El Código Civil peruano por su parte señala:

“Artículo 190.-Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo”.^[93]

Como queda indicado, la inexistencia es sin lugar a dudas una categorización válida a ser considerada, pues no se puede sancionar actos inexistentes como nulos. Este criterio no es compartido por aquellos que ven en la declaratoria de nulidad la solución válida para todo acto simulado.

[90] Código Civil Argentino. Capítulo I. Artículos 955 al 960.

[91] Código Civil Mexicano. Título IV. Capítulo II. De los Efectos de las Obligaciones. Artículos del 2180 al 2184.

[92] Código Civil Boliviano. Capítulo VII. De la Simulación. Artículo 543.1.

[93] Código Civil Peruano. Título VI. Simulación de un Acto Jurídico. Artículos 190 al 194.

4.5.2 La Nulidad Absoluta como consecuencia de la Simulación Absoluta

La teoría que considera a la nulidad absoluta como consecuencia de la simulación absoluta se fundamenta en los principios determinadores de los actos jurídicos bilaterales o convenciones: sujetos capaces de contratar, consentimiento libre de vicios, cumplimiento de formalidades de ser el caso, objeto y causa lícitas.

En la simulación absoluta se dice que existe sólo un acto aparente, irreal, que carece de contenido, pues la voluntad de las partes queda contenida únicamente en el acuerdo simulatorio convenido precisamente para no producir un acto verdadero. El acto jurídico así simulado no produce eficacia ni valor y por tanto es objeto de nulidad.

Como lo señala HERNÁN CORTÉS en su libro “La Simulación como Vicio Jurídico”:

...existe simulación absoluta, en virtud de que la causa que se denuncia en el contrato no concuerda con la que realmente han tenido en vista los contratantes, puesto que en el fondo carece de ella, se podrá obtener la nulidad de esos actos jurídicos, por medio de las acciones acordadas por la ley^[94].

Para este autor la sanción práctica en todo acto jurídico que adolezca de simulación absoluta debe ser la nulidad, con el objeto de que todo se retrotraiga al momento anterior a la celebración del contrato.

En la misma línea FERRARA y COVIELLO^[95] explican que la simulación trae consigo nulidad absoluta por ausencia

[94] CORTÉS, Hernán, *ob. cit.*, p. 189.

[95] COVIELLO, Nicola, *Manual de Derecho Civil Italiano*, Tercera Edición, Società editrice Libreria, Milán, 1924, p. 317.

de un elemento esencial como lo es el consentimiento y para el caso, existe voluntad pero no la intención jurídica. Por tanto, la simulación no puede dar nacimiento a un acto con trascendencia jurídica.

En resumen existen dos tendencias marcadas acerca de la simulación absoluta, la que la considera como un acto inexistente o como causal de nulidad. Estas dos clasificaciones no tienen parentesco alguno entre sí, pues la inexistencia corresponde a ciertos hechos materiales carentes de un elemento esencial para ser considerados como actos jurídicos, a diferencia de la nulidad que es una sanción dada por el ordenamiento jurídico a actos existentes que no cumplen con ciertos requisitos de validez.

Como hemos visto, un grupo de doctrinarios aceptan la inexistencia como consecuencia de la simulación absoluta pues la reconocen como un acto falto de elementos de esencia, y otros consideran que es un acto objeto de la sanción de nulidad por parte del ordenamiento vigente.

4.5.3 La Nulidad Absoluta o Relativa como consecuencia de la Simulación Relativa

La tesis que considera la simulación relativa como causa de nulidad relativa parte de un hecho muy claro, y es que, en esta clase de simulación coexisten dos actos, el fingido y el verdadero. Los partícipes tienen la intención de celebrar un contrato o negocio oculto denominado por la doctrina como negocio disimulado, si se llega a descubrir el acto oculto y este cumple con todos los requisitos legales de existencia y validez debe prevalecer la voluntad real sobre la exteriorizada, en cuyo caso existe nulidad relativa.

Entonces, la simulación relativa conlleva a la nulidad del contrato aparente pero esto no es obstáculo para la posible validez del negocio verdadero. En este punto el doctor CORONEL JONES indica que una vez que se ha probado la simulación, el negocio fingido desaparece, permaneciendo indemne el negocio jurídico contraído secretamente. El tratadista recalca que si el negocio que inicialmente estuvo oculto cumple con las condiciones suficientes que determinen su existencia y validez, es eficaz.

La simulación relativa lo que persigue es simultáneamente un reconocimiento negativo y otro positivo, declaratoria de nulidad del acto ficticio y la ejecución del negocio disimulado. Se debe enfatizar que el juez, haciendo uso de su sana crítica, dispone la conveniencia del contrato oculto o el celebrado inicialmente en pro de los intereses de terceros vinculados. Como menciona MOSSET JORGE “(...) si bien es verdad que los terceros pueden atenerse al negocio simulado, también lo es que el mismo no les debe perjudicar; cuando sufren perjuicio pueden invocar la circunstancia de la simulación”.^[96]

Dentro de la normativa argentina se menciona que un acto de simulación relativa tiene pleno efecto si se llega a comprobar la voluntad real de los contratantes:

“Artículo 958.- Cuando en la simulación relativa se descubriese un acto serio, oculto bajo falsas apariencias, no podrá ser éste anulado desde que no haya en él la violación de una ley, ni perjuicio a tercero”.^[97]

La legislación mexicana por su parte menciona que el acto simulado es anulable sólo en los casos en los que la ley así lo señala; es decir, sí se perjudica el derecho de un tercero:

[96] MOSSET ITURRASPE, Jorge, *ob. cit.*, p. 32.

[97] Código Civil Argentino. Capítulo I. Artículos 955 al 960.

“Artículo 2183.- Pueden pedir la nulidad de los actos simulados, los terceros perjudicados con la simulación, o el Ministerio Público cuando esta se cometió en transgresión de la ley en perjuicio de la Hacienda Pública”.^[98]

Para la legislación boliviana basta con que se descubra el acto oculto, sino que este debe reunir los requisitos de sustancia y forma, no infringir la ley, ni intentar perjudicar a terceros:

“Artículo 543.2.- En la simulación relativa, el verdadero contrato, oculto bajo otro aparente, es eficaz entre los contratantes si reúne los requisitos de sustancia y forma, no infringe la ley ni intenta perjudicar a terceros”.^[99]

Igual tratamiento da la legislación peruana en caso de simulación relativa:

“Artículo 191.- Simulación relativa: Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurren los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero”.^[100]

4.5.4 Simulación causal de Nulidad o Inexistencia en base a la Normativa Ecuatoriana

Con el fin de dar respuesta a la interrogante que impulsó la presente investigación: simulación contractual ¿causa de nulidad o causa de inexistencia? Se analizará ésta figura jurídica al amparo de nuestra normativa.

La simulación contractual en la legislación ecuatoriana no se encuentra recogida en un capítulo aparte dentro del Código

[98] Código Civil Mexicano. Título IV. Capítulo II. De los Efectos de las Obligaciones. Artículos del 2180 al 2184.

[99] Código Civil Boliviano. Capítulo VII. De la Simulación. Art. 543.2.

[100] Código Civil Peruano. Título VI. Simulación de un Acto Jurídico. Artículos 190 al 194.

Civil o en algún otro cuerpo normativo, solo existe una pequeña referencia en la Ley Notarial (artículo 20 numeral 4) la cual prohíbe a los notarios otorgar a sabiendas escrituras simuladas. La misma ley señala sanción al precepto mencionado: “*nulidad de la escritura y la destitución del notario*”. Un ejemplo de lo dicho es el caso de la compraventa de un bien raíz por escritura pública, donde la escritura es una exigencia. En estricto sentido, tendríamos que la simulación que aparece en escritura privada es por si nula, sin importar que el fin sea o no lícito, cuando se trata de bienes que requieren de un instrumento público para su eficacia y validez jurídica.

Esta norma no resuelve el problema, al contrario, lo dilata. De acuerdo a nuestra investigación, a menos que se utilice a la simulación como medio para eludir la ley, no es ilícita per se, es más bien una forma permitida de manifestar el consentimiento. Por ello, debemos remitirnos a fallos de la ex Corte Suprema para llegar a establecer lineamientos generales respecto de esta figura y sobre todo para conocer si debe ser tratada como un acto inexistente o como causal de nulidad.

4.5.4.1 La Inexistencia

Al tratar de catalogar la figura de la simulación como inexistente surge una nueva interrogante; la inexistencia no se encuentra contemplada en nuestra normativa, simplemente se trata al respecto en capítulos aislados dentro del Código Civil. Por ejemplo, el artículo 1459 del cuerpo normativo previamente citado, menciona las solemnidades que deben cumplir ciertos actos para imputarse como perfectos; por lo que, deducimos que un acto que no cumpla con ellas no se imputará como tal y por tanto inexistente.

El artículo 1460 también hace referencia al tema, al decir que al no estar presentes las cosas que son de la esencia del

contrato este no surte efecto alguno o degenera en otro y no llega a tener vida jurídica. Así mismo, el artículo 1469 habla de un error conocido como error de hecho en el que las partes entienden de manera desigual la naturaleza del contrato.

Por su parte el artículo 1570 del Código Civil señala que, cuando la promesa es la de celebrar un contrato no se produce obligación alguna a menos que se verifique el cumplimiento de ciertas condiciones. Debemos entender entonces que de no darse la concreción de esos requisitos el acto no existe.

El artículo 1740 del Código Civil señala que la venta de bienes raíces, servidumbres y la de una sucesión hereditaria no se reputan perfectas ante la ley mientras no se haya otorgado mediante escritura pública.

El artículo 1753 del Código Civil contempla la venta de una cosa que al tiempo de perfeccionarse el contrato se supone existente y no existe, no surte efecto alguno. En el mismo sentido el artículo 1748 del Código Civil señala que el precio (por ejemplo en la venta de un bien mueble) puede dejarse al arbitrio de un tercero, y que de no hacerlo, cualquiera otra persona que convengan los contratantes lo podrá hacer, y que en caso de no convenirse, no habrá venta.

De los ejemplos citados concluimos que las expresiones *“no se reputan perfectas ante la ley”*, *“no surte efecto alguno”* y *“no habrá venta”*, se equiparan a actos inexistentes.

Por lo expuesto, podemos decir que las causales de inexistencia son:

1. Falta de condiciones esenciales para todo acto jurídico;
2. Falta de manifestación de voluntad, entendida ésta como la ausencia de consentimiento de las partes;

3. Carencia de objeto jurídico;
4. Falta formalidades sustanciales; y,
5. Falta de condiciones esenciales específicas para el tipo de acto, como el precio en la compraventa sin el cual no se da vida al acto (artículo 1748 Código Civil); o el aporte necesario para la formación de una sociedad (artículo 1959 Código Civil).

4.5.4.2 La Nulidad

La jurisprudencia ecuatoriana invoca varios de los artículos previamente citados en el acápite referente a la inexistencia, pero en lugar de declarar un acto como inexistente declara la nulidad absoluta por falta de consentimiento. Lo señalado sucede en la sentencia de la Primera Sala en el juicio Calle vs. Malo del año 2000.

María Eloísa Calle, a la fecha en que ha otorgado la escritura pública de compraventa materia de la Litis, se hallaba en un estado de salud tan crítico que le imposibilitaba estar en su sano y entero juicio para hacer una manifestación de voluntad (...) el artículo 1.460 del Código Civil, dice que si falta una de las cosas esenciales al perfeccionamiento del contrato como tal, no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente: no dice que el contrato al que le falta ese requisito esencial sea nulo la Sala concluye diciendo:....si bien es aceptable en doctrina la inexistencia jurídica de un acto o contrato por falta de consentimiento, en nuestro Código Civil la inexistencia no tiene cabida. La falta de requisitos necesarios produce nulidad absoluta.^[101]

Un año después, en el caso Altbar vs. Salgado se acepta la inexistencia en la venta de un bien raíz, pues se celebró por escritura privada y se pide la reivindicación.

En nuestra legislación no se distingue la inexistencia de la nulidad y que, por tanto, los actos llamados por la doctrina inexistentes

[101] Resolución No. 268-2000, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 27-VI-2000.

deben ser incluidos entre los absolutamente nulos. Sin embargo, tratadistas chilenos como ALESSANDRI RODRÍGUEZ, y colombianos como OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, con referencia a la legislación de sus países, que en esta materia es exactamente igual a la nuestra, aceptan que en ciertos casos si cabe hablar de actos inexistentes (...) En resumen la venta de un inmueble mediante un documento privado se mirará como no ejecutada, o celebrada, es decir jurídicamente inexistente.^[102]

En el año 2002 en el caso Ronquillo vs. Muñoz en una venta de inmueble por instrumento privado se sanciona el acto con nulidad absoluta, dejando de lado el criterio sobre inexistencia. La ex Corte Suprema aclara este punto, acogiendo lo prescrito en el artículo 1718 del Código Civil señala:

“...la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad y se mira como no ejecutados o celebrados, aunque en ellos se prometan a reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal”.^[103]

Concluye diciendo que, si bien la doctrina puntualiza casos en que ciertos actos y contratos pueden ser considerados inexistentes, como en la celebración de contrato de compraventa de bien inmueble por instrumento privado, nuestro Código Civil solo contempla la nulidad por omisión de requisitos exigidos para la declaración de voluntad, dejando la figura de la inexistencia como simple referente doctrinal.

De igual forma en la sentencia dictada por la Primera Sala Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, el 23 de septiembre del 2002, en juicio por nulidad absoluta de contrato privado de compraventa de bien raíz, esta sala resuelve que la promesa de compraventa de bien inmueble otorgada por instrumento privado constituye un acto nulo de nulidad abso-

[102] Resolución No. 188-2001. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. R.O. 362. 5-VII-2001.

[103] Resolución No. 134-2002. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. 27-VI-2002.

luta, aun citando a OSPINA FERNÁNDEZ, ALESSANDRI y SOMARRIVA no lo consideran como inexistente.

La compraventa otorgada por escritura privada no genera obligaciones naturales, no por ser un acto bilateral, sino porque es carente de una de las solemnidades sustanciales, el de ser otorgada por escritura pública. Ospina Fernández, refiriéndose a la tercera clase de obligaciones naturales, que en nuestra legislación se encuentran contempladas dentro del artículo 1486 del Código Civil ecuatoriano, es decir las que proceden de actos que les falta las solemnidades que la ley exige para que surtan efectos civiles, manifiesta que, en el caso de una escritura de bien inmueble que no ha sido otorgada por escritura pública es un caso de inexistencia del acto jurídico por falta absoluta de la forma solemne, del que hay que concluir que un acto inexistente no puede producir ningún tipo de obligación, ni civiles ni naturales.

Como vemos nuestra legislación sanciona con nulidad aquellos casos que la doctrina reconoce como actos inexistentes, criterio por demás lógico por cuanto la nulidad es una sanción válida dentro de la normativa ecuatoriana, a diferencia de la declaratoria de inexistencia.

4.5.4.3 Declaratoria de Nulidad

La ex Corte Suprema de Justicia en resolución de fecha 27 de junio de 2001^[104] recalca que no todo acto simulado es ilícito en sí mismo, será tal si se celebra con la intención positiva de perjudicar a terceros, en cuyo caso lleva a la declaratoria de nulidad. En este mismo sentido en resolución de 3 de agosto de 2000^[105] la ex Corte Suprema de Justicia casando sentencia de un juicio contrato de compra venta declaró la nulidad.

[104] Resolución No. 44-2001, Tercera Sala. R.O. 356, 27-VI-2001.

[105] Expediente No. 279-2000, Primera Sala. R.O. 134, 3-VIII-2000.

La ex Corte Suprema en resolución de 12 de marzo de 1999 hace un análisis referente a la simulación relativa indicando que:

...de la demanda se desprende la afirmación de que una de las actoras no vendía sino que donaba, lo cual es absurdo, porque ella estuvo presente al momento de la celebración del contrato, en el que asoma vendiendo derechos y acciones, se hace constar el precio de trescientos mil sucres que los vendedores declaran tenerlos recibidos...

Más adelante continúa señalando que:

...lo que puede haber ocurrido en el caso, que nadie lo menciona es lo que la Jurisprudencia Chilena define como 'simulación relativa' que (...) existe cuando se ha querido realizar un acto diferente del manifestado sea en su totalidad (como si se disfraza de compraventa la donación) sea sólo parcialmente (como si en un contrato se inserta una cláusula diferente a la convenida en verdad o se indica un beneficio distinto del real).^[106]

La solución que se da en el presente fallo es de gran importancia, toda vez que nos explica que no puede alegar la nulidad la parte que simuló el contrato, pues se estaría beneficiando de su propio dolo.

A continuación se resume dicha resolución:

En el supuesto de que hubiere nulidad no puede alegarla el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. En este juicio ocurre que la que compareció en la compraventa cinco años más tarde sostiene que no era sino donación, ella sabía que estaba firmando un contrato simulado y mal pudo, por lo mismo, demandar su nulidad. Como lo hemos mencionado, no mediando perjuicio de tercero la simulación contractual es lícita, y de cumplir con los requisitos de existencia y validez perfectamente viable.

[106] Gaceta judicial. Serie XVI. Número 10.

En caso de simulación relativa, si el acto oculto era nulo por ilicitud en el objeto o en la causa y ambas partes lo sabían, o estaban en condiciones de no haberlo podido ignorar, los sujetos contractuales no podrán alegar la nulidad del acto real pero disimulado pues hubo consentimiento.

Los terceros de buena fe que vean afectados sus derechos pueden accionar contra las partes simulantes la declaratoria de nulidad del acto simulado absolutamente por ausencia de consentimiento, debiendo acreditar que en ningún momento existió voluntad negocial entre las partes.

Frente a un acto simulado relativamente, el acto es nulo no por haberse celebrado de una forma simulada sino más bien por las circunstancias que aisladamente pudieran invalidarlo, como la falta de solemnidades, objeto o causa ilícita, o la participación de persona incapaz absoluta.

4.5.4.4 La Nulidad como consecuencia de Actos Simulados

Como se ha analizado, en el Ecuador la figura de la simulación es susceptible de nulidad, no por sí misma, sino por motivos que devienen del acto como vicios en el consentimiento, causa u objeto ilícitos. Por tanto, en estricto apego a lo que menciona nuestro Código Civil en su artículo 1697 “...es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes” y “la nulidad puede ser absoluta o relativa” .

Decimos entonces que, la simulación absoluta degenera en nulidad absoluta, puede y debe ser declarada por el juez aún sin petición de parte cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato. Sin embargo, el juez no está facultado para declarar

de oficio una simulación, el juez puede y debe declarar de oficio la nulidad absoluta.

A diferencia de la nulidad absoluta, la relativa se encuentra íntimamente relacionada con la simulación relativa, que no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte, no puede pedirse por el ministerio público en solo interés de la ley ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos o cesionarios. En la simulación relativa hay consentimiento, hay un acto real y verdadero, sólo que está disimulado por una ficción, por tanto, no hay una acción de nulidad absoluta porque no es necesaria. La declaratoria de nulidad relativa va encaminada a la prevalencia del consentimiento real pero oculto, siempre y cuando sea beneficioso para terceros de buena fe. El acto disimulado debe reunir todos los requisitos de existencia y de validez, de forma y fondo, para ser considerado tal.

La ausencia de consentimiento en un contrato simulado se explica porque, como bien señala la ex Corte Suprema de Justicia, si bien hay un consentimiento para simular el contrato falta uno para los efectos jurídicos de la declaración aparente. Una vez establecida la existencia del consentimiento para la ficción, se demuestra la inexistencia del consentimiento para la obligación u obligaciones que del contrato simulado diman^[107]. En todo caso, el acto simulado absolutamente será siempre nulo por ausencia de consentimiento,^[108] mientras que, el simulado relativamente, de declararse la nulidad absoluta, será por ausencia de solemnidades, objeto o por una causa ilícitos.^[109]

[107] Gaceta Judicial No. 10, serie IX, 1960, p. 993.

[108] Gaceta Judicial No. 10, serie IX, 1960, p. 993.

[109] Gaceta Judicial No. 5, serie XVII, 2001, resolución No. 44-2001, p. 1310.

Desde nuestro punto de vista la tesis más acertada es aquella que considera la simulación como causa de nulidad absoluta por falta de consentimiento.

Para ultimar señalamos que en nuestro Código Civil el efecto del acto simulado, ya sea absoluta o relativamente, es la nulidad, una sanción legal que priva los efectos propios del acto con carácter erga omnes, siempre en protección de un interés particular. Por otro lado, para una parte de los doctrinarios, los efectos de la simulación absoluta debe ser la declaratoria de inexistencia del acto pues falta un elemento sustancial como la voluntad.

De este breve análisis es posible concluir favorablemente acerca de la vigencia de la teoría de la inexistencia en caso de actos simulados, pues, es perfectamente distinguible de la teoría de las nulidades, constituyéndose en una categoría jurídica independiente. Desde nuestra perspectiva, la figura de la inexistencia es una opción viable para los actos simulados absolutamente, nada se crea y por tanto nada se genera. Por otro lado, de descubrirse la simulación relativa, debe declararse la nulidad relativa, prevaleciendo lo acordado de manera oculta únicamente si reporta beneficio para terceros.

4.5.5 La Acción de Simulación como consecuencia de la Simulación Absoluta o Relativa

Lo que hoy conocemos como facultad de accionar es una evolución del pensamiento de CELSO, quien la definía como "*hijil aliud est actio quam ius per sequendi in iudicio quod sibi debetur*"^[110]. Lo cual significa que la acción aparece como elemento constitutivo del derecho, criterio aceptado por Francia y España, al igual que nuestro país.^[111]

[110] La acción no es sino el derecho a perseguir en juicio lo que se nos debe

[111] ACOSTA Gonzalo, *La Acción en el Derecho Civil*, Universidad Central del Ecuador, Quito, Ecuador, 1942, p. 1.

Señalan OSPINA FERNÁNDEZ GUILLERMO y OSPINA ACOSTA EDUARDO que, frente a un contrato simulado, las partes entienden que será totalmente ineficaz o camuflado bajo una declaración que permanece solo en conocimiento de ellas. El engaño mientras no salga a la luz no tiene relevancia alguna, de ser puesta de manifiesto deberá ser declarada, siendo el juez el único habilitado para hacerlo.

Como ya lo hemos señalado, la simulación en sí misma no constituye causal de nulidad o inexistencia; se debe analizar los requisitos de esencia o validez que han sido soslayados para poder ejercer las acciones respectivas. Una vez que se conoce lo acordado subrepticamente se deba acudir ante el órgano judicial competente para que reconozca el acto como simulado y se proceda con las acciones pertinentes.

En presencia de un simulacro de contrato que las partes entienden que habrá de ser totalmente ineficaz entre ellas, pero camuflado bajo una declaración ostensible que adultera su naturaleza, o sus condiciones, o la identidad de los contratantes, el derecho debe atenerse a lo que es aparente, mientras no se patentice el engaño fraguado, lo que debe hacerse mediante un fallo judicial que declare la situación real y abra la puerta al tratamiento jurídico que le corresponde.^[112]

La acción de simulación debe entenderse como una acción autónoma y declarativa, tendiente a hacer constar de un modo autorizado la falta de realidad o la verdadera naturaleza de la relación jurídica. Si se trata de una simulación absoluta se deja sin efecto el acto o negocio jurídico, y si por el contrario, es una simulación relativa se hace prevalecer lo celebrado ocultamente que reporte beneficio a terceros.

El doctrinario JUAN CARLOS GARIBOTO menciona que:

... la acción de simulación es la pretensión judicial tendiente a obtener que el magistrado declare simulado y, por tanto, carente de efec-

[112] OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, y OSPINA ACOSTA, Eduardo, ob. cit., p. 132.

tos el acto aparente (...) es una acción declarativa también llamada de 'afirmación o de reconocimiento' porque, en sí misma es ineficaz para obtener la condena del demandado al cumplimiento de la presentación debida sin perjuicio de su eventual acumulación con una acción de condena.^[113]

Como vemos, este autor aduce que la declaratoria de simulación es de mero reconocimiento, que es solo el primer paso dentro del largo camino a seguir en busca del cumplimiento de lo celebrado.

Además, la simulación debe ser declarada por sentencia judicial como lo menciona CÉSAR CORONEL JONES:

...justifica la declaratoria de simulación por dos motivos, siendo el primero descartar la presunción de veracidad que existe para el público ante un contrato simulado, ya que éste por principio se presume cierto hasta que se demuestre lo contrario. Por otro lado ningún sujeto, espontáneamente, sin responder a petición previa puede hacer justicia por sí mismo, por lo que es necesario una sentencia que declare o reconozca el derecho o razón de una de las partes, obligando a la otra a pasar por tal declaración y cumplirla.

No solo que la declaratoria trae consigo una develación del acto oculto, sino que tal declaración debe ser de tipo judicial, pues solo ella efectiviza la tutela jurídica para que se responda ante terceros víctimas de un engaño.

4.5.5.1 Titulares de la Acción de Simulación Contractual

La doctrina establece que la acción de simulación es facultad de cualquiera que tenga interés en tal declaración, tanto si se trata de un derecho subjetivo actual, y aun eventual, esto lo señala VERDERA y TUELLS *“la declaración de simulación puede*

[113] GARIBOTO, Juan Carlos, ob. cit., p. 86.

ser pedida por quien tenga un interés serio y legítimo en solicitarla”^[114].

En el fallo dictado por el Juzgado de los Municipios de Catatumbo y Jesús María Semprun de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, de la República Bolivariana de Venezuela, el 29 de julio de 2009, se señala: *“Todo sujeto poseedor de un derecho regularmente constituido, está facultado para hacer declarar judicialmente la simulación de cualquier acto de carácter ficticio que le pueda ocasionar perjuicio”*^[115].

En teoría, ese interés no está motivado por el provecho que se pueda obtener del litigio sino por la necesidad de invocar la tutela judicial, primero estableciendo la verdad, y luego haciendo desaparecer la situación anormal y perjudicial con el propósito de que el deudor esté en condiciones de satisfacer los créditos pendientes.

Así como los particulares están legitimados para celebrar convenciones haciendo amplio uso de la autonomía de la voluntad, también están facultados para modificarlas o derogarlas, este es el caso de las contraescrituras.

En caso de perjudicar a terceros, SANTORO manifiesta: *“...la simulación es inoponible a terceros de buena fe...”*^[116] y por tanto se debe responder por las acciones u omisiones que les afecte. Cabe señalar que la acción de simulación es de carácter personal, no está orientada a garantizar derechos reales, no se trata de un derecho erga omnes, sino contra las partes del acto simulado.

[114] VERDERA y TUELLS, *Algunos Aspectos de la Simulación*, Anuario de Derecho Civil, 1950, p. 50.

[115] Sentencia Interlocutoria. *Acción Declarativa de Simulación*. Juzgado de los Municipios de Catatumbo y Jesús María Semprun de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia. República Bolivariana de Venezuela. 29 de julio de 2009.

[116] SANTORO PASSARELLI, F., ob. cit., p. 315.

No debemos confundir esta declaratoria de simulación con la declaratoria de nulidad o inexistencia, según sea el caso; pues la primera es una acción de reconocimiento que tiene por objeto poner en evidencia la existencia de un acto simulado, a diferencia de la segunda, que se da como sanción subsecuente a la declaratoria.

4.5.5.2 Efectos de la Declaratoria de Simulación Contractual para Terceros de Buena Fe

Tanto para terceros de buena fe como para terceros de mala fe mientras la simulación no sea descubierta es irrelevante el acto oculto.

Como es de conocimiento general, la buena fe se asume presente en todo acto y la mala fe es objeto de comprobación. Para entender de mejor manera la buena fe nos remitiremos a lo que menciona CABANELLAS: *“Buena fe implica los conceptos de rectitud, honradez, hombría de bien y buen proceder. Creencia o persuasión personal de que aquel de quien se recibe una cosa, por título lucrativo u oneroso, es dueño legítimo de ella o puede transferir el dominio”*.^[117] Este concepto lleva consigo una carga moral muy elevada, pues, define la buena fe como rectitud u honradez de un individuo, términos bastante ambiguos al momento de ser aplicados; la segunda parte es más práctica, habla del dominio sobre determinado bien, y como este puede ser objeto de transferencia por parte del verdadero dueño. Se entiende entonces a la buena fe como el cumplimiento de las obligaciones contractuales en pro de un interés legítimo y con la intención de cumplir con los deberes jurídicos que resultan del contrato.

Para esclarecer un poco más el término de buena fe, nos remitiremos a la definición dada por nuestro Código Civil en

[117] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, Argentina, 1993.

su artículo 722: “...buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de cualquier otro vicio...”. Es decir, la conciencia de que lo adquirido fue a través de medios lícitos, y que para el caso de la simulación constituye pilar fundamental, de lo contrario terceros perjudicados no podrían ejecutar ninguna acción legal.

Es momento de precisar quiénes son considerados terceros de buena fe en un acto de simulación contractual. Son terceros de buena fe todos aquellos que desconociendo la maniobra fraguada por las partes tienen un real interés en el negocio, como por ejemplo los asignatarios por sucesión forzosa, el cónyuge o los acreedores. Entonces, el tercero de buena fe es aquel que ignora por completo el concierto simulatorio de dos o más sujetos que aparentan la celebración de un acto jurídico sin que exista real voluntad para ello o que el acto concluya en uno distinto al que aparenta.

Las partes que simularon un contrato no pueden invocar este hecho para perjudicar a un tercero, criterio compartido por CORONEL JONES quien menciona que la preposición “contra” en el artículo 1724 del Código Civil (“*Las escrituras privadas hechas por los contratantes, para alterar lo pactado en escritura pública, no surtirán efecto contra terceros...*”)ratifica lo indicado y continúa señalando que de este artículo deviene una doble protección contra los terceros contratantes de buena fe, ya que si bien es cierto la simulación le es inoponible cuando le es contraria o perjudicial, no se establece un impedimento para que puedan exigir que se revelen las verdaderas relaciones entre los contratantes en un negocio simulado.

Debe optarse por la solución más favorable al mantenimiento de la voluntad oculta, siempre que no lesione derechos de terceros y que la formalidad que garantiza la existencia de la declaración y el contenido esencial pueda encontrarse en el

negocio aparente o en el acuerdo de disimulación (contradecларación).

4.5.5.3 Efectos de la Declaratoria de Simulación para Terceros de Mala Fe

Si bien es cierto que la simulación lleva consigo un concierto simulatorio de las partes, no está por demás recalcar que los terceros también pueden intervenir de mala fe y en ese caso acarrear ciertas penalidades al igual que con los agentes contratantes.

Quien actúa de mala fe no puede hacer efectiva la tutela que se consagra en el artículo 1724 del Código Civil, pensar lo contrario sería un absurdo. La mala fe supone que el tercero tenía conocimiento de la simulación y a sabiendas de esto celebró el contrato. Por ejemplo, un acreedor que recibe su pago a cambio de guardar silencio respecto de un contrato celebrado subrepticamente entre su ex deudor y un tercero, con el ánimo de no pagar las demás acreencias pendientes.

La apreciación de buena o mala fe surge en el momento mismo en que se celebra el contrato, y constituye factor determinante en la negociación y perfeccionamiento del acto.

4.5.5.4 Prescripción de la Acción de Simulación Contractual

Algunos autores como ACUÑA ANZORENA señalan que la acción de simulación es imprescriptible para el caso de la simulación absoluta, pues el acto aparente es un acto que no existe y cualquiera sea el tiempo puede pedirse la declaratoria de su inexistencia. Sin embargo, para nuestro régimen positivo la acción de simulación debe estar sujeta a las reglas generales sobre prescripción, donde los plazos se cuentan desde que las

partes interesadas en ejercitar esta acción (terceros) tuvieron conocimiento del acto oculto.

La prescripción se encuentra consagrada en el artículo 2392 del Código Civil del modo siguiente: *“Prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales”*. La prescripción puede ser entendida desde dos puntos de vista: el primero declarativo como en el caso de adquirir el dominio u otros derechos reales, y la segunda extintiva de acciones, de derechos patrimoniales, crediticios u obligaciones. La acción de simulación, al ser una acción de índole declarativa, prescribe ordinariamente en diez años cuando los titulares no la han ejercido, y lo mismo ocurre en el caso de las acciones que puedan tener los titulares para reclamar derechos como consecuencia del acto simulado.

Una vez que se ha llegado a determinar el tiempo en que prescribe la acción, surge una nueva interrogante, y es la de determinar el momento a partir del cual comienza a correr el término de prescripción de la acción, mal se haría en pensar que el tiempo transcurre desde la celebración del acto, lo lógico es que se cuente desde el momento en que pudiendo accionar ha dejado de hacerlo. Esta solución se impone a la luz del principio clásico conforme al cual la prescripción no corre contra quien no puede valerse para actuar.

Para terceros nace el derecho desde el momento mismo en que se tiene conocimiento de que se trata de un negocio simulado, en cambio, entre las partes el plazo de la acción se computará desde que una de ellas pretenda desconocer el acto oculto e invertir de seriedad al simulado.

4.6 La prueba en la simulación contractual

4.6.1 La Prueba de la Simulación Contractual entre las partes

Como la simulación puede ocurrir en cualquier clase de convención y no solo por escrito, la prueba debe ser de igual fuerza de convicción que la que tiene el medio empleado para formular la declaración engañosa; es decir, si el contrato o convención se celebra verbalmente por no requerir la ley la formalidad de un escrito, las partes pueden presentar todo tipo de pruebas.

Por el contrario, si las partes emplean la forma escrita por requerimiento de la ley o por voluntad propia, se necesita un instrumento público o privado para probar el acto simulado.

Como lo mencionan OSPINA FERNÁNDEZ GUILLERMO y OSPINA ACOSTA EDUARDO:

- a) *“La prueba testimonial solamente está excluida cuando con ella se pretenda sustituir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato;*
- b) *La falta de un documento o de un principio de prueba por escrito, solamente constituye un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que las circunstancias, el valor y calidad de las partes justifiquen tal omisión;*
- c) *El precitado indicio grave, puede ser desvirtuado por otras pruebas idóneas, como la declaración de parte, el juramento, el testimonio, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualquier otro medio útil para el juez”.*^[118]

[118] OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, ob. cit. p. 140.

4.6.2 La Prueba de la Simulación Contractual para Terceros

Al respecto OSPINA FERNÁNDEZ comenta:

Frente a las partes, los terceros gozan de completa libertad probatoria. Ellos no han consentido en la maniobra simulatoria, sino que, por el contrario, han sufrido el engaño fraguado por sus autores. Para los terceros la simulación no es un acto jurídico que los vincule, es un hecho ajeno para cuyo establecimiento es necesario concederles la más amplia libertad probatoria, especialmente si se tiene en cuenta que sería inusitado que ellos estuviesen premunidos (provisos) de una prueba escrita de la maniobra simulatoria, como sería poco probable que lograsen la confesión de las partes, precisamente interesadas en ocultarlo.^[119]

Como los terceros de buena fe han sido víctimas del concierto simulatorio de los agentes contratantes, estos pueden presentar cualquier prueba que posean. La confesión de parte sería un logro que en muy pocos casos se produce y que se convertiría en la prueba fehaciente de lo actuado.

Como nuestro Código Civil se rige en base a los lineamientos del Código Civil francés en lo referente a la interpretación de los contratos, el artículo 1576 indica que “...conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras...” enmarcándose así en una interpretación subjetivista o clásica. Por esta razón en nuestra normativa se da primacía a lo realmente querido frente a lo manifestado; por lo que, si se llegase a poner de manifiesto la verdadera voluntad de los contratantes se estará a esta, de lo contrario se atenderán a las cláusulas contractuales.

[119] OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, ob. cit. p. 141.

Bibliografía

Textos:

- ACOSTA, Gonzalo, **“La Acción en el Derecho Civil”**, Universidad Central del Ecuador, Quito, Ecuador, 1942.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, **“La Simulación”**, Edisofer, Madrid, 2005.
- ALESSANDRI, Arturo, **“De los Contratos”**, Editorial Jurídica de Chile, Chile.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, **“Exégesis del Código Civil Peruano de 1984”**, Tomo I, Segunda Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1995.
- AUBRY C. y RAU. 1.873. **“Curso de Derecho Civil Francés”**. Duranton. París.
- AURRICCHIO Alberto. 1999. **“La Simulación del Negocio Jurídico”**. Jovene Napoli.
- BATTISTA FERRI, Giovanni, **“El Negocio Jurídico”**, Primera Edición, Traducción y notas de Leysser León, Ara Editores, Lima, 2002.
- BETTI, Emilio, **“Teoría General del Negocio Jurídico”**, Segunda Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1968.
- BONNECASE, Julien, **“Precisiones de Derecho Civil”**, Tomo II, París, 1939.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, **“Diccionario Jurídico Elemental”**, Décimo Tercera Edición, Editorial Heliasta Buenos Aires, Argentina, 2002.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, **“La Simulación en los Negocios Jurídicos”**, Editorial Librería Bosch, Barcelona, 1986.

- CARIOTA FERRARA, Luigi **“El Negocio Jurídico”**. Traducido por Manuel Albaladejo Aguilar, Madrid, 1956.
- CARNELUTTI, Francesco, **“Teoría General del Derecho”**, Madrid, 1941.
- CEVALLOS VÁSQUEZ, Víctor, **“Contratos Civiles y Mercantiles”** Tomo I. Primera Edición, Quito, Ecuador, 20025.
- CHARLESWORTH, **“Ética de la Vida, Ética de la Responsabilidad”**, Biotecnología y Propiedad Intelectual, Editorial Livrosca, Caracas, 1999.
- CLARO SOLAR, Luis, **“Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado”**, Tomo 12, Editorial Nacimiento.
- COLIN AMBROSIO y CAPITANT, Henri, **“Curso Elemental de Derecho Civil”**, Traducción española de la Revistageneral de Legislación y Jurisprudencia, Editorial Reus, Madrid, 1924.
- CORONEL JONES, César, **“La Simulación de los Actos Jurídicos”**, Editorial Nomos Ltda., Ecuador, 1989.
- CORTÉS, Hernán, **“La Simulación como Vicio Jurídico”**, Editorial Araujo, Buenos Aires, Argentina, 1965.
- DE CASTRO Y BRAVO, **“El Negocio Jurídico”**, Editorial Civitas, Madrid, 1985.
- COVIELLO, Nicola, **“Manual de Derecho Civil Italiano”**, Tercera Edición, Società editrice Libreria, Milán, 1924.
- DIEZ DUARTE, Raúl, **“La Simulación del Contrato en el Código Civil Chileno”**, Imprenta Chile, Teatinos 760, Santiago, 1957.
- DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, **“Sistema de Derecho Civil”**, Volumen I y II, Editorial Tecnos.
- DUGUIT LEÓN. **“Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón”**, Traducción de Carlos G. Posada, Segunda Edición, Madrid.
- FERRARA, Francesco, **“La Simulación de los Negocios Jurídicos”**, Traducción de la Quinta Edición Italiana por

- Rafael Atand y Juan A. de la Puente. Edit.Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.
- GARIBOTO, Juan Carlos, **“Teoría general del Acto Jurídico”**, Editorial Desalma, Buenos Aires, Argentina.
- GARRONE, José Alberto, **“Diccionario Manual Jurídico”** Buenos Aires, 1989.
- GUERRERO, Mario, **“La Simulación en el Derecho Civil Colombiano”**, Editorial Máxima, Bogotá, 1957.
- GONZÁLEZ FORRAS, J. M. y MENDEZ GONZÁLEZ, F. R., **“Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García”**, Colegio de Registradores de la Propiedad Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, España.
- JOSSERAND, Louis, **“Derecho Civil”**. Tomo II Vol. I, Editorial Bosch y Cía, 1950.
- KALLER de ORCHANSKY, B., **“Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado”**, Quinta Edición, Edición Plus Ultra, Buenos Aires, 1997.
- LARREA HOLGUÍN, Juan, **“Compendio de Derecho Civil del Ecuador”**, Quinta Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 1991.
- LOPEZ MESA, Marcelo, J., **“La Doctrina del Acto Inexistente y algunos Problemas Prácticos”**, La ley 2006-C, 1421.
- LÓPEZ OLACIREGUI, José María, **“Esencia y Fundamento de la Responsabilidad Civil”**, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Número 64, Buenos Aires, 1999.
- MARTÍN DE LA LEONA, José Ma., **“Nulidad de Actuaciones, Principios Informadores y Clasificación”**, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1993.
- MÉNDEZ, Tomás y VILALTA NICUESA, **“Acción Declarativa de Simulación de un Contrato”**, Editorial Bosch, Barcelona, 1999.
- MESSINEO, Francesco, **“Manual de Derecho Civil y Comercio”**, EJEA, Buenos Aires, 1954.

- MOSSET ITURRASPE, JORGE, **“Contratos Simulados y Fraudulentos”**, Tomo I, Rubinzal Culzoni editores, Buenos Aires, 2001.
- MOYANO, Juan, A., **“Efectos de la Nulidadde los Actos Jurídicos”**, Buenos Aires, 1932.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, **“Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico”**, Séptima Edición, Editorial Temis S.A, Bogotá, 2005.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, **“Régimen General de las Obligaciones”**, Séptima Edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2004.
- PARRAGUEZ RUIZ, Luis, **“Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro Cuarto: Teoría General de las Obligaciones”**, Volumen I. Primera Edición, Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador, 2000.
- PÉREZ ECHEMENDÍA, Marzio L., y ARZOLA FERNÁNDEZ, José Luis, **“Diccionario de Términos Jurídicos”**. (Vademecum) Publicado por Sancti Spíritus, 2006.
- PLANIOL, Marcel, **“Tratado Elemental de Derecho Civil”**. José M. Cajica. México, 1946.
- PUGLIATTI S. **“La Simulación en el Negocio Unilateral”**, Milano, 1951.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, **“El Error, la Simulación, el Fraude a la ley y el Abuso de un Derecho en el Derecho Tributario Chileno”**, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, 2007.
- RODRÍGUEZ FONNEGRA, Jaime, **“Del Contrato de Compraventa y Materias Aledañas”**, Ediciones Lerner, Bogotá, 1960.
- ROJINA V., Rafael, **“Compendio de Derecho Civil”**, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 1970.
- ROSMINI, **“Filosofía del Derecho”**, Volumen XI, Padova, Italia, 1841.

- SALVAT LÓPEZ OLACIREGUI, **“Derecho Civil Argentino Parte General I y II”**, Edición Argentina, 1964.
- SALVAT, RM., **“Tratado de Derecho Argentino”**, Parte General, Tomo II Buenos Aires, 1956.
- SANTORO PASSARELLI, **“Doctrinas Generales de Derecho Civil”**, Revista de Derecho privado, 1964.
- SAVIGNY, **“Sistema del Derecho Romano Actual”**, Tomo V, Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1879.
- TRABUCCHI, Alberto, **“Instituciones de Derecho Civil”**, Décimo Quinta Edición, Editorial de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 1967.
- VEGA VEGA, Jesús Edgardo, **“El Acto jurídico en las Instituciones del Derecho Civil”**, Editorial Palestra Editores, 1996.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando, **“El Acto Jurídico”**, Décimo Cuarta Edición, Editorial. Gaceta Jurídica, Lima, 1998.

Normativa Nacional:

- Código Civil. Registro Oficial No. 46, del 24 de Junio de 2005.
- Ley Notarial. Gaceta Judicial Serie X, No. 15, del 29 de Noviembre de 1967.
- NORMATIVA INTERNACIONAL:
- Código Civil Argentino. Disponible en:
<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/ane-xos/105000-109999/109481/texact.htm>
- Código Civil Mexicano. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de agosto de 1928.
- Código Civil Boliviano. Decreto Ley 12760 del 6 de Agosto de 1975.
- Código Civil Peruano. Decreto Legislativo No. 295. Promulgado el 24 de Julio de 1984. Publicado 25 de Julio de 1984. Vigente desde el 14 de Noviembre de 1984.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y de lo Económico. Ley No. 7 de 22 de agosto de 1977. Cuba.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y de lo Económico. Ley No. 7 de 22 de agosto de 1977. Cuba.

Jurisprudencia Internacional:

Sentencia Interlocutoria. *Acción Declarativa de Simulación*. Juzgado de los Municipios de Catatumbo y Jesús María Semprun de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia. República Bolivariana de Venezuela. 29 de julio de 2009.

Suprema Corte de Justicia bonaerense en los Acuerdos No. 32.560 del 26-2-85. Nulidad No. 43.223 del 17-11-92. Acción reivindicatoria No. 56.109 del 7-11-95. Reivindicación No. 71.817 del 31-5-00.

Suprema Corte de Justicia bonaerense en los Acuerdos No. 32.560 del 26-2-85. Nulidad No. 43.223 del 17-11-92. Acción reivindicatoria No. 56.109 del 7-11-95. Reivindicación No. 71.817 del 31-5-00.

Sentencia Interlocutoria. *Acción Declarativa de Simulación*. Juzgado de los Municipios de Catatumbo y Jesús María Semprun de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia. República Bolivariana de Venezuela. 29 de julio de 2009.

Páginas Web:

ACUÑA ANZORENA. Imprescriptibilidad de la acción de simulación absoluta. Disponible en:

<http://www.badeni-gagliardo.com.ar/Gagliardo001.pdf>

AUCANCELA PÉRES JOSÉ LUIS. Representación contractual simulada: efectos de la simulación del contrato de compra venta en la legislación actual. Disponible en internet: <http://www.monografias.com/trabajos57/simulacion-contratos/simulacion-contratos.shtml>

ASOCIACIÓN DE ABOGADOS DE ITAPÚA. Disponible en internet:

http://www.aai.com.py/legis/cc/cc_libro2.html.

APUNTES DE DERECHO ELABORADOS POR PAMELA PRADO L. Disponible en:

segundoderechouv.googlepages.com/Clasificacionesdeactosjuridicos.doc.

DIRECTORIO DE CÓDIGOS CIVILES. García Juan Antonio. Disponible en internet:

http://www.codigo-civil.net/archivado/?page_id=493

FILOSOFÍA MEDIEVAL Y MODERNA. Disponible en:

<http://www.e-torredebabel.com/Historia-de-la-filosofia/Filosofiamedievalymoderna/Kant/Kant-AutonomiaVoluntad.htm>

OSVALDO M. ALVAREZ TORRES. Profesor Titular Universidad de Matanzas. Las Nulidades en el Proceso Civil Disponible en internet:

elnotariado.com/images_db/noticias_archivos/226.do

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. 21^a. ed. 1992. Disponible en internet: www.rae.es.

SISBIB SISTEMA DE BIBLIOTECAS. Disponible en internet: <http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/tesis/Human>.

SIXTO GUEVARA. Simulación del Acto Jurídico. Disponible en internet:

<http://www.monografias.com/trabajos16/simulacion-juridico/simulacion-juridico.shtml>

WILLIAM F. MATON. [solon.org](http://www.solon.org). Disponible en internet: <http://www.solon.org/Statutes/Mexico/>

Jurisprudencia:

Resolución No.	Sala	Registro Oficial	Fecha	Gaceta Judicial	Página No.
80-1999	Tercera Sala de lo Civil y Mercantil	242	27-VII-99		
268-2000	Primera Sala de lo Civil y Mercantil		27-VI-2000		
279-2000	Primera Sala de lo Civil y Mercantil	134	3-VIII-2000		
44-2001	Tercera Sala de lo Civil y Mercantil	356	27-VI-2001		
188-2001	Primera Sala de lo Civil y Mercantil	362	5-VII-2001		
301-2001	Primera Sala de lo Civil y Mercantil	449	8-XI-2001		
301-2001	Primera Sala de lo Civil y Mercantil		24-IX-2001		
44-2001				Serie XVII No. 5	1310
134-2002	Primera Sala de lo Civil y Mercantil		27-VI-2002		
	Primera Sala de lo Civil y Mercantil		23-IX-2002	Serie XVII No. 10	3072

Resolución No.	Sala	Registro Oficial	Fecha	Gaceta Judicial	Página No.
	Primera Sala de lo Civil y Mercantil			Serie XVI No. 10	2540
				Serie IX No. 10	994
	Primera Sala de lo Civil y Mercantil			Serie XVI No. 10	
				Serie IX No. 10	1960

Los casos cada vez más frecuentes de actos simulados hacen imperiosa la necesidad de estudiar no solo esta figura jurídica, sino saber qué consecuencias acarrea un acto de esta naturaleza, especialmente en el contexto jurídico ecuatoriano.

El libro "La Simulación Contractual en la Legislación Civil Ecuatoriana" irrumpe con claridad en el tratamiento de este tema muy poco comentado y controvertido.

El fingimiento contractual no está previsto específicamente en la Constitución, en el Código Civil o en alguna normativa local; por lo que, en su análisis se toman en cuenta las referencias indirectas y aquellas contenidas en los principios generales del derecho. La obra ha sido dividida de forma didáctica en cuatro capítulos, auxiliándose con rigurosidad de la doctrina, jurisprudencia y el derecho comparado.

ISBN: 978-9978-392-94-2



9789978392942