



FACULTAD DE DERECHO

LA SIMULACIÓN EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA MERCANTIL

**TRABAJO DE TITULACIÓN PRESENTADO EN CONFORMIDAD A LOS REQUISITOS
ESTABLECIDOS PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República**

PROFESORA GUÍA
Dra. Miren Torrontegui

AUTOR
José Luis Terán Tamayo

Año
2012

DECLARACIÓN PROFESOR GUÍA:

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiantes, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema y tomando en cuenta la Guía de Trabajos de Titulación correspondiente”.

Dra. Mirem Torrontegui
DOCTORA EN JURISPRUDENCIA
C.C. 170805763-1

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE:

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”

JOSÉ LUIS TERÁN TAMAYO

C.C. 1713793063

AGRADECIMIENTOS

Agradezco todos quienes creyeron en mi,
a mis mejores amigos y a mi familia,
por su infinita paciencia conmigo,
especialmente agradezco a mi hermana,
a mi abuela y a mis tíos,
por su apoyo incondicional.

DEDICATORIA

Este trabajo lo dedico a mi madre,
a la memoria de mi padre,
y a mi tío y mi mentor,
el Dr. Jaime Tamayo Martínez

“La gran victoria que hoy parece fácil, es el resultado de pequeñas victorias que hoy han pasado desapercibidas” (Coelho)

¡Lo Logramos!

RESUMEN

Los contratos y negocios jurídicos, representan en la sociedad actual, una herramienta clave para el desenvolvimiento de las personas y sus relaciones, en virtud de los cuales pueden obligarse y obligar a otros para conseguir lo deseado. Para ello existen y se desarrollan de igual forma, normas que regulan las relaciones contractuales, a fin de que la voluntad de los pactantes se respete a la luz del Derecho. Sin embargo, es imposible desconocer la existencia de contratantes de mala fe, cuya pretensión se resume en un beneficio a través de un mero engaño, y que para conseguirlo crean mecanismos ingeniosos que eluden a la norma y se benefician de la insuficiencia de ésta.

Es en esta suerte de lucha que mantiene el defraudador con la norma positiva, que nace la simulación, un mecanismo prácticamente desconocido en nuestro ordenamiento jurídico, que es utilizado para perjudicar a terceras personas, a través de un acto o contrato aparentemente veraz y apegado a la ley. Esta figura, a pesar de no ser considerada no solo por el legislador, sino también a nivel de doctrina y de jurisprudencia, es de común uso en actos y contratos de diversa índole. Es por ello que el estudio de la figura se vuelve necesario, para así impedir la acelerada propagación que tiene la simulación en las relaciones contractuales, especialmente en los contratos que tienen como finalidad un traspaso de dominio. Por esta razón, el contrato elegido para ser materia de la presente investigación es la compraventa mercantil, por su constante utilización y concurrencia en la interrelación de las personas.

Para hallar una solución al problema que presenta la simulación, es necesario realizar un profundo análisis, desde su nacimiento hasta su consecución, abordándola desde todos sus componentes, lo cual permitirá un completo entendimiento de la institución, para luego estudiar los mecanismos para contrarrestarla, tomando siempre como base a la doctrina, pues es la fuente más grande sobre el tema.

ABSTRACT

Contracts and legal businesses represent in today's society, an important tool for the development of people and their relations, under which they can bound with each other and force others to get what they want. That's why there exists and keep developing in the same way, rules that regulate the contractual relationship, so that the will of the contractors be respected under the eye of law. However, it is impossible to ignore the existence of bad faith contractors, whose will is summarized in a benefit obtained through a mere delusion, and in order to achieve that, they create ingenious mechanisms to evade the law and accomplish a benefit from the lack of it.

In the struggle between the fraudster and the positive law, is when the simulation begins, a virtually unknown mechanism in our legal system, which is used to harm third parties through an act or contract which seems true and compliant to the law. This figure despite not being considered not only by the legislature, but also by the doctrine and by the jurisprudence, is commonly used in acts and contracts of various kinds. That is why the study of this figure becomes necessary in order to prevent the quick spread that simulation has on the contractual relations, especially in the contracts which involve a sale. For this reason, the contract chosen for this research is the commercial sale, because of its commonness in people's relations.

In order to find a solution to the problem of simulation, it's necessary to conduct a wide analysis, from its beginning until its end, investigating all its components, which allows a full understanding of the institution, and then study the mechanisms to counter it, taking the doctrine as a baseline, since it's the largest source on this subject.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	2
1.1.- ELEMENTOS DE LA VOLUNTAD	2
1.1.1.- Concepto	2
1.1.2.- Discernimiento	2
1.1.3.- Intención	3
1.1.4.- Libertad	4
1.2.- DECLARACIÓN DE VOLUNTAD	5
1.2.1.- Declaración Expresa	5
1.2.2.- Declaración Tácita	6
1.2.3.- Discordancia entre la voluntad y la declaración	7
1.3.- EL CONSENTIMIENTO	9
1.3.1.- Elementos del consentimiento	10
1.3.2.- Teoría de formación del contrato	11
1.4.- VICIOS DEL CONSENTIMIENTO	12
1.4.1.- Error	13
1.4.2.- Fuerza	17
1.4.3.- Dolo	20
CAPÍTULO II	24
ELEMENTOS CONTRACTUALES	24
2.1.- DE LOS CONTRATOS EN GENERAL	24
2.1.1.- Concepto	24
2.1.2.- Capacidad	24
2.1.3.- Consentimiento	28
2.1.4.- Objeto lícito	29
2.1.5.- Causa lícita	32
2.2.- CONTRATO DE COMPRAVENTA	35
2.2.1.- Contrato de compraventa mercantil	35

2.3.- INEFICACIA DE ACTOS O DECLARACIONES DE VOLUNTAD	39
2.3.1.- Inexistencia	39
2.3.2.- Nulidad absoluta	40
2.3.3.- Nulidad relativa o rescisión	41
2.4.- RESOLUCIÓN DE CONTRATO	42
2.4.1.- Condición resolutoria tácita	42
2.4.2.- Pacto comisorio.....	44

CAPÍTULO III 46

LA SIMULACIÓN..... 46

3.1.- DEFINICIÓN DE SIMULACIÓN	47
3.1.1.- Simulación absoluta	47
3.1.2.- Simulación relativa	49
3.1.3.- Simulación lícita	50
3.1.4.- Simulación ilícita	51
3.1.5.- Responsabilidad contractual y extracontractual.....	53
3.2.- EFECTOS DE LA SIMULACIÓN	54
3.2.1.- Concepto de partes	54
3.2.2.- Concepto de terceros.....	54
3.2.3.- Efectos respecto de las partes	55
3.2.4.- Efectos frente a terceros	57
3.2.5.- Acción de simulación.....	60
3.3.- LA SIMULACIÓN EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA MERCANTIL	62
3.3.1.- La simulación en la compraventa mercantil por la calidad de las partes.....	62
3.3.2.- La simulación en la compraventa mercantil por la finalidad del contrato.....	64
3.3.3.- La simulación en la compraventa mercantil por el objeto del contrato.....	65
3.4.- LA SIMULACIÓN DENTRO DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA	67
3.4.1.- Simulación en el Ecuador	68

CAPÍTULO IV	73
FIGURAS AFINES A LA SIMULACIÓN	73
4.1.- EL FRAUDE	73
4.1.1.- Fraude a la ley.....	73
4.1.2.- Acto fraudulento y Acto Simulado	74
4.2.- ACCIÓN PAULIANA	76
4.2.1.- Diferencia entre acción pauliana y acción de simulación..	77
4.3.- FALSEDAD	78
4.3.1.- Falsedad material.....	78
4.3.2.- Falsedad ideológica	78
4.4.- COLUSIÓN.....	79
CONCLUSIONES	81
RECOMENDACIONES	87
BIBLIOGRAFIA	90

LA SIMULACION EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA MERCANTIL

INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es esclarecer en qué consiste la simulación contractual, cómo se origina, cómo se perfecciona, qué consecuencias acarrea y qué recursos pueden ser planteados cuando ésta se presenta.

Para la consecución de la presente tesis, se deberán analizar diferentes temas concernientes a la simulación que facilitarán su entendimiento y proporcionarán una solución a la misma, tales como la autonomía privada, los elementos contractuales, en especial el contrato de compraventa, la simulación en sí y todos sus componentes y las figuras similares a la simulación. De esta manera no solo se explicarán todos elementos concernientes a la simulación sino también se proporcionarán ejemplos reales de cuándo se suscita, cómo se podría evitar, cómo se debe proceder al estar frente a un contrato simulado y qué recursos o mecanismos pueden utilizar aquellas personas perjudicadas por este fenómeno.

Para el efecto se deberá ahondar los temas anteriormente señalados, en especial el de la teoría de la voluntad, junto con todos sus componentes, y como ésta se la expresa en un negocio jurídico, pues de esta manera es posible determinar cómo y por qué se simula un acto o contrato y cuáles son las consecuencias que produciría el mismo.

Finalmente se analizará a la figura de la simulación dentro del contrato de compraventa mercantil, pues es la convención con mayor cotidianidad e importancia, ya que permite que las relaciones comerciales se desenvuelvan con normalidad, y por la misma razón, es uno de los contratos con mayor susceptibilidad a ser simulado.

CAPITULO I

Teoría de la voluntad

1.1 .- Elementos de la voluntad.

1.1.1.- Concepto

La voluntad es aquella facultad del fuero interno que lleva a obrar o abstenerse, es el acto de admitir, aceptar o rechazar algo, a través de libre albedrío, propósito y determinación (Cabanellas, 2005, p. 402). Para que ésta derive en un contrato debe ser bilateral, es decir, que encuentre la voluntad de otro, y se produzca una armonía entre ambas que permita converger en un convenio, lo que no sucede si la voluntad es unilateral, por cuanto ésta se define como aquella voluntad que no encuentra otra ni puede, por tanto, formar un contrato, pues pertenece a un solo individuo y surte sus efectos por sí sola.

Para que la voluntad tenga validez jurídica y surta plenos efectos, deben concurrir tres elementos internos, a saber: el discernimiento, la intención, y la libertad. Estos elementos deben estar complementados por el único elemento externo que es la manifestación o declaración de la voluntad.

1.1.2.- El Discernimiento

Es aquella facultad o cualidad de cada persona que permite conocer y distinguir qué es bueno y qué es malo, lo justo de lo injusto, lo adecuado de lo inadecuado. Freitas define al discernimiento como la facultad de conocer en general, la facultad que suministra motivos a la voluntad en todas sus deliberaciones (Freitas, 1860-1865, art. 445).

En una definición personal, el discernimiento es aquel juicio de valor que se da a las cosas que permite percibir las y diferenciarlas entre sí.

Dentro de un acto jurídico es el primer paso que se debe tomar para obtener una declaración volitiva, pues el discernimiento permite descartar todas las opciones posibles para quedarse con aquella que finalmente será exteriorizada.

Al momento de determinar si la actuación de una persona se produjo con voluntad o no, siempre será importante remitirse al discernimiento, pues en éste se determina el por qué se decidió o por qué se optó en obrar de determinada manera, qué fue lo que llevó al sujeto a que descarte las demás opciones.

1.1.3.- La intención

Este elemento es el que mayor similitud mantiene con la voluntad misma, por lo que es necesario diferenciarlas para no confundirlas.

La intencionalidad etimológicamente proviene de la palabra “in-tendere”, que significa tender hacia. Este término es de índole filosófica que comprendía a aquella actividad consciente producida por la mente humana, esto es, mirar alguna cosa, algún objetivo, en la apreciación común del verbo entender.

Desde una percepción jurídica, la intención es el segundo elemento interno de la voluntad, toda vez que su existencia presupone la existencia de discernimiento. Esto se debe a que, primero es necesario utilizar con criterio la distinción que se hace sobre las cosas, para luego entregarles un propósito; si no existe esa distinción, es imposible que se le dé un plan o finalidad a algo que aún no se sabe, que no ha pasado por ese necesario proceso de descarte y eliminación. Por esto se puede establecer que la intención es el móvil que se le da al discernimiento, por cuanto es necesario primero utilizar el raciocinio para elegir una cosa, para luego poder darle un objetivo.

Este elemento tiene aún mayor importancia, pues permite determinar la existencia de la voluntad dentro de un acto. Si se presenta un vicio, la voluntad expresada dentro del acto será inintencional, lo que naturalmente significará que la voluntad fue sesgada, derivando inexorablemente en la nulidad de dicho acto.

1.1.4.- La libertad

Éste es el último elemento interno de la voluntad, que como tal presupone la existencia de la intención y del discernimiento. Según Santos Cifuentes, es el paso previo a la exteriorización de la voluntad, pues representa la autonomía en sí de la misma voluntad, ya que por libertad se entiende al ejercicio reflexivo de actuar, eligiendo el comportamiento que se deberá seguir. (Cifuentes, 2004, p. 127)

Justiniano define a la libertad como la facultad natural de hacer cada uno lo que se quiere, salvo impedimento de la fuerza o del derecho. (Justiniano, 533, Libro I)

Para desarrollar esta idea, es necesario hacer una distinción entre libertad moral y libertad física. Se entiende por libertad moral a aquel deseo de actuar o no, que se ve limitado únicamente por los valores y la moral de cada uno, por ejemplo un profesor desea faltar a su cátedra porque no se siente bien, pero sin embargo asiste, lo hace porque sus normas morales así le constriñen. Este tipo de libertad encuentra su limitación en uno mismo, en lo que considere que deba hacer o no, guiado a su vez por los valores y primordialmente por la moral.

La libertad física es la facultad que tiene cada persona de obrar de una manera u otra o de hacer o dejar de hacer algo, que encuentra su limitación en el Derecho. Tal como dijo Santo Tomás de Aquino, "Mi libertad empieza donde termina la de los demás". A esto debemos agregar la limitación que tenemos como seres humanos que es el Derecho, pues las normas están creadas para delimitar el comportamiento de una persona y hacerlo adecuado para una sana convivencia dentro de una sociedad.

Las afectaciones que puede tener la libertad como elemento constitutivo de voluntad, serían los mismos vicios del consentimiento, en especial la fuerza, pues es la coacción lo que coarta y puede llegar a eliminar completamente la

voluntad de una persona. La fuerza tanto física como moral tiene directa incidencia con la libertad, pues la vicia de tal forma que evita que se consiga un acto voluntario.

1.2. Declaración de la Voluntad.

Este es el elemento en virtud del cual la voluntad se exterioriza, siendo puesta en conocimiento para la otra voluntad contratante o para cualquier interesado, que viene a ser la voluntad que un Juez o Árbitro eventualmente deberán interpretar. Con la declaración, la voluntad presupone que han existido los tres elementos internos, discernimiento, intención y libertad, y que éstos han concurrido sin haber sido viciados de forma alguna, estando sujetos a prueba en contrario.

La declaración de voluntad es aquella manifestación o exteriorización de la voluntad destinada a producir efectos jurídicos (Cabanellas, 2005, p.110).

Un acto común y corriente se vuelve jurídico, cuando derivan de él consecuencias jurídicas. La declaración de la voluntad es lo que perfecciona al acto jurídico, pues con ella se determina la finalidad que tendrá el acto, y en el caso de que dicho acto persiga ciertos efectos jurídicos deseados por el agente que lo realiza, o aquellos establecidos en la ley, se convertirá en un negocio jurídico.

Para el efecto, la declaración de la voluntad deberá ser hecha de manera expresa, o tácita, según lo requiera el declarante o la ley.

1.2.1.- Declaración Expresa

Es aquella que se manifiesta verbalmente, por escrito o por otros signos inequívocos con referencia a determinados objetos. Por lo general, esta declaración se la plasma en un documento, ya sea privado o público, que toma el nombre de convenio, pues crea, modifica o extingue derechos y

obligaciones; o de contrato, que viene a ser una forma específica de convenio que únicamente crea derechos y obligaciones.

Sin embargo, la declaración de la voluntad muchas veces se la realiza de manera verbal, como sucede en los contratos consensuales, es decir, en aquellos que se perfeccionan con el acuerdo y consentimiento de las partes, como la compraventa. Por el contrario, los contratos solemnes, que son aquellos que nacen después de que concurren ciertas formalidades establecidas en la ley, y los contratos reales, que son aquellos que se perfeccionan con la tradición de la cosa, necesariamente requieren que la voluntad de los contratantes sea declarada en la forma que la ley predetermina, sin dejar lugar a que sea de manera verbal, puesto que la inobservancia de las formalidades, o del objeto del contrato, repercute directamente sobre la existencia y eficacia del mismo.

1.2.2.- Declaración Tácita

Es aquella que se manifiesta a través de actos por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad en los casos en que no se exige una expresión positiva o cuando no hay declaración expresa contraria.

Los actos deben ser exteriores y no debe existir lenguaje o algún medio en el que la voluntad sea manifestada de forma expresa. Este tipo de declaración generalmente se produce en contratos de tracto sucesivo, que se renuevan por sí solos cada cierto tiempo, y de no existir una declaración en contrario, se entiende que la voluntad es aceptar la renovación del contrato.

De igual manera, existen en nuestra legislación contratos como el mandato o la comisión, en la que se puede producir una declaración de voluntad tácita, pues en ambos casos el mandatario o comisionista, al ejecutar la actividad que se les encarga, sin antes expresar su consentimiento, inequívocamente se entiende que lo aceptan, siendo ésta su voluntad, que a pesar que no se la manifestó de manera expresa, los actos realizados nos permiten saber qué es lo que desearon hacer.

1.2.3.- Discordancia entre la voluntad y la declaración

Cuando la voluntad reúne sus elementos internos y finalmente es declarada, ya sea de manera expresa o tácita, puede darse el caso de que al momento de ser exteriorizada, el acto de declaración difiere de la voluntad.

En el caso de una declaración expresa, al momento de plasmarla en un contrato, el texto del mismo puede estar sujeto a diferentes interpretaciones que difieran de la voluntad de una o ambas partes, de la misma manera, se pueden establecer cláusulas que por su naturaleza, sean ajenas a lo deseado por él o los contratantes. Si bien es cierto, cuando se suscribe el contrato, se entiende que en él se encuentra la voluntad de sus contratantes, sin embargo, cuando la voluntad expresada en el contrato difiere de la voluntad interna o voluntad negocial, es decir, del verdadero deseo y determinación del sujeto, se debe entrar en un proceso de interpretación, para determinar qué es lo que prevalece, si la voluntad que se manifiesta en el contrato, o la voluntad interna del contratante.

Al diferir la voluntad expresada en el contrato de la voluntad interna del contratante, se da pie para que el contrato adolezca de simulación o de algún vicio del consentimiento, pues se desconoce si el deseo que llevó a una parte a suscribir el contrato, es perjudicial a un tercero, de igual manera, no se sabe si al momento de supuestamente positivizar la voluntad en el texto contractual, se utilizó engaño o mala fe, por lo que es imperativo conocer qué se puede hacer cuando la voluntad no armoniza con la declaración.

Ante esto, existen dos corrientes, una que propone que la intención de las partes prevalece sobre lo escrito, y la otra, que lo escrito tiene prevalencia sobre lo deseado, la primera es la teoría clásica de la voluntad, y la segunda es la teoría declaracionista.

1.2.3.1.- Teoría clásica de la voluntad

Propone que dentro de un contrato lo que prevalece es lo querido, la voluntad es lo primordial y la declaración tiene un valor meramente instrumental.

Su principal tratadista es Savigny, que promulgaba que el origen íntimo y verdadero de toda vinculación contractual, es la voluntad de las partes. El contrato implica el concurso de dos voluntades internas y son éstas las que deben ser objeto de interpretación; todo lo que las acompaña, llámense textos, palabras o lenguaje, son únicamente medios en virtud de los cuales se dan a conocer. La declaración sólo sería una cuestión formal, accidental.

Por lo que si surge alguna controversia, la labor del Juez, en aras de la justicia, sería desentrañar y exhumar la verdadera voluntad de los contratantes, reconociéndola y obligando a que sus efectos sean cumplidos.

Nuestra legislación adopta esta teoría y la recoge en el Código Civil, en su art. 1576, que establece: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.” Este artículo claramente indica que para los contratos en general, lo importante es que se cumpla la voluntad de las partes, y únicamente en el caso de existir una duda, se debe buscar cual fue la voluntad interna, por encima de lo que las palabras indican.

1.2.3.2.- Teoría declaracionista

En esta teoría se maneja la premisa de que la intención o voluntad íntima es inaccesible a los terceros y no puede ser la base de un negocio jurídico, que por ser fuente de derechos y obligaciones, quizás gravosas, debe tener un fundamento concreto, seguro y serio, condiciones que no podían encontrarse en la simple intención.

Esta corriente tiene como mayores exponentes a Kohler y a Thon, quienes concuerdan en que el contrato no puede surgir sino únicamente de la

coincidencia de las voluntades declaradas, y son éstas las únicas que son puestas en conocimiento y apreciación de las partes. (Anónimo, s.f.)

A su vez, con el fin de tener negociaciones más seguras, resulta imposible que se determinen las voluntades internas de cada parte, vertidas en cada contrato, por lo que resulta más simple y efectivo, acogerse únicamente al tenor literal de las cláusulas establecidas en el contrato.

1.2.3.3.- Teoría ecléctica

Con el pasar del tiempo y al mantenerse la disputa entre que debe prevalecer al momento de interpretar un contrato, si la voluntad o la declaración, los tratadistas desarrollaron una corriente que acoja lo primordial de ambas teorías principales que convergió en una teoría mixta que se maneja por parámetros armónicos, pues se sostiene que debe prevalecer la voluntad interna, real y efectiva de las partes, pero que, por excepción deberá prevalecer la declaración en dos casos: 1. Cuando la divergencia es imputable a culpa de quien emite la declaración y, 2. Cuando la parte destinataria de la declaración haya procedido de buena fe y lo exija la seguridad del comercio.

1.3.- Consentimiento

El consentimiento es la expresión de la voluntad de las partes acorde con el objeto y el precio, el mismo que no debe adolecer de ninguno de los vicios llámese error, fuerza o dolo. (Bonivento, 1997, p. 224)

El contrato, sea cual fuere su forma de celebración, requiere de consentimiento, que se produce bajo el principio de autonomía de la voluntad.

Para que tenga validez el consentimiento, debe contar con dos elementos, la oferta y la aceptación.

1.3.1.- Elementos del consentimiento.

1.3.1.1.- La Oferta

Es la declaración de voluntad en virtud de la cual se propone la celebración de un contrato, el cual debe contener todos los elementos esenciales, tales como el precio de los productos o servicios, el plazo de duración de la oferta y los demás requisitos propios del mismo. En sí, la oferta representa una proposición de intercambio, ya sean bienes o servicios que requieren de la aceptación del ofertado para que exista el consentimiento de ambas partes y así formar un contrato. Si se pretende formar un contrato mercantil, la oferta deberá contener necesariamente una retribución económica para al menos una de las partes, mientras que en los contratos civiles, esta característica no es indispensable.

La oferta se divide en dos etapas, en la de conformación de la oferta, y en la etapa posterior a la conformación de ésta. La primera tiene como objetivo delinear la oferta, con la finalidad de configurarla definitivamente, y de igual manera, formar un antecedente valioso para la vida, desarrollo e interpretación de los contratos. (Gherzi, 1998, p. 434)

La etapa posterior a la conformación de la oferta, tiene lugar cuando ya tomó forma la proposición, es decir, se fijaron los elementos principales con los que contará la oferta, como el precio, el objeto y el plazo, de igual manera se estableció la persona o personas que serán las receptoras de la oferta y quienes deberán aceptarla o rechazarla.

Sin embargo cabe indicar que la oferta puede retirarse, si es que ésta no ha sido aceptada en el plazo señalado, o si el oferente ha dejado de existir, conforme lo recoge nuestro Código de Comercio en los artículos 143 y 144. Este acto no acarreará indemnización alguna pues no se ha perjudicado al receptor de la oferta.

Existen tres maneras de realizar la oferta:

- Directa: la persona que realiza la proposición, lo hace en persona, es decir frente a frente con la otra parte.

- **Expresa:** No hay vínculo directo entre oferente y aceptante, sin embargo la declaración de voluntad se la hace a través de un medio inteligible. Por ejemplo a través de la prensa se pone un bien en venta.
- **Tácita:** Esta proposición no se da a conocer de manera expresa y está realizada de manera general, esto es, sin especificar quien va a ser el aceptante. Se entiende que existe la oferta, y cualquier persona puede aceptarla o no, y quien lo haga se convierte en la contraparte contratante. Por ejemplo en una tienda, los productos se entienden ofertados, y el consumidor decide aceptar la oferta en determinados productos o no.

1.3.1.2.- La Aceptación

La aceptación de una oferta es la manifestación de consentimiento del destinatario con los términos en que ha sido formulada aquélla y de la manera propuesta o autorizada por el oferente. La oferta y la aceptación deben ser complementarias: la aceptación no concurre a la perfección del contrato más que cuando es conforme con la oferta. En el caso contrario, no se estaría en presencia de una aceptación, sino de una oferta nueva o contraoferta, modificada y negociada por las partes, que a su vez debe ser aceptada.

Existen dos formas de realizar la aceptación:

- **Expresa:** Cuando se formula de palabra o por signos equivalentes, para el efecto, el destinatario puede utilizar medios tecnológicos como el correo, correo electrónico o teléfono, y tendrán completa validez, pues es una representación de la declaración de la voluntad del aceptante.
- **Tácita:** cuando se infiere a acciones o hechos que permiten presumir que son la manifestación de la voluntad.

1.3.2.- Teorías de formación del contrato

Para completar el análisis de la oferta y su aceptación es necesario determinar el momento en que se forma un contrato, pues al respecto existen diferentes corrientes.

- Teoría de emisión o declaración: Según esta teoría el contrato se considera perfecto desde el instante en que el aceptante emite su declaración de voluntad.
- Teoría de la remisión o expedición: El contrato se perfecciona cuando se acepta la oferta y se da remisión de dicha aceptación al oferente, pues se considera que al dejar de situarse tal declaración en la esfera de acción del aceptante y trasladarse a la esfera del oferente, el aceptante ya ha hecho todo lo que estaba en sus manos para dar nacimiento al contrato.
- Teoría de la información o recepción: La aceptación se produciría en este caso tras la aceptación, remisión y llegada de ésta última al ámbito donde el oferente realiza su actividad sea a la empresa, domicilio, etc., sin que sea necesario su conocimiento.
- Teoría del conocimiento: Exige la aceptación del destinatario, así la remisión, llegada al ámbito del oferente de la misma y, además que éste último tenga conocimiento de ello.

(Alcaide de la Fuente, 2009)

Nuestra legislación se inclina por la teoría de emisión o declaración, pues el Código de Comercio, en su artículo 145 manifiesta lo siguiente:

Dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y surte todos sus efectos legales, a no ser que antes de darse la respuesta ocurra la retractación, muerte o incapacidad legal del proponente; salvo lo dispuesto antes sobre indemnización de gastos, daños y perjuicios. (Código de Comercio, 1973, art. 145)

1.4.- Vicios del consentimiento

Como se estableció antes en la definición de consentimiento, la validez y eficacia de éste se ve condicionada a la no existencia de vicio alguno, pues de

lo contrario, todo el proceso de declaración de voluntad se ve afectado, convirtiendo al acto jurídico en nulo.

Los vicios de consentimiento son el error, la fuerza y el dolo, aunque algunos tratadistas incluyan la lesión enorme, por lo comúnmente aceptado, y de acuerdo con nuestra legislación, los vicios únicamente son los primeramente enunciados.

1.4.1.- Error

Se entiende por error al falso juicio o percepción que se tiene sobre la realidad de una cosa, hecho, persona o precepto jurídico.

1.4.1.1.- Error de Hecho

Es aquella equivocación o desacierto proveniente de un conocimiento imperfecto sobre las personas o cosas y acerca de si se ha producido o no un acontecimiento. El error de hecho vicia el consentimiento, siempre y cuando se trate de un error excusable, es decir que no sea imputable a la culpa, imprudencia o ignorancia del que lo sufre.

El error de derecho se divide en: error esencial, error substancial y error accidental.

1.4.1.1.1.- Error Esencial

También llamado error obstáculo u obstativo. Nuestro Código Civil lo consagra en el artículo 1469: “El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra...” “...o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata...”. (Código Civil, 2005, art. 1469)

De esto se desprende que existe error esencial cuando:

- El error se basa en la especie del acto, es decir, una parte entiende que está celebrando un acto, mientras que la otra supone que está

celebrando uno diferente, así nos da el Código Civil un ejemplo, que indica que una parte puede entender que el acto es un empréstito, cuando en realidad es una donación.

- De igual manera se basa en la identidad de la cosa u objeto del negocio. Esto acontece por ejemplo cuando una parte, dentro de un contrato de compraventa entiende que compra un bien determinado, mientras que la parte vendedora entiende enajenar un bien diferente al pensado por el comprador.
- Finalmente existe error esencial cuando éste recae sobre la causa o motivo jurídico del acto, cuando por ejemplo un heredero que basándose en el testamento, se obliga a pagar un legado, cuando el testamento en realidad había sido revocado en esa parte.

Este tipo de error, por recaer sobre la esencia de la cosa y dar un destino a la voluntad del contratante totalmente diferente a la deseada, viciando su consentimiento, acarrea consigo nulidad absoluta, es decir, el acto o contrato queda sin efecto en todas sus partes.

1.4.1.1.2.- Error Substancial

Existe error en la substancia cuando la cosa objeto del acto jurídico es de una materia distinta de la que se cree. (León, 1963, p. 226) Nuestro Código Civil lo recoge en el primer inciso de su artículo 1470 y da un claro ejemplo de este vicio del consentimiento que facilita su comprensión:

El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante. (Código Civil, 2005, art. 1470)

En este artículo no únicamente se refiere a la substancia del objeto materia del contrato, sino también a la calidad esencial de la cosa, que puede representar un problema por ser un término subjetivo, sin embargo, si nos remitimos al

origen de este término implementado al error substancial, se simplifica su entendimiento. Domat, al respecto, manifestó que el error sobre la substancia es un error sobre las cualidades, pero todo error sobre las cualidades no es substancial, pues para que lo sea es necesario que recaiga sobre una cualidad principal, y es la intención de las partes la que decide qué cualidad es esencial y cual no. (Domat, 1869 a 1877, p. 46)

Esta idea completa al Código Civil francés que únicamente indicaba que el error es aquel que recae sobre la substancia misma de la cosa, sin referirse a las cualidades de ella.

Pothier por su parte señaló que el error anula la convención no sólo cuando recae sobre la cosa misma, sino igualmente cuando recae en la cualidad de la cosa, tenida principalmente en cuenta por los contratantes y que constituye su substancia. (Pothier, 1761, capítulo I, sección I)

En resumen, se puede determinar que existe error substancial en los siguientes casos:

- Cuando hay error en la substancia del objeto sobre que versa el acto o contrato o sobre la calidad esencial de ese objeto.
- Cuando hay error sobre otra calidad del objeto, si ha sido esa calidad el principal motivo de una de las partes para contratar y esa circunstancia ha sido conocida de la otra parte.
- Cuando hay error sobre la persona con quien se desea contratar, si el acto se celebra en consideración a dicha persona, como sucede en los contratos Intuito Persona.

La existencia de un error substancial, acarrea consigo que el acto o contrato adolezca de nulidad relativa, que debe ser solicitada a petición de parte y demostrarse por parte del actor, la calidad que lo motivó y sobre la que recae el error para realizar el contrato.

1.4.1.1.3.- Error accidental

Es aquel error que se tiene sobre alguna calidad del contrato, siempre que ésta no sea la calidad esencial o substancial y que ésta no sea la calidad por la cual se celebra el mismo. El Código Civil de Andrés Bello, en su artículo 1454 en el segundo inciso indica: “el error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte. (Bello, 1857, art. 1454)

Nuestro Código Civil recoge textualmente este precepto en el segundo inciso del artículo 1470, por lo cual, nuestra ley no considera como vicio del consentimiento al error accidental, con la salvedad antes señalada. (Código Civil, 2005, 1470)

Un ejemplo de error accidental, que puede darse de manera muy frecuentemente, es en las compraventas en las que no se establecen los parámetros para la entrega del mismo, pues se compra un bien, y éste llega por partes, o llega en dos momentos diferentes, lo cual no nulita el contrato, pues el comprador está recibiendo el bien por el que pago y el vendedor de igual manera, cumple con la entrega del bien, pero ambas partes obran de buena fe, sin embargo entendieron de manera diferente cómo sería entregado el bien, por lo que el contrato continúa gozando de validez.

1.4.1.2.- Error de Derecho

Es aquella equivocación que se tiene sobre un precepto jurídico y por tal razón no vicia el consentimiento. Esto se debe al principio general de derecho, tomado del derecho romano que indica que la ley se reputa conocida por todos, pues de lo contrario se perdería su carácter de obligatorio y todo aquel se excusaría de su cumplimiento alegando desconocimiento.

Al respecto nuestra norma claramente manifiesta: “El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.” (Código Civil, 2005, art. 1468)

1.4.2.- La Fuerza

El concepto de este término denota vigor, energía y robustez, pero desde un punto de vista jurídico, la fuerza puede ser tomada como herramienta del Derecho para hacer cumplir la ley; o como aquella presión física o moral utilizada por una persona para limitar o extinguir la voluntad de otra, induciéndola a prestar su consentimiento en un acto jurídico, contraponiéndose con el derecho y la ley.

Esta última acepción es la que compete a la presente investigación, por cuanto se toma a la fuerza como vicio del consentimiento, que deriva en que una persona no puede manifestar su voluntad de la forma deseada, o manifieste lo que aparenta ser su voluntad, pero únicamente es el producto de la coacción de la que es víctima.

Avelino León (1963, p. 253) la define como el constreñimiento ejercido sobre la voluntad de un individuo, mediante coacción física o amenazas, que le producen un temor tal que le obliga a consentir un acto jurídico que no desea. La presión en la voluntad puede ejercerse mediante la amenaza de un mal futuro, o bien por un maltrato o sufrimiento físico actual.

Existen distintos tipos de fuerza como lo son la violencia, la fuerza física y la fuerza moral, el temor reverencial y la fuerza mayor; y desde el punto de vista del efecto de la fuerza, se distingue a la fuerza absoluta y a la relativa.

1.4.2.1.- La fuerza física y la violencia

La mayoría de tratadistas consideran a estos términos como sinónimos. Ospina Fernández y Ospina Acosta (2005, p. 218) definen a la fuerza física como toda coacción material sobre la persona de la víctima, como los maltratos, la tortura el secuestro, el hipnotismo, entre otras.

El sentido que se le da a la fuerza física es el comúnmente acogido en la mayoría de sistemas jurídicos, pues viene a ser sinónimo de violencia; sin

embargo, hay una corriente que hace una diferencia entre estos dos términos, entregándole un mayor nivel de gravedad a la violencia. Este corriente define a la fuerza física como aquel temor de una persona por recibir una afectación física, sin que ésta se materialice, es decir, amenazas con causar daños físicos, por ejemplo, un padre le dice a una persona que si no se casa con su hija, le rompería las piernas. A su vez, señala como violencia a aquellos daños físicos producidos a una persona, es decir, materializar la fuerza física. Finalmente se define a la fuerza moral como aquellas amenazas psicológicas, tomando el ejemplo anterior, sería que se le dice a una persona, que si no se casa con su hija, lo despediría del trabajo.

Sin embargo estas acepciones que se les da a la fuerza física, a la moral y a la violencia, no cuentan con mayor acogida dentro de las legislaciones, pues se confunde a la fuerza moral y física, complicando su diferenciación. Cabe tomar en cuenta que es más simple encasillar todo tipo de amenaza, ya sea que ésta represente daños físicos o únicamente psicológicos para la víctima, dentro de la fuerza moral.

Nuestro Código Civil (2005, art. 1472) prescribe al respecto:

La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave.

1.4.2.2.- Fuerza moral

Consiste en amenazas encaminadas a intimidar a la víctima y a crear en su ánimo la resolución de consentir en el acto jurídico para librarse del mal con que se la conmina, como lo son las amenazas de muerte, el secuestro de un pariente o la destrucción de la propiedad de la víctima entre otros.

Este tipo de fuerza vicia naturalmente el consentimiento, pues la persona que la recibe, se ve obligada a expresar su voluntad de manera muy diferente a lo que su intención y discernimiento le mandan, con el fin de salvaguardar un eventual daño causado por quien ejerce la coacción. El comportamiento de la víctima está subyugado a los deseos del coaccionante, por lo que no es su voluntad interna la que expresa, sino que es la voluntad deseada o la voluntad propia de quien ejerce la fuerza. Esta voluntad carece de libertad y espontaneidad al momento de ser emitida, por lo que el acto adolece de nulidad inexorablemente.

1.4.2.3.- Fuerza Absoluta

Es aquel tipo de fuerza que aniquila por completo la voluntad. La intensidad de la fuerza tiene que ser de tal magnitud que la víctima no pueda expresar su voluntad en lo más mínimo, como cuando es víctima de una tortura o hipnotismo. La voluntad que ésta expresa viene a ser la misma que la del ejecutor de la fuerza. Para que exista la anulación completa de voluntad, debe necesariamente ejercerse una fuerza física, pues las amenazas no son capaces de lograr este efecto. Si se trata de fuerza moral, la víctima aún tiene una opción, de sucumbir ante las amenazas incoadas en su contra, o hacer caso omiso de ellas. De cualquier forma el acto se encuentra viciado de nulidad, sin importar que en el caso de amenazas aún se pueda ejercer la verdadera voluntad de la víctima, si éste así lo solicita, puede alegar que su actuación se debió a las amenazas que recibió.

1.4.2.4.- Fuerza Relativa

Este alcance de la fuerza representa que existe un remanente de la voluntad, pues ésta fue sujeta de amenazas, sin que se extinga por completo la voluntad. Como ya se indicó antes, en este caso la víctima fue privada de la libertad de decisión requerida por la ley para el ejercicio de su voluntad, pero aún tiene la posibilidad de ejercerla, toda vez que ésta únicamente basarse en amenazas y no en actos materiales, no aniquiló por completo la voluntad.

1.4.2.5.- Temor Reverencial

Es aquella fuerza que mueve a una persona a realizar un acto debido a la sumisión y respeto que tiene sobre terceras personas como lo son los ascendientes. Esta clase de fuerza no es suficiente para invalidar el acto, pues no tiene una naturaleza injusta o ilegítima y a pesar que la voluntad del sujeto no haya sido completamente libre, la intimidación que le motivó a actuar no proviene de conductas contrarias a derecho o a la ley. El Código Civil (2005, art. 1472) al respecto se manifiesta en el mismo artículo antes citado: “El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.”

1.4.2.6.- Fuerza Mayor

Es aquel hecho que es consecuencia del comportamiento del hombre que no puede ser previsto ni tampoco puede ser evitado. Este tipo de fuerza tiene importancia, pues exime a una parte contractual de cumplir con sus obligaciones, liberándolo así de responsabilidad e indemnizaciones. Por ejemplo, se contrata a una empresa para cumplir un servicio determinado, sin embargo, en el día previsto se produce una huelga que impide el desarrollo del negocio. La empresa se ve protegida por la ley para efectos de responsabilidad. Cabe indicar que en este tipo de casos, la fuerza mayor generalmente está estipulada en el contrato así como el caso fortuito.

1.4.3.- El dolo

Es aquella intención positiva de hacer daño. Es toda maquinación, trampa, artificio o astucia encaminado a sorprender a la víctima y a provocar que ésta exprese su voluntad de la manera deseada por quien comete el engaño. Esta conducta provoca que la persona que se ve afectada por el dolo yerre en el acto jurídico, sin embargo el vicio del consentimiento no será el error, pues éste presume que las partes actúan de buena fe, si existe mala fe y una parte actúa a sabiendas de inducir a un error a la otra, lo que viciará la voluntad será únicamente el dolo.

Nuestro Código Civil (2005,art. 1474) establece:

El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado.

En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el valor total de los perjuicios, y contra las segundas, hasta el valor del provecho que han reportado del dolo.

De esto se puede abstraer que existen diferentes tipos de dolo, y la doctrina de igual manera enseña que podemos dividirlo en tres tipos, el dolo dirimente, el dolo incidental y el dolo tolerado.

1.4.3.1.- Dolo Dirimente

Es el dolo que representa al vicio de la voluntad, pues tiene como consecuencia la nulidad del acto jurídico. Lo podemos encontrar en el primer inciso del artículo anteriormente transcrito, es decir que debe reunir dos elementos, que sea por una de las partes, y que este dolo sea determinante para la creación del acto o contrato.

Estas condiciones son necesarias para que exista el dolo dirimente y para que posteriormente genere las consecuencias antes mencionadas. Si el dolo fuere causado por un tercero, el acto es válido y debe ser mantenido. No sucede como con la fuerza, que cualquiera puede ejercerla y así se produciría la nulidad del acto, en el dolo es necesario que sea una de las partes contratantes, a no ser que quien ejerza el dolo lo haga con complicidad de un contratante, pues de esta forma, el dolo no solo lo ejerce un tercero, sino que se extiende para la parte contratante también.

La segunda condición se refiere a que el dolo debe ser determinante para la realización del acto. El dolo debe ser la causa del contrato, y ante esto la parte víctima debe evidenciar de cómo su contraparte empleó este ánimo de engaño,

y que sin estas maniobras no hubiera llevado a cabo el acto. (Planiol y Ripert, 1998, Tomo V, p. 56)

Este tipo de dolo tiene directa incidencia en la causa del acto, pues debe ser el móvil por el cual la víctima procede a celebrar un acto que, de no haber mediado el dolo, jamás habría ocurrido. Si el dolo no se produce sobre la causa del contrato, sino sobre cláusulas perjudiciales para el agente, el acto no será susceptible de nulidad, sin embargo se constituye a través del dolo una fuente de obligación para indemnizar los perjuicios causados en su contra.

1.4.3.2.- Dolo Incidental

Es aquel que interviene en la formación de un acto jurídico, sin reunir las condiciones necesarias para configurar el dolo dirimente. Esto sin embargo, no quiere decir que el dolo incidental sea insignificante para el Derecho, pues si bien es cierto, no nulita el acto, produce una obligación de indemnizar a la víctima por los daños irrogados a su persona. Así lo expresa nuestro Código Civil en el segundo inciso del artículo anteriormente citado. Este inciso indica que no solo se podrá demandar una indemnización de daños en contra de quien o quienes causaron el daño, sino también a quienes se beneficiaron de ello.

La indemnización que debe ser cancelada a la víctima encuentra su fundamento en el principio general del derecho que manifiesta que nadie puede beneficiarse de su propio dolo, y en este caso, el dolo representa un delito civil, en virtud de la responsabilidad civil que se genera, por lo que se toma al delito como fuente de la obligación de quien actúa con engaños para con el agente. Sin embargo, este principio no es aplicable para aquellos que se benefician de un dolo ajeno, puesto que ellos no son quienes utilizaron artificios y engaños para su actuar, sin embargo igual se genera una obligación para con la víctima, toda vez que éste puede reclamar el provecho obtenido por quienes se beneficiaron del dolo, no a través de una acción indemnizatoria, sino en una acción fundamentada en el enriquecimiento ilícito de ellos.

1.4.3.3.- Dolo Tolerado

Es también llamado dolo indiferente, y tiene su origen como las demás instituciones del derecho, en el derecho romano, así pues señalan Ospina Fernández y Ospina Acosta (2005, p. 208), que los jurisconsultos romanos diferenciaban el dolo malo, es decir los artificios y engaños encaminados a perjudicar a una persona, y el dolo bueno o “dolus bonus”, que era empleado para defender un interés legítimo, principalmente en contra de un ladrón o enemigo.

Si bien es cierto, nuestra legislación no consagra este tipo de dolo, pues la utilización de un dolo “bueno” únicamente traería confusión e inseguridad jurídica, es posible hablar de un dolo tolerado o indiferente, que tiene lugar generalmente en el comercio, ya que, debido a que éste es tan volátil y vive en constante desarrollo y evolución, da lugar a que se susciten prácticas artificiosas que son de uso ordinario y no representen un daño para otra persona ni para la sociedad como tal, como sucede por ejemplo en las compraventas informales, en las que el vendedor en algunas ocasiones toma ventaja de la necesidad del comprador e incrementa ostensivamente el valor del producto y el comprador a pesar de esto lo adquiere, lo que indica que éste último, a pesar de que es víctima, ha obrado a sabiendas, o al menos, con imprudencia y descuido de tal magnitud que su falta neutraliza el dolo del contratante.

CAPITULO II

Elementos contractuales

2.1 .- De los contratos en general.

2.1.1.- Concepto

Según Guillermo Cabanellas citando a Savigny, (Cabanellas, 2005, p. 89) contrato es el concierto de dos o más voluntades sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus relaciones jurídicas.

Desde un punto de vista más convencional, el contrato constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones.

La definición de contrato que nos otorga el Código Civil se la encuentra en el artículo 1454: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”

Para unificar estas definiciones y dar una definición personal, puedo señalar que el contrato es el convenio en virtud del cual dos o más partes declaran su voluntad, generando así obligaciones para sí o para el resto y que para su validez y existencia debe contar con ciertos requisitos, como son: la capacidad de los contratantes, el consentimiento de ambas que no adolezca de vicio alguno, el objeto y causa lícitas, y en algunos casos, las formalidades establecidas por la ley.

2.1.2.- Capacidad

Es la aptitud que se les atribuye a las personas para ser titulares de derechos y obligaciones. Nuestra ley la concibe de la siguiente manera: “La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra. Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces.” (Código Civil, 2005, art. 1461, 1462)

La capacidad es un atributo de la personalidad jurídica, ya que la aptitud para convertirse en titular de derechos y obligaciones es precisamente la que permite que un ente pueda entrar a formar parte de la categoría de sujeto de derecho. Asimismo, se señala que existe un doble significado de capacidad, el primero lo considera un atributo de la personalidad jurídica, pues representa la aptitud para convertirse en titular de derechos y obligaciones, mientras que el segundo indica que la capacidad ya no es un atributo de todas las personas o sujetos de derecho, sino un requisito para la validez de los actos jurídicos realizados por ellos. (Ospina F. y Ospina A., 2005, p. 86)

La capacidad al ser un atributo de la personalidad, la gozan todas aquellas que la ley no considera incapaces, por lo que es necesario determinar quiénes son incapaces.

2.1.2.1.- Incapacidad

Debido a que según la ley, todas las personas son capaces, salvo que sea declarada incapaz, la situación normal de cada sujeto es que sea capaz, y la incapacidad viene a ser una excepción a esta regla. Ante esto, la ley consagra tres tipos de incapacidades, una considerada absoluta o general, otra parcial o relativa y finalmente la incapacidad especial o particular.

2.1.2.1.1.- Incapacidad Absoluta o General

Esta incapacidad, priva a las personas comprendidas dentro de ella a que contraigan obligaciones y ejerzan derechos, y por lo tanto que sus actos, no surtan efecto alguno so pena de nulidad absoluta.

Cada sistema jurídico señala y enumera quienes son incapaces absolutos, el nuestro, los consigna en el art. 1463 de la norma 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.” (Código Civil, 2005)

Se considera como demente a los imbéciles o carentes de raciocinio, a los locos y en general a los que carecen de cordura. Estas personas obtienen la calidad de incapaces por sentencia judicial, y sus actos no tendrán validez debido a que por la ausencia de las capacidades cognitivas que adolecen, podrían ser abiertamente perjudicados en los contratos que suscriban.

Los impúberes son aquellos menores que aún no llegan a la pubertad, este límite se aplica para los menores de doce años para las mujeres, y de catorce años para los varones.

Los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, son incapaces absolutos, ya que no pueden expresar su voluntad de ningún modo. Si pudieran darse a entender por escrito, su voluntad se declararía por este medio, sin embargo, la ignorancia o falta de educación, y la discapacidad del sujeto, configuran esta forma de incapacidad, con el fin de proteger sus derechos e intereses.

2.1.2.1.2.- Incapacidad relativa o parcial

Esta incapacidad, impide que las personas que la adolezcan, ejerzan derechos y contraigan obligaciones en ciertas circunstancias, dejando así una alternativa para que sus actos tengan valor bajo ciertas características determinadas por la ley. Así lo establece el segundo inciso del artículo señalado anteriormente:

Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. (Código Civil, 2005, art. 1463)

Se considera menor adulto a aquel varón o mujer mayores de doce años, que en ambos casos deben ser menores de dieciocho. Para que se aplique esta incapacidad, los menores deben encontrarse bajo la patria y potestad de sus

padres, es decir, no deben estar emancipados, pues en este caso, los actos ya no se realizarán a través de su representante sino únicamente con autorización de él. De igual manera esta condición de incapacidad termina con la mayoría de edad de los menores.

Interdictos son quienes no pueden ejercer la administración de sus bienes. Para el efecto se necesita una sentencia que así lo disponga. Esta resolución tiene un fin proteccionista y se incluye a los dilapidadores, ebrios consuetudinarios, quebrado o insolvente y al condenado a reclusión mayor ordinaria o extraordinaria. (Merlo, s.f.)

De acuerdo con la ley ecuatoriana, la persona jurídica, es:

Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones, y fundaciones de beneficencia pública. Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter. (Código Civil, 2005, art. 564)

Por lo tanto, se puede indicar que la persona jurídica, o también llamada persona moral, goza de los atributos de la personalidad, es decir, nombre, domicilio, capacidad, patrimonio, nacionalidad, sin tomar en cuenta al estado civil. Estos atributos, con los que también contamos las personas naturales, con la diferencia que para su ejercicio, necesita de una persona natural que sea su representante legal, para que obligue a la persona jurídica y ejerza derechos a favor de ella.

2.1.2.1.3.- Incapacidad especial o particular

El último inciso del art. 1463 del Código Civil (2005), al respecto manifiesta: “Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.”

Aparte de las personas absoluta o relativamente incapaces, la ley consagra en dispersos pasajes, a determinadas personas que son incapaces para realizar actos específicos. Esto debe ser visto desde dos aristas, por un lado, desde el punto de vista del acto, esta prohibición no es extensiva a todas las personas, por cuanto el acto jurídico a realizarse es lícito en sí mismo, y por tanto es ejecutable por cualquier persona que goce de capacidad general, pero que excepcionalmente queda prohibido respecto de ciertas personas. Mientras que desde el punto de vista de las personas, se debe entender a la incapacidad especial como una prohibición que se la atribuye a cierta persona por tener una calidad determinada, es decir, por ser tutor, curador, o querer ser agente de comercio, debe contar con características atribuibles solo a sí mismo.

Un claro ejemplo de incapacidad especial, lo podemos encontrar en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), que en su art. 62 establece que personas son inhábiles para celebrar contratos con el Estado, dentro de las cuales se encuentra el Presidente de la República, el Vicepresidente, los Ministros, entre otros. De igual manera, en nuestro Código Civil y en el Código de Comercio se encuentran varias incapacidades especiales, como por ejemplo, la incapacidad de un guardador de contraer matrimonio con el menor, o del tutor de comprar o ser arrendatario de bienes del pupilo; en tanto que en el campo mercantil, existen incapacidades especiales para ser comerciante, corredor, martillador, negociar en bolsa, entre otras.

2.1.3.- Consentimiento

Para la formación de contrato, la ley establece como segundo requisito, que el acto o declaración debe ser con consentimiento, y que este no debe adolecer de vicios.

Todo aquello concerniente al consentimiento fue explicado en el capítulo anterior.

2.1.4.- Objeto lícito

Para la perfección de un acto jurídico o contrato, debe concurrir, un objeto o finalidad, que a su vez debe ser lícita, es decir, no debe contravenir norma alguna, ni debe ser contraria a la moral o buenas costumbres, es decir, debe ser un fin conforme a derecho. Según Guillermo y Eduardo Ospina, debe existir en cada acto, un objeto genérico y uno específico. El primero comprende la intención de participar en la regulación de las relaciones sociales, en virtud de la autonomía de la voluntad, es decir, en crear, modificar o extinguir obligaciones. (Ospina F. y Ospina A., 2005, p. 244) El objeto específico por su parte, es aquella finalidad propia de cada contrato, es decir, los efectos que causarán los contratos, ya sea por voluntad de las partes o por imperio de la ley. Por ejemplo, en un contrato de compraventa, el objeto es transferir el dominio de un bien determinado a cambio de un precio, o en el contrato de mutuo, que la finalidad es la entrega de un bien fungible con cargo a que sea restituido ya sea en género o especie.

Doctrinariamente, se conocen tres requisitos que deben concurrir para la existencia y validez del objeto, éstos son que sea posible, que sea determinado, y que sea lícito.

2.1.4.1.- Posibilidad del objeto

Si una cosa no existe, o es imposible, no puede obligar a nadie. La imposibilidad debe ser absoluta e invencible, es decir, para que la obligación se vea anulada, la cosa objeto del contrato no debe existir, ni tener posibilidad de hacerlo, de tal forma que si se celebra un contrato sobre un objeto inexistente o imposible, este se reputará como no celebrado y por tanto no surtirá efecto alguno. (Planiol y Ripert, 1998, Tomo V, p. 34)

La posibilidad del objeto se refiere a la conformidad de éste con las leyes concernientes a la naturaleza del contrato que corresponde, y la imposibilidad de contrariarlas. Dependiendo de la obligación, ya sea de dar, hacer o no hacer, el objeto materia del contrato debe ser posible física y moralmente, por ejemplo, si una persona se obliga a no respirar por un mes, o a realizar un salto

de 30 metros por sí solo, ésta al ser imposible, se entenderá como no escrita y no surtirá efecto alguno.

A pesar de esto, la ley concede la posibilidad de estipular sobre una cosa futura, es decir, sobre algún objeto que al momento de celebración del acto es inexistente, pero que se espera su existencia en el futuro, como lo son los frutos de la tierra o las mercaderías por fabricarse. En estos casos, la obligación que se realiza es condicional, para no dejar sin efecto el acto al tratarse de un objeto que aún no existe, por lo que los derechos y obligaciones quedan suspensos hasta que las cosas objeto del contrato o acto, nazcan o existan.

El legislador recogió estos preceptos y los resumió en el art. 1477 del Código Civil (2005):

No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género.

La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.

2.1.4.2.- Determinación del Objeto

La determinación hace referencia a la fácil identificación que debe tener el objeto de un contrato o acto jurídico, sin la cual, el vínculo obligacional no se genera, y por lo tanto, no constriñe a las partes. Esta especificidad que se da al objeto, tiene como finalidad, el dar a conocer tanto al deudor como al acreedor, qué es lo que se debe dar, y por tanto, qué es lo que se puede exigir.

La obligación que conlleva la determinación del objeto es generalmente de especie o cuerpo cierto, pues de esta manera se simplifica su identificación así como el vínculo obligatorio de las partes, sin embargo, la obligación también

puede ser de género. Como lo establece el segundo inciso del artículo anteriormente citado, la cantidad del objeto puede ser incierta, pero deben darse datos para poder determinarla. El art. 1524 del Código Civil (2005) señala: “Obligaciones de género son aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado.” Esto quiere decir que si no se determina su especie o su género, el deudor podría sacar ventaja pues no se tiene claro el lazo obligatorio, por ejemplo, si se obliga una parte a entregar granos o líquidos, bien podría entregar una gota de ese líquido, o un solo grano. Para prevenir esto, se establece que cuando se traten de obligaciones de género, la cantidad de las cosas debe determinarse, pues de ésta manera, se sabrá cual es el vínculo que obliga a las partes, y el deudor no podría librarse de éste, siguiendo con el ejemplo anterior, se sabría con certeza, cuantos granos, o cuanta cantidad de líquido debe ser entregada por una parte a la otra.

2.1.4.3.- Licitud del Objeto

Este requisito es quizás el más importante de los tres, pues es determinante para conformar el objeto y saber si este es lícito o no. Al tratarse de cualquier contrato, cuando se hace el enfoque en el objeto, inmediatamente se pretende establecer la finalidad para la cual se lo lleva a cabo. Si ésta finalidad es contraria a la ley, a la moral o a las buenas costumbres, el contrato adolecerá de nulidad.

Al efecto, Planiol y Ripert señalaban que la ley no puede tener en consideración las convenciones cuyo objeto sea un hecho reprobado por ella, un objeto ilícito, no puede generar un obligación válida. (1998, Tomo V, p. 35)

Por consiguiente, cabe señalar, que no es necesario que exista una norma expresa que prohíba aquel acto sobre el cual versará el objeto del contrato, pues no hay que verlo desde un punto de vista normativo o legal, sino de una perspectiva de legitimidad. Lo legítimo es aquello que es justo y conforme a derecho, no únicamente conforme a las leyes, por lo que se agregan las buenas costumbres y la moral. Todo acto que tenga una finalidad que contravenga a derecho, ya sea a una norma o conducta, adolecerá de nulidad,

no solo de los efectos del acto, sino que se aplicará con efecto retroactivo a todos aquellos actos que derivaron en un contrato.

2.1.5.- Causa Lícita

Según el autor Guillermo Cabanellas, causa es aquel motivo que mueve a una persona a obrar de determinada manera. (2005, p. 64) En los contratos representa la esencia o razón por la cual se contrae derechos y obligaciones. La licitud de la causa se la entiende cuando ésta no contraviene a la ley, a la costumbre o al orden público, entendiéndose así como justa, conforme a derecho, y por tanto, válida.

Nuestro Código Civil (2005) la define en su art. 1483:

No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.

2.1.5.1.- Origen de la causa

En el derecho francés, se tenían como requisitos para la validez de un acto jurídico o contrato, el consentimiento, el objeto lícito, la capacidad, y las formalidades, de ser necesarias; sin embargo Domat consideró que había un faltante en los requisitos para los contratos, e ideó que las obligaciones resultantes de ellos, deberían tener una causa real y lícita, so pena de nulidad del contrato. (1869-1877, p. 13)

Esta teoría promulgaba tres ideas fundamentales:

- En los contratos sinalagmáticos, la obligación de cada una de las partes tiene por causa la obligación contraída por la otra. Las dos obligaciones se sostienen mutuamente y sirven de fundamento mutuo.
- En los contratos reales, donde sólo hay una obligación única, ésta nace por la entrega de la cosa. La prestación hecha, forma la obligación constituyendo así su fundamento o causa.
- En los contratos gratuitos, en los que no hay reciprocidad de obligación ni prestación anterior, la causa de la obligación del donante solo puede buscarse en los motivos de la intención liberal, es decir, en la razón que tiene el donante para hacerla. (Planiol y Ripert, 1998, Tomo V, p. 42)

Los expositores de la teoría de Domat, la desarrollan, y agregan que la causa no pertenece al contrato en sí, sino a las obligaciones expresadas en él. Así lo manifiestan Colin y Capitant, e indican que siempre que una persona se obliga, lo hace en vista de un fin inmediato y directo que la determina a hacer nacer la obligación. Dicha finalidad adquiere el nombre de causa. (1949, p. 58)

2.1.5.2.- Causa jurídica o final, causa eficiente y causa impulsiva

La primera es aquella que responde a la pregunta de por qué se ha obligado el deudor, o qué fin directo e inmediato le ha determinado a contraer su obligación. Es el fin directo e inmediato que hace que la obligación nazca como se mencionó anteriormente.

La causa eficiente consiste en el hecho o hechos que dan nacimiento a las obligaciones. Bajo esta premisa, la causa eficiente de cualquier obligación contractual es siempre el contrato mismo que la genera, contrato que naturalmente es anterior a la obligación y no tiene relación con el fin que persigue la persona que se obliga.

Por otro lado, la causa impulsiva es aquella que se encuentra ligada a la voluntad, pues viene a ser el móvil de ésta. Es el motivo concreto e individual que tiene una parte para obligarse. Este concepto dista de lo que se entiende por causa jurídica, pues no nace a partir del contrato, sino del deseo o necesidad del deudor. Esta teoría era criticada por los partidarios de Domat, pues manifestaban que era imposible determinar cuál era la intención o móvil

de cada contratante, pues no existía poder jurisdiccional para investigarlo y sancionarlo. A pesar de esto, la teoría de la causa impulsiva es la acogida por nuestro legislador.

2.1.5.3.- La causa en nuestra legislación

Si bien es cierto, la teoría de Domat fue la precursora del concepto de causa en las demás legislaciones, con el pasar del tiempo, ésta fue generando doctrinas opositoras, pues la corriente de Domat era considerada ajena al concepto real de causa, o en algunos casos de poca utilidad, ante lo cual, la doctrina francesa, con tratadistas como Dabin, empezaron a acoger la teoría de causa impulsiva. Para lo cual, se acogieron a un pasaje del Código Napoleónico (1807, Capítulo II) en virtud del cual, era posible atacar a los actos jurídicos determinados por móviles contrarios al orden público y a las buenas costumbres, y para el efecto, decidieron cambiar el significado de la palabra causa que hasta ese entonces, significaba como Domat manifestó, un fin inmediato y directo que nace a raíz del contrato y de las obligaciones producidas por éste, y pasó a ser tomada en el sentido de móviles determinantes de los actos jurídicos.

Posteriormente, Andrés Bello en su Código Civil (1857, Libro IV), recogió la teoría de la causa impulsiva, acogida anteriormente en el derecho francés. En su obra se tomó a la causa de una manera extensiva, opuesta a lo realizado por Domat que únicamente la encasilló en los contratos sinalagmáticos, reales y gratuitos, pues ahora no solo se habla de la causa en los contratos, sino en todo acto o declaración de voluntad, y se toma a la causa como el motivo que induce a la realización de un acto o contrato, y no como finalidad del mismo, tal como lo establecen las primeras líneas del segundo inciso del art. 1483 del nuestro Código Civil (2005). Finalmente, para contrarrestar las críticas que recibía la teoría de la causa impulsiva, se le otorgó como finalidad a la institución, el estar vinculada al control jurisdiccional de la autonomía de la voluntad, que no únicamente se desenvuelve en terreno contractual, sino que abarca a las convenciones y en general a todos los actos jurídicos incluyendo a los unipersonales.

2.2 .- Contrato de compraventa.

Es aquel contrato bilateral en la que una persona denominada vendedor, se compromete a entregar un producto, ya sea un bien o un servicio, a otra denominada comprador, quien a su vez se obliga a dar a cambio un precio que le represente. El contrato se reputa perfecto desde el momento en que las partes se ponen de acuerdo tanto en la cosa como en el precio, tal como lo establece el art. 1740 del Código Civil (2005).

Se puede dar en venta, todo objeto cuya enajenación esté permitida. De igual manera, pueden ser contratantes, todas aquellas personas que gocen de capacidad y que la ley no prohíba lo contrario. Es así, que la ley enumera en el art. 1735 del Código Civil (2005) a los incapaces especiales para que celebren este contrato, como lo son los cónyuges entre sí, o el padre con su hijo menor de edad.

2.2.1 .- Contrato de Compraventa Mercantil.

Miguel Martínez y Flores lo define como aquel contrato, bilateral, oneroso y consensual por medio del cual una persona llamada vendedor se compromete a transferir la propiedad de una cosa o derecho a otra persona llamada comprador, quien a la vez se obliga a pagar por ello un precio cierto y en dinero (1980, p. 38).

El contrato de compraventa mercantil, es el que mayor uso tiene dentro de la sociedad. Esta premisa encuentra su fundamento en que las personas durante toda su vida adquieren bienes así como se desprenden de ellos. La condición socioeconómica de una persona se determina por la cantidad de bienes que posea. Por lo tanto, el medio para adquirir bienes y posteriormente enajenarlos es la compra y venta de los mismos, en virtud de un convenio entre el vendedor, que se compromete a entregar el bien, y el comprador, que se compromete a pagar un precio por él.

Este contrato tuvo origen con el surgimiento de la moneda, ya que hasta el momento se utilizaba la permuta, pues anterior a la moneda, la forma de comercio era el cambio de una cosa por otra. Con la moneda, se pudo dar valor a las cosas, por lo que a partir de entonces surgió la tradición de una cosa a

cambio de un valor en moneda, lo que necesariamente obligó al nacimiento del contrato de compraventa mercantil.

Tal como lo expresado por Víctor Cevallos, un contrato se reputa mercantil dependiendo de la finalidad, de la calidad de las partes, y del objeto del contrato, a saber:

- Por el fin: cuando se realiza el contrato con un propósito comercial, sin que sea relevante la calidad de las partes. Esta finalidad generalmente es la de revender los bienes adquiridos.
- Por la calidad de las partes: la compraventa es mercantil, cuando una de las partes es comerciante, ya sea el comprador o vendedor, siempre y cuando la compraventa constituya un acto propio de su actividad comercial. Nuestra ley llama a ésta calidad del contrato mercantilidad subjetiva.
- Por el objeto sobre el que recae el contrato: si la compraventa se realiza sobre una cosa o derecho que cuya propiedad se trate de transferir, como las acciones u obligaciones de una sociedad comercial, se tratará de una compraventa mercantil, sin que interese la calidad de las partes.(1994, p. 137)

2.2.1.1.- Características del Contrato de Compraventa Mercantil

- Bilateral o sinalagmático: Los contratantes se obligan de manera recíproca, el vendedor a entregar la cosa, y el comprador a entregar el precio por ella.
- Oneroso: Cuando en el contrato se tiene por objeto una utilidad para ambos contratantes. Esto se ve reflejado en la finalidad del contrato que es de índole pecuniaria, pues una parte pretende aumentar su caudal económico con el dinero que recibirá por la cosa, y la otra pretende aumentar el número de bienes que posee. Además, la compraventa no puede ser gratuita.
- Conmutativo: Ambas partes dan y reciben el equivalente de lo que ellas dan. Es conmutativo por cuanto las obligaciones de hacer o dar de las

partes, tienen una equivalencia recíproca, por lo que al formalizar el contrato, se debe conocer el alcance de las pretensiones de cada una.

- Principal: Este contrato no requiere de otro o de cualquier acto jurídico para su validez y subsistencia. Goza de vida propia.
- Nominado: Consta de manera expresa en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio, siendo sus componentes y efectos regulados por estos cuerpos normativos.
- Consensual: Para la perfección del contrato, no se requiere más que el consentimiento de las partes, en las que se pongan de acuerdo tanto en las cosas como en el precio. Su consentimiento no está sujeto a solemnidad alguna salvo los casos en que la ley estipule lo contrario.

2.2.1.2.- De la cosa materia del contrato

Se entiende como la cosa del contrato de compraventa, a todo aquello susceptible de ser vendido, es decir, todo objeto que se encuentra dentro del comercio, y que su tradición no está prohibida, como lo es un derecho real, un derecho de crédito o un derecho intelectual.

Víctor Cevallos se refiere a la cosa materia del contrato como el objeto del mismo, es decir, toma a la cosa como la finalidad del contrato, en lugar de considerar a la tradición como objeto del convenio. Al efecto, considera los artículos pertinentes al objeto del contrato que constan en el Código Civil (2005) en el art. 1477 y siguientes, que anteriormente fueron analizados, que en la parte pertinente indica lo siguiente:

No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género... (El subrayado es mío).

Esto quiere decir que las cosas, para poder ser objeto del contrato de compraventa deben poder ser vendidas y compradas libremente, esto comprende tanto a cosas corporales como incorporales, caso contrario se estaría incurriendo en lo que establece el art. 1480 del mismo cuerpo legal, que a letra reza:

Hay objeto ilícito en la enajenación:

1. De las cosas que no están en el comercio;
2. De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona; y,
3. De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice, o el acreedor consienta en ello. (Código Civil, 2005, art. 1480)

De tal forma que el contrato se vería afectado por nulidad absoluta. (Cevallos, 1994, p. 139)

Consecuentemente la cosa del contrato lleva consigo una obligación para el vendedor, que es la de entregarla, toda vez que si no se entrega la cosa, el contrato adolecerá de nulidad por el incumplimiento de uno de los contratantes.

2.2.1.3.- Del Precio.

Se entiende por precio al valor dinerario que posee una cosa. Es la contraprestación necesaria para que nazca el contrato de compraventa, que constriñe al comprador a cancelarlo para obtener a cambio la cosa objeto del contrato. Generalmente es proporcional a la cosa que se espera recibir.

A su vez, el precio es el elemento que proporciona las características al contrato de compraventa, pues perfecciona la conmutatividad, así como la bilateralidad y finalmente permite determinar la onerosidad del contrato. Esto se debe a que según el precio, es posible observar si la obligación recíproca que se contrae por una parte, es equivalente a la de la otra; de igual manera, perfecciona la obligación para el comprador convirtiendo al contrato en sinalagmático y finalmente al fijarse un precio, elimina cualquier opción de gratuidad que podía tener la entrega de la cosa.

El precio a su vez tiene como característica el que debe ser real y determinado, el primero se refiere a la existencia de una suma de dinero que se entregará a cambio de la cosa; el segundo hace alusión al señalamiento de la cantidad que debe ser estipulada en el convenio, misma que será pagada por el comprador.

El precio puede ser determinado por el acuerdo de las partes o en su defecto, por un tercero.

2.3 .- Ineficacia de actos o declaraciones de voluntad.

Todos los actos jurídicos son susceptibles de ser anulados o invalidados, esto debido a que pueden concurrir circunstancias que afecten a los elementos o componentes de cada uno de ellos, ya sea un vicio del consentimiento, la ausencia de una formalidad o la incapacidad de algún sujeto.

Dependiendo de la gravedad que conlleve la afectación que recae sobre el acto, la ley consagra diferentes grados, en virtud de los cuales se diferencia las consecuencias y los efectos que producen o dejarán de producir los actos.

2.3.1.- Inexistencia.

Es el máximo grado de ineficacia de los actos, pues adolecen de inexistencia aquellos actos que carecen de un elemento esencial, ya sea el consentimiento, capacidad, causa u objeto lícitos, y que no reúnen los elementos de hecho que suponen su naturaleza o su finalidad, y en ausencia de los cuales, lógicamente es imposible concebir su existencia.

No está expresamente establecido en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo la jurisprudencia ha determinado que ciertas frases dispersas en la ley permiten determinar este grado de ineficacia, como por ejemplo: “no surte efecto alguno”, “no genera derechos subjetivos”, “no produce obligaciones”, “se reputa como no escrito”.

Un claro ejemplo de éste tipo de ineficacia, concerniente al contrato de compraventa, se lo puede encontrar en el art. 1753 del Código Civil (2005):

La venta de una cosa que al tiempo de perfeccionarse el contrato se supone existente y no existe, no surte efecto alguno.

Si faltaba una parte considerable de ella al tiempo de perfeccionarse el contrato, podrá el comprador, a su arbitrio, desistir del contrato, o darlo por subsistente, abonando el precio a justa tasación.

El que vendió a sabiendas lo que en el todo o en una parte considerable no existía, resarcirá los perjuicios al comprador de buena fe.

De este artículo se puede establecer que son esenciales para el contrato de compraventa, la existencia de la cosa vendida, al menos de manera potencial, y la determinación del precio, pues sin los cuales el acto no producirá efecto alguno, impidiendo así la posibilidad de que exista una venta.

La inexistencia de los actos jurídicos se diferencia de las nulidades, en que estas últimas reconocen que se produjo dicho acto, mientras la inexistencia pretende que se actúe como que el acto jamás se produjo. Empero, esta diferencia es meramente teórica, ya que como se mencionó anteriormente, nuestro legislador otorgó como grado máximo de la ineficacia de los contratos a la nulidad absoluta, y si es el caso de que se produjere un acto susceptible de inexistencia, las consecuencias que recibirá son las de nulidad absoluta, por cuanto nuestras leyes no consagran la posibilidad de que las ramificaciones de un acto sean las de desconocer su existencia o nacimiento. El acto queda sin efectos, pero su existencia no se pone en tela de duda.

2.3.2.- Nulidad Absoluta.

La nulidad absoluta es producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecuta o acuerdan; se refiere, a los requisitos que miran a la validez de los actos jurídicos. (Alessandri, s. a., p. 113)

Este concepto es el comúnmente adoptado por la mayoría de legislaciones de Sudamérica, sin embargo, no contempla a todas las causales que producen este tipo de nulidad, a saber:

- Objeto ilícito o falta de objeto.
- Causa ilícita o falta de causa.
- Omisión de ciertas formalidades exigidas en consideración a la naturaleza del acto o contrato que se ejecuta o celebra.
- Falta de voluntad o consentimiento.
- Incapacidad absoluta de uno de los contratantes.

La nulidad absoluta debe ser declarada ya sea a petición de parte, o de oficio por el Juez. Puede solicitarla de igual manera, el fiscal o quienes celebraron el contrato, si es que no conocía el vicio que invalidaba al acto.

Esta forma de ineficacia no se sana por el acuerdo de las partes, sino únicamente por el lapso de 15 años, que corresponde a la prescripción extraordinaria.

2.3.3.- Nulidad Relativa o Rescisión.

Después de explicar las causales por las que se produce la inexistencia y la nulidad absoluta de los actos jurídicos y contratos, se puede establecer que existen actos, que quedan sin ser enmarcados dentro de los grados de ineficacia anteriormente señalados, para lo cual el legislador vio la necesidad de crear una forma de ineficacia que abarque a los actos remanentes.

Para poder definir a la nulidad relativa, es más sencillo hacerlo a través del descarte, pues tras haber explicado la inexistencia y nulidad absoluta de los actos, podemos determinar que no son susceptibles de nulidad relativa aquellos actos que carezcan de algún requisito esencial para la existencia del mismo, ni tampoco de los requisitos que deben concurrir para la validez de los actos existentes. Por lo tanto, se puede establecer que la nulidad relativa sanciona la falta de los demás requisitos prescritos por la ley para el valor de la actuación jurídica privada. (Ospina F. y Ospina A., 2005, p. 450)

Las causales son las siguientes:

- Falta de capacidad.
- Falta de formalidades.
- Algunos vicios del consentimiento.

Nuestra norma la acoge en el art. 1700 del Código Civil (2005), que en su primer inciso a letra reza:

La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte; ni 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; y puede sanearse por el transcurso del tiempo o por la ratificación de las partes.

De este artículo podemos resumir que la nulidad relativa únicamente puede ser declarada a petición una parte interesada, y que a diferencia de la nulidad absoluta, la relativa sí puede ser saneada por el acuerdo de las partes o incluso por el transcurso del tiempo, que de conformidad con el art. 1708 del Código Civil (2005), es de cuatro años, que corresponde al plazo para interponer la acción rescisoria.

2.4.- Resolución de Contrato.

Se entiende por resolución, aquella forma de dejar sin efectos un contrato, por causa del incumplimiento de una de las partes contratantes. Es una condición que está envuelta en todo contrato bilateral, ya sea de manera expresa o tácita. La persona que la solicita, debe ser la parte contratante perjudicada, siempre y cuando ella haya cumplido con su obligación, de lo contrario, no tendrá derecho a ésta acción. En el contrato de compraventa, se manifiesta claramente la resolución, en virtud de que es el contrato sinalagmático por excelencia, que constriñe a una parte a pagar un precio y a la otra a entregar la cosa. Si una no paga el precio, la parte perjudicada únicamente puede pedir la resolución del contrato siempre que haya entregado la cosa, y viceversa, si no se ha entregado la cosa, la contraparte puede demandar la resolución del contrato, siempre que haya cancelado el precio estipulado.

Los efectos principales de la resolución, son los de volver las cosas a su estado anterior, respetándose los derechos constituidos sobre los bienes que recaen a favor de terceros.

La resolución del contrato, cuando se la estipula como cláusula en un contrato, toma el nombre de pacto comisorio, de lo contrario igual existe, pero en forma de una cláusula resolutoria tácita, que al igual que el pacto comisorio, están consagrados en la ley. (Roldós, s.f.)

2.4.1.- Condición Resolutoria Tácita

Ospina la define como aquel hecho futuro e incierto del que pende la extinción de la eficacia de un acto jurídico (Ospina F. y Ospina A., 2005, p. 532). Nuestra

ley la contempla en el art. 1505 del Código Civil (2005) que establece lo siguiente:

En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.

Al efecto, no únicamente se estipuló a la condición resolutoria tácita dentro del libro de las obligaciones, sino también dentro del libro de los contratos, en el contrato de compraventa que manifiesta lo siguiente en el art. 1813 (Código Civil, 2005):

Si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios.

Si exigiere la resolución, el demandado podrá consignar el precio completo, que comprende el capital y los intereses adeudados hasta que se reciba la causa a prueba.

Se puede destacar del artículo citado, que el legislador concede al actor la opción de elegir, una vez incoada la demanda, entre la resolución del contrato, o exigir el cumplimiento del mismo. Esto debido a que no siempre la parte perjudicada va a desear dejar las cosas sin efecto, pues estaría contrariando su voluntad original, en virtud de la cual suscribió el contrato, para lo cual puede exigir a través de un Juez, el cumplimiento del mismo. Sin embargo, si se da el caso de que el perjudicado no desea continuar con la relación jurídica que lo atañe con quien ha incumplido su parte, podrá pedir que el contrato quede sin efectos incluso de manera retroactiva, acarreando consigo, como ya se señaló anteriormente, una indemnización de daños y perjuicios, tal como enseñan Planiol y Ripert. Los autores del Tratado de Derecho Civil, manifiestan que:

La resolución no es suficiente para desinteresar al actor. Al recobrar o conservar lo que constituye el objeto de su obligación, frecuentemente obtendrá menos de lo que le hubiese dado el cumplimiento efectivo del

contrato, del que esperaba obtener un beneficio. Para compensar el perjuicio que experimente por esta ganancia obtenida puede obtener del tribunal que se condene a su contrario a la indemnización de daños y perjuicios. (Planiol y Ripert, 1998, p. 162)

2.4.2.- Pacto Comisorio.

El pacto comisorio, como la mayoría de instituciones del derecho, tuvo origen en el derecho romano. En un principio no existían las cláusulas resolutorias en un contrato, por lo que si una parte incumplía su obligación, el contrato continuaba gozando de validez y de obligatoriedad para ambas partes, viéndose totalmente perjudicada la parte que sí cumplió con su prestación. Ante esto, surgió la necesidad de compeler a los deudores a que cumplan con lo que ofrecieron, por lo que se creó la “lex commissoria”, que pretendía otorgar la libertad de estipular condiciones resolutorias en general, y de manera específica en el contrato de compraventa. Con esta nueva ley, los deudores se veían forzados a cumplir con el pago del precio que se estipuló en el contrato, caso contrario el acreedor podía resolverlo de pleno derecho.

Con el transcurrir del tiempo, las legislaciones fueron adoptando la “lex commissoria”, variándola de acuerdo a cada sistema jurídico, por ejemplo, en los países germánicos, se utilizó al pacto comisorio dentro de los contratos de hipoteca o de prenda, en los que el incumplimiento tenía como consecuencia que el acreedor pueda adueñarse del bien, en lugar de iniciar un proceso primero, y que el bien le sea otorgado por una autoridad competente. Esto derivó en un abuso por parte de los acreedores, por lo que la figura del pacto comisorio entró en desuso.

Hoy en día existen legislaciones como la nuestra, que consagran al pacto comisorio como institución, sin embargo, hay otros sistemas jurídico en los que esta figura fue derogada, pues se la utilizaba como forma de comiso de los bienes. Es así que nuestro Código Civil la consagra dentro del contrato de compraventa en el art. 1817:

Por el pacto comisorio se estipula expresamente que no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta.

Entiéndese siempre esta estipulación en el contrato de venta; y cuando se expresa, toma el nombre de pacto comisorio, y surte los efectos que van a indicarse. (Código Civil, 2005, art. 1817)

Cabe indicar que en nuestro sistema jurídico, la resolución de contrato por causa del incumplimiento que configura al pacto comisorio, no lo resuelve de puro derecho, sino al contrario, es ipso facto, por lo que debe ser probado. El pacto comisorio prescribe en el tiempo que las partes hayan acordado, siempre que éste no sea mayor a cuatro años.

Finalmente, conforme lo anteriormente explicado, se puede establecer que la cláusula resolutoria tácita deriva del pacto comisorio, por cuanto primero se dio el nacimiento de la "lex commissoria", para posteriormente dar paso a que se establezca que en todo contrato bilateral viene envuelta una cláusula que lo resuelve en caso de que alguna de las partes incumpla con sus obligaciones.

CAPITULO III

La Simulación

3.1 .- Definición de Simulación.

Se entiende por simulación a aquella celebración de una convención aparente, cuyos efectos son modificados o suprimidos por otra contemporánea de la primera, y destinada a permanecer en secreto. (Planiol y Ripert, 1998, p. 106)

Emilio Betti ofrece un concepto más técnico, pues explica que:

La simulación se da cuando las partes de un negocio bilateral, de acuerdo entre ellas, o el autor de una declaración con destinatario determinado en inteligencia con éste, dictan una regulación de intereses distinta de la que piensan observar en sus relaciones persiguiendo a través del negocio un fin disimulado divergente en su causa típica. (Betti, 1959, p. 297)

Para Mariano Gagliardo, simulación es la derivación de una deliberada disconformidad entre la voluntad querida y su declaración; es un acto fingido, no real. Se trata de una mera ficción o apariencia de lo real con un propósito de engaño a terceros que puede consistir en una absoluta irrealidad o bien en algo disímil a lo que se exterioriza. (Gagliardo, 2008, p. 5)

Por su parte, Guillermo y Eduardo Ospina, desarrollan un poco más ésta idea, e indican que la simulación es la figura de la discordancia entre la voluntad real o elemento interno, y su declaración o elemento externo, que consiste en el 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 realmente celebrada, con el ropaje de otro negocio diferente; o en camuflar a una de las partes verdaderas con la interposición de un tercero. (2005, p. 112)

Los autores antes citados concuerdan en que la simulación es una ficción y que se produce en una convención, que tiene como fin el engañar o perjudicar a un tercero, siendo declarada la voluntad del contratante de manera distinta a la de su fuero interno. Con esto puedo establecer una definición propia de

simulación: es aquella convención en la que una de las partes contratantes exterioriza su voluntad de manera distinta a lo que en verdad desea, difiriendo así de su voluntad real o interna, con la finalidad de perjudicar a un tercero.

De igual manera, se establece que cualquier acto puede ser simulado, sin embargo la complejidad radica en la demostración de esto, pues únicamente cuando alguien se ve perjudicado, se puede establecer la existencia de la simulación y exigir la revocatoria del acto, de lo contrario, el acto simulado subsiste y goza de validez.

La disconformidad entre la voluntad declarada y la voluntad real, puede ser absoluta o relativa, por lo que la simulación necesariamente adquiere una clasificación que diferencie los efectos generados por dicha disconformidad, que deriva en la simulación absoluta y simulación relativa. De igual manera, desde la perspectiva de la intención o móvil que llevó a una persona a simular un acto, se debe diferenciar de acuerdo con la finalidad obtenida, si el acto simulado es lícito o ilícito, generando así otra clasificación para el instituto.

Cabe indicar que para la presente investigación, no es necesario delimitar todos los actos en los que se suscita la simulación, sino únicamente, como afecta en los contratos de manera general, y de forma específica, como se presentaría en un contrato de compraventa mercantil.

3.1.1.- Simulación Absoluta.

Cuando la declaración de la voluntad no corresponde a voluntad real alguna, se produce una simulación absoluta. Si no existe la voluntad de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones, y a pesar de ello el acto se lleva a cabo, éste toma el mayor grado de simulación, toda vez que sus efectos surgirán a partir de una voluntad inexistente. En el campo civil, únicamente se tiene como límite lo prohibido por la ley, lo que da lugar a que existan una gran variedad de contratos simulados, en virtud de la autonomía de la voluntad, de la cual se acogen los sujetos para celebrar y simular libremente cuanto contrato deseen.

Por ejemplo, en el caso de una prenda, es muy común que se simule dicho contrato a fin de que el deudor pueda continuar con la posesión del bien, incluso cuando éste aparezca como propiedad de una tercera persona.

Es el caso de una compraventa, en la que una parte crea la ficción de enajenar sus bienes a favor de otra, para que de esta manera sus acreedores no puedan embargar sus bienes. En este ejemplo, el contrato es a todas luces simulado, toda vez que nunca existe voluntad de enajenar los bienes, y de igual manera no se recibe precio alguno a cambio.

Los simuladores únicamente buscan la declaración de su voluntad, pero no sus efectos, esto es, se crea una mera apariencia carente de consecuencias jurídicas entre los otorgantes, destinada a engañar a terceros. Hay una declaración exterior vacía de sustancia para los declarantes.

Para efecto de las repercusiones que pueda causar la simulación absoluta, hay que considerarla como un vicio del consentimiento, esto claro, si es que se toma al consentimiento, no como la conformidad entre la oferta y aceptación, sino más bien como a la concurrencia de dos o más voluntades que se ponen de acuerdo en un acto determinado. Al producirse la simulación absoluta de un convenio, es inevitable que se produzca la nulidad absoluta de la misma, pues el consentimiento es uno de los elementos esenciales para la formación de un contrato.

Tal como enseña Raúl Díez, toda simulación absoluta, presupone la ausencia de consentimiento, y por lo tanto envuelve a su vez la nulidad absoluta. La simulación absoluta es un antecedente para la nulidad absoluta, por lo que concluye que la acción de simulación absoluta es una acción indirecta de nulidad absoluta. (Díez, 1957, p. 73)

Finalmente cabe señalar que en la simulación absoluta se habla también de simulación ilícita y simulación total, pues éstas vienen a ser sus características, ya que la simulación absoluta tiene como fin el perjudicar a terceros, como acontece en el ejemplo señalado anteriormente, lo que la vuelve ilícita, es decir, contraria a la ley, al orden público, a la moral y a las buenas costumbres; y de igual forma, se señala que la simulación absoluta recae sobre la totalidad del acto, dejándolo sin efecto alguno. La simulación total abarca la totalidad del acto, por lo que es inherente a la simulación absoluta.

3.1.2.- Simulación Relativa.

Según Mariano Gagliardo, la simulación es relativa cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter. Puede en consecuencia recaer sobre: la naturaleza del acto, el contenido y objeto del acto, y sobre las personas. (2008, p. 8)

En esta clasificación de simulación, las partes crean un acto jurídico aparente, pues su voluntad es la de crear un acto jurídico real, pero distinto del aparente, es decir, es un mero disfraz de un acto jurídico real bajo la apariencia de otro diverso.

En esta modalidad de simulación, hay que diferenciar a los dos elementos que la componen, el primero es el oculto, es decir lo deseado por la o las partes que corresponde a su voluntad real; y el segundo el aparente, que viene a ser el disfraz del primero, es lo que las partes desean que esté a la vista, no sólo con fines engañosos, sino también para ocultar el vínculo contractual.

En el caso de que se descubra una simulación de este tipo y se entable una contienda legal, se deberá demostrar a través de cualquier medio probatorio posible cuál es el acto real, y no el simulado, pues si se demuestra cuál es el verdadero acto que a su vez ha estado camuflado bajo uno diferente, inmediatamente el acto utilizado como disfraz carecerá de validez alguna, dejando que subsista el acto real, debiendo así, el Juez o Tribunal, atenerse al acto real o disimulado, prescindiendo del acto ostensible y simulado.

La simulación relativa puede ser tomada como vicio del consentimiento, toda vez que a diferencia de la simulación absoluta, la relativa no carece por completo de una expresión de la voluntad, más bien ésta existe, pero bajo un acto simulado. Este acto ostensible, por ser tal, carece de validez jurídica, por lo que se debe analizar la validez del acto jurídico real. Si éste último completa los requisitos de existencia y validez de los actos jurídicos, y no contraría a la ley, orden público o buenas costumbres, y no se lo ha celebrado con el fin de perjudicar a un tercero, estamos ante un acto simulado lícito, que por tal razón goza de eficacia jurídica. No obstante, si falta uno de estos elementos, o si la simulación fue hecha con fines que sesgan el derecho de terceros, se lo puede considerar como un vicio al consentimiento, abriendo la puerta así para una

acción de nulidad. Las consecuencias que acarreará el acto simulado, deben ser iguales a las que el mismo acto tendría si hubiera sido celebrado de forma ostensible.

Para el perjudicado, se generan dos vías de las que puede hacer uso, dependiendo de las circunstancias. Por una parte, puede solicitar ante la Autoridad competente que el acto secreto o disimulado salga a la luz, es decir que prevalezca sobre el acto ostensible y simulado, a lo que podemos llamar como acción de simulación relativa. Por otro lado, el acto oculto puede ser nulo por cualquier vicio, ante lo cual se puede plantear una acción de nulidad, que debe ser consecuente con la acción de nulidad relativa, toda vez que ésta última es la que descubre al acto oculto, y obliga a que se analice la naturaleza jurídica de éste, debe accionarse primeramente con la acción de simulación relativa, para posteriormente, y de ser necesario, atacar al acto oculto con una acción de nulidad. Cabe indicar que estas acciones son diferentes, por cuanto no siempre después de una acción de simulación relativa se seguirá una acción de nulidad.

El ejemplo más claro y más común de simulación relativa es aquella compraventa, que se utiliza para ocultar una donación. La compraventa viene a ser el acto simulado, pues aparentemente se realiza el negocio jurídico de vender un bien a cambio de un precio, cuando en realidad la voluntad negocial es llevar a cabo un negocio distinto, que viene a ser la donación, es decir entregar un bien de manera gratuita sin obtener nada a cambio.

El autor, Muñoz Sabaté nos indica con gran simplicidad, cómo según él, distan la simulación absoluta de la relativa, en razón de la existencia del acto, pues al respecto manifiesta:

La simulación ha sido reputada como una ficción de la realidad, y el negocio simulado como aquél que tiene una apariencia contraria a la realidad, bien porque no existe en absoluto, o bien porque es distinto de cómo aparece. (Muñoz, 1991, p. 114)

Esta existencia hace referencia a la simulación absoluta, mientras que la vida del acto, distinta de su apariencia, se refiere a la simulación relativa.

Finalmente cabe recalcar que para que nazca la simulación relativa es necesario que existan dos actos en los que intervenga la voluntad de las partes, uno oculto, que corresponde a la voluntad negocial, interna y verdadera, y otro aparente u oculto, que viene a ser el ostensible celebrado de manera pública a ojos de terceros.

3.1.3.- Simulación lícita.

Como se señaló anteriormente, existen casos en los que la simulación es considerada lícita. Si bien es cierto, la simulación como tal, es algo ilícito, sin embargo existen varios tratadistas que proponen que la simulación únicamente es ilícita cuando se afecta a un tercero, al Estado o a algún precepto jurídico o al orden público, por lo que si el acto simulado no trasgrede estos parámetros, bien puede tener validez y eficacia jurídica.

Al respecto manifiesta Démogue que la simulación lícita no es más que una simple manifestación del derecho de celebrar actos jurídicos en forma secreta (Démogue, 1923, p. 262). A su vez, Colin y Capitant corroboran esta teoría, y la desarrollan un poco indicando que las partes pueden obligarse en la forma que deseen, y si lo pueden hacer de manera pública, lo pueden hacer también en secreto. (1941, p. 117)

De esto podemos determinar, que la licitud de la simulación depende en que el contrato o convenio oculto, sea de carácter lícito, esto es, que no conlleve mala fe ni pretenda la defraudación a un tercero o no atente contra ninguna ley, pues si en la simulación se esconde un fraude, tanto el acto ostensible como el oculto se convierten en ilícitos y por tanto inválidos.

3.1.4.- Simulación ilícita.

Sixto Guevara explica que la simulación es ilícita o maliciosa, cuando tiene por fin perjudicar a terceros u ocultar la transgresión de normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres, verbigracia un deudor simula enajenar sus bienes a fin de sustraer de la obligación de sus acreedores. (Guevara, 2004)

La simulación ilícita, al igual que la lícita, es una forma posible de expresar la voluntad y manifestar el consentimiento, sin embargo, al ser una intención positiva de perjudicar a terceros, deriva en un vicio del consentimiento que bien puede ser el dolo. Sin embargo, tal como lo indica Raúl Díez, en la simulación no se pretende engañar a la contraparte, sino mas bien a terceros, por lo que la voluntad vertida en el acto que deriva en una simulación ilícita, no es precisamente dolosa, sino de carácter fraudulento, generándose así una estrecha similitud con el fraude pauliano por el objeto de perjudicar intereses de terceros. (1957, p. 69)

El elemento indispensable para la simulación ilícita es el daño a terceros, ya sea un daño materializado, o la intención de hacerlo. La afectación producida en la simulación siempre será frente a un tercero, por lo que podríamos estar hablando de un delito civil, toda vez que esta afectación que se le infiere a un tercero representa para el simulador responsabilidad extracontractual con respecto al tercero perjudicado, por cuanto concurre la existencia de una intención de engañar, o dolo, y de un daño, que genera a su vez para el tercero afectado, la facultad de demandar la resolución del contrato, y el resarcimiento por los daños recibidos, demostrando primero a los responsables que contractualmente lo agraviaron.

3.1.4.1.-Simulación Total y Parcial.

Simulación total es aquella que recae sobre la totalidad del acto jurídico. Por lo mismo, la simulación total es inherente a la simulación absoluta, ya que en ella puede gozar de esta característica abarcando toda la extensión del acto jurídico, es decir, la simulación absoluta siempre será total, pues el acto se ve afectado en todas sus partes.

Por su parte, la simulación relativa puede ser total o parcial, la total afecta la integridad del negocio jurídico, mientras que la parcial recae únicamente sobre alguna de las estipulaciones del acto, como sucede en un contrato que contiene estipulaciones o cláusulas verdaderas, y otras que son falsas.

Como se explicó anteriormente, cuando se trata de una simulación parcial, el acto jurídico no será nulo, únicamente serán susceptibles de nulidad las estipulaciones que adolezcan de simulación. (Aucancela, 2008)

3.1.5.- Responsabilidad Contractual y Extracontractual.

En el caso de la simulación ilícita, se generan dos tipos de responsabilidad para el simulador, dependiendo de quién sea el perjudicado. Al tratarse de un delito civil, se generan las consecuencias y limitaciones civiles derivadas de él, por lo que hay que diferenciar entre la responsabilidad derivada del contrato, y la que se encuentra fuera del mismo. Cabe recordar, que la responsabilidad contractual tiene como diferencia fundamental con la responsabilidad extracontractual, la carga de la prueba, pues en esta última es necesario que el afectado demuestre los hechos y condiciones en las que se produjo el daño, y en el caso de la simulación, la mala fe por parte de uno o ambos contratantes; sin embargo, en el caso de existir un contrato de por medio, el perjudicado no tiene que acudir a los medios probatorios que otorga la ley, sino únicamente puede demostrar la culpabilidad de la otra parte a través del documento en el cual se plasmó la voluntad de las partes, el contrato.

Por lo tanto, en lo concerniente a la simulación ilícita, la responsabilidad varía respecto de las partes y respecto a terceros. En el primer caso, como acontece en todo contrato, la responsabilidad que se genera es contractual, es decir, las consecuencias derivarán de lo que se estipule para el efecto en el contrato, y en las normas aplicables a él. En el segundo, es decir, al tratarse de un tercero quien se ve perjudicado por la simulación, nace como se indicó anteriormente, el derecho de reclamar en contra del contrato que lo afecta, y la restitución de los daños que le fueron causados, por lo que con respecto a terceros, la responsabilidad es extracontractual, viéndose así obligado a demostrar la culpabilidad por parte del simulador, toda vez que ésta no se presume y por lo mismo debe ser probada.

3.2 .- Efectos de la simulación.

Tomando en cuenta que la simulación es aquella discordancia entre la voluntad real y la voluntad declarada de una persona, hay que delimitar los alcances que puede tener o conllevar la simulación. Desde una arista, se debe observar al convenio o contrato suscrito entre dos partes y cuyas consecuencias dependen si es relativa o absoluta. La otra cara viene a ser en qué medida repercuten éstos efectos en contra de terceros, por lo que es necesario distinguir los efectos que se producen tanto para las partes como para los terceros.

3.2.1.- Concepto de Partes.

Son consideradas partes del contrato, a aquellas que lo suscriben y por tanto que se obligan, ya sea que lo hagan por sí o por interpuesta persona, es decir como agente en el contrato o por representación, como lo puede ser un mandatario, siempre y cuando él no actúe a nombre propio sino a nombre del mandante.

De igual manera, como enseña la doctrina, deben ser consideradas partes, los herederos, ya sea que son sucesores a título universal o particular, por cuanto son quienes continúan después que la persona contratante haya muerto, por lo que se puede decir que quien contrata para sí, contrata también para sus herederos.

3.2.2.-Concepto de Terceros.

Se entiende por tercero a todo aquel que no interviene en el contrato, es decir, a todas las personas que no expresan su voluntad en el convenio y que por lo mismo, son ajenas a él. En términos globales, tercero se considera a toda persona que no es parte.

Hay que diferenciar entre los terceros absolutos y los terceros relativos, ya que los primeros, son todos aquellos que no tienen ningún interés en el contrato, éste les es indiferente, por lo que no les genera ningún vínculo jurídico con las partes. Los terceros absolutos, al no tener injerencia alguna en el convenio, no les interesa averiguar si éste es simulado o tiene completa validez, por lo que se puede definir que los terceros absolutos son todas las personas, excepto

aquellas que tengan algún interés en el contrato. A aquellos que sí tienen algún interés se les conoce como terceros relativos, que son quienes interesan para el presente análisis. Al tener interés en la convención, tienen igual derecho a conocer si el acto fue celebrado de manera sincera, es decir sin que exista simulación, por lo que se genera un derecho de acción a su favor para dilucidar la veracidad del contrato, esto a su vez, les representa un vínculo jurídico para con las partes. Dentro de los terceros relativos encontramos a los herederos de las partes, que si bien es cierto, anteriormente se indicó que eran partes, cuando se les entrega la herencia, ellos tienen derecho a saber si de por medio existe una simulación, por lo que tienen derecho a presentar una acción de simulación, para lo cual excepcionalmente son considerados como terceros; de igual manera se considera tercero relativo, al cónyuge, quien tiene derecho a saber si se simuló alguna convención para enajenar los bienes dentro de la sociedad conyugal; y finalmente a los acreedores, quienes son comúnmente perjudicados a través de actos simulados, pues tienen un interés directo en saber acerca de los activos y pasivos de sus deudores.

En resumen, como lo indican Ospina Fernández y Ospina Acosta: “son terceros para efectos de la simulación, todos aquellos que sin haber participado directamente ni por procuración en la maniobra simulatoria, pueden resultar afectados por ésta, y, por ello, merecen especial protección que la ley y la doctrina les otorga.” (2005, p. 130)

3.2.3.- Efectos respecto de las partes.

Cuando se realiza un acto simulado, inmediatamente se piensa en el derecho vulnerado de los terceros, sin embargo, los actos realizados que convergen en una simulación, pueden o no crear un vínculo jurídico entre las partes, por lo que debemos tomar en cuenta los efectos que la simulación produce para las partes entre sí, cuando estamos ante una simulación absoluta y relativa.

3.2.3.1.- Efectos frente a una simulación absoluta.

Si se trata de una simulación absoluta, en la que las partes no tienen voluntad de celebrar convenio o contrato alguno, solo levantan un velo para que el acto

cobre vida de manera ficticia, existiendo únicamente a ojos de terceros, el acto no generará ningún efecto entre las partes, por cuanto no existe voluntad de ninguna de ellas en obligarse, únicamente de crear una ficción para terceros, para lo cual debemos remitirnos a lo que prescribe el Código Civil respecto a la declaración de la voluntad, y de las fuentes de las obligaciones. Para el efecto, el art. 1453 del Código Civil (2005) manifiesta lo siguiente:

Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

De igual manera, el art. 1461 *ejusdem* en su numeral dos establece que: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 2.- Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.” (Código Civil, 2005)

Sustento la ausencia de vínculo jurídico entre las partes en los dos artículos antes citados, pues en el primero podemos establecer de dónde proviene una obligación, y en el caso de una simulación absoluta, no se incurre en un delito, cuasi delito, contrato, cuasicontrato, ni en precepto jurídico alguno para que exista una contraprestación que constriña a las partes. En el segundo artículo citado, podemos observar claramente que es imposible, al tener una simulación absoluta, que se genere algún nexo para las partes, pues no existe consentimiento para generar acto alguno, y sin éste, la obligación no puede nacer.

3.2.3.2.- Efectos frente a una simulación relativa.

En el caso de una simulación relativa, la situación es distinta, por cuanto sí nace la obligación entre las partes. Esto en virtud del acto o contrato que se lleva a cabo, pues una vez que el acto ostensible, quede sin validez por ser ficticio, prevalecerá el acto oculto tal como se indicó anteriormente, por lo que

es éste último el que generará el vínculo obligacional para las partes, siempre y cuando sea lícito, es decir, sin que afecte derechos de terceros.

Cabe remarcar, que cuando se trata de simulación relativa, se habla de una realidad oculta, pero una realidad a fin de cuentas. Esto gracias a que existe voluntad y consentimiento de las partes por generar algún tipo de contrato o convención, que si bien es cierto, se lo oculta bajo un contrato o convención distintos, las partes manifestaron su voluntad de obligarse. Una vez que se destruye el acto que oculta al verdadero, los efectos del acto oculto prevalecerán si son conforme a derecho. Por ejemplo, en el caso de que una donación se oculte bajo un contrato de compraventa, los efectos de la primera surtirán de la misma manera como si ese contrato se lo hubiera realizado de forma pública y ostensible, siempre y cuando sea lícito y no produzca consecuencias a terceros.

3.2.4.- Efectos Frente a Terceros.

Si estamos ante un acto simulado, en el que se busca un perjuicio a los intereses de un tercero, inmediatamente se genera para éste último el derecho de que se levante el velo que representa la simulación, y se deshagan los actos conforme se hayan producido. Los actos simulados que busquen afectar a terceros, carecerán de eficacia, por cuanto los terceros de buena fe, gozan de inoponibilidad con respecto a los actos destinados a perjudicarles. La inoponibilidad es el mecanismo que protege el derecho de los terceros, en virtud del cual, los actos simulados jamás podrán serles oponibles.

De igual manera, las partes jamás podrán invocar a su favor la simulación, por ejemplo, en una compraventa simulada, un acreedor del vendedor, puede iniciar el embargo del bien que presuntamente se está enajenando, sin que el supuesto vendedor, a fin de que se le restituya el bien, pueda invocar la simulación del contrato. Esto se corrobora en el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio dolo.

3.2.4.1.- Inoponibilidad.

Es el principio en virtud del cual, los terceros se ven protegidos frente a actos que pueden llegar a afectar sus intereses. No está expresamente establecido en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo hay pasajes en la ley que envuelven este instituto, por ejemplo, el art.1724 manifiesta:

Las escrituras privadas hechas por los contratantes, para alterar lo pactado en escritura pública, no surtirán efecto contra terceros.

Tampoco lo surtirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero. (Código Civil, 2005)

Para mejor entendimiento de la inoponibilidad, es necesario verla desde el punto de vista de la eficacia del acto jurídico, pues cabe la reflexión, si el acto entre las partes debe ser reconocido y adoptado por terceros, o por el contrario, si los terceros tienen el derecho de rechazar o impugnar dicho acto. De tratarse del primer caso, estaremos hablando de oponibilidad, y de ser el segundo, de inoponibilidad.

La oponibilidad comprende el deber de los terceros de respetar los actos ajenos autorizados por la ley, sin desconocerlos arbitrariamente, sustentándose en que los actos válidos son erga omnes, por lo cual se debe considerar a esta institución como la regla general, y a la inoponibilidad como la excepción a la misma (Ospina F. y Ospina A., 2005, p. 388). Por lo tanto, de ocurrir que en un acto, en el que no se impongan derechos ni obligaciones a terceros, se lesionen los derechos de éstos, para lo cual se debe contar con un mecanismo de protección que permita a los terceros desconocer el acto, y de ser necesario, impugnar el mismo.

En el caso de tratarse de actos simulados, José Luis Aucancela manifiesta lo siguiente:

Si un tercero se ve afectado en sus derechos, este puede accionar contra las partes simuladoras, solicitando que se declare la nulidad del acto simulado absolutamente, por ausencia de consentimiento, y frente a un acto simulado relativamente, es nulo dicho acto 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, pudiendo el acto disimulado, ser válido si cumple con los requisitos de ley. (Aucancela, 2004)

La inoponibilidad únicamente protege a los terceros en virtud del acto ostensible, es decir, del disfraz en sí del acto, por lo que esta acción sirve de manera objetiva a los terceros para que el acto ostensible no los alcance, no les sea imputable ni deba ser acatado por ellos. Empero los terceros pueden a su vez, utilizar la acción de simulación, que a diferencia de la inoponibilidad, ésta no solo busca que los efectos del acto ostensible no repercutan para ellos, sino que les representa un recurso subjetivo, pues pretende poner al descubierto la verdadera voluntad de las partes que celebraron el acto, siendo así la acción de simulación, una antítesis de la inoponibilidad. (Coronel, 1989, p. 200)

En conclusión, los terceros se ven protegidos de los actos simulados, con un doble mecanismo, la acción de simulación, y la de inoponibilidad. Si un tercero de buena fe, no utiliza las herramientas para destruir el acto simulado, éste gozará de validez y eficacia, por lo que la simulación reviste enorme importancia para los terceros, pues depende de ellos y de que ejerciten su derecho a conocer la verdadera voluntad de las partes, el que la simulación tenga o no efectos. La inoponibilidad simplemente salvaguarda el derecho de los terceros, impidiendo que éstos se vean afectados por un acto en que ellos no tuvieron injerencia, por lo que se puede determinar que los efectos con respecto a terceros, carecen de validez en la medida en que ellos los impugnen.

3.2.5.- Acción de Simulación

La acción de simulación, según Raúl Díez, tiene como finalidad establecer la voluntad real y verdadera de las partes y hacerla primar sobre la que falsamente expresaron.

El objeto de la presente acción es obtener una declaración judicial que dictamine que la convención celebrada por los pactantes no obedece a la realidad, y que en consecuencia no existe convención alguna cuando se trata de una simulación absoluta, o que la convención celebrada no es la ostensible, sino otra distinta en tratándose de una simulación relativa. (1957, p. 138)

La necesidad de que la simulación sea declarada a través de una sentencia judicial se justifica en dos razones:

1. La existencia de un instrumento con todos los caracteres de sinceridad, por cuanto hay una presunción de veracidad, que obliga a considerar al acto verdadero hasta que se demuestre lo contrario.
2. Las consecuencias resultantes de los actos simulados no pueden ser desconocidas por propia voluntad de los pactantes, toda vez que ello implicaría una completa contradicción con el principio que nadie puede hacer justicia por propia cuenta. (Coronel, 1989, p. 187)

El titular de la acción de simulación viene a ser aquella persona interesada en que se declare la simulación de un acto, y este interés radica en las partes contratantes y en los terceros perjudicados, por lo que ellos son quienes pueden hacer uso de ésta acción. Esto está ligado al aforismo que señala que no hay acción si no hay interés, por lo que la declaración de simulación, obtenida por un fallo judicial, únicamente podrá ser aprovechada por quien la ha obtenido a su favor, en concordancia con lo que establece el art. 286 de nuestro Código de Procedimiento Civil: “Las sentencias y autos no aprovechan ni perjudican sino a las partes que litigaron en el juicio sobre que recayó el fallo, salvo los casos expresados en la ley” (Código de Procedimiento Civil, 2005, art. 286). Consecuentemente, si un acreedor obtiene una sentencia favorable que declare la simulación de un acto celebrado por el deudor, ésta únicamente alcanzará al acreedor que inició la acción de simulación, mas el resto de

acreedores no podrán beneficiarse de los efectos de dicha sentencia, debiendo así iniciar su propia acción.

3.2.3.1.- Prescripción de la acción de simulación.

El tema de la prescripción de la acción de simulación, es objeto de controversia por parte de los tratadistas, por cuanto en algunas legislaciones como es el caso de la ecuatoriana, no se establece de manera expresa un tiempo determinado dentro del cual el titular pueda ejercer la acción, conllevando innegablemente a que surjan dos diversas corrientes al respecto, una que establezca un tiempo específico de prescripción para la acción de simulación y otra que la considera imprescriptible.

Por una parte, Cesar Coronel y Raúl Diez Duarte, concuerdan en que la acción de simulación es prescriptible, salvo estipulación legal contraria, toda vez que de no existir un precepto normativo que haga referencia a la imprescriptibilidad de la acción de simulación, se debe concluir que la acción se extingue con el transcurso del tiempo. (1957, p. 146). De igual manera se aplicarían las reglas establecidas en el Código Civil (2005), concernientes a la prescripción, a saber:

Artículo 2414: La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.

Art. 2415.- Este tiempo es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias.

Por lo tanto, en el caso ecuatoriano, al ser la simulación y sus componentes una figura atípica, la acción de simulación debe tramitarse vía ordinaria por lo que se debería entender que esta acción prescribe en el transcurso de diez años de conformidad con el artículo del Código Civil antes mencionado. Este tiempo es calculado desde el momento en que se genera el interés de iniciar la acción, ya sea para las partes o para los terceros. Sin embargo, no hay por qué desconocer el criterio de aquellos autores como De Gasperi y Morello que manifiestan que la acción de simulación al tener una naturaleza meramente declarativa, siendo el acto sobre el que se la formula uno aparente o un

negocio ilusorio, un no negocio o uno vacío, no nace a la luz del derecho, por lo que la acción que pretenda el reconocimiento de dicha inexistencia no está sujeta a prescripción. (1964, p. 509)

3.3.- La simulación en el contrato de compraventa mercantil.

Como se ha indicado a lo largo de ésta investigación, la simulación encuentra su nicho más común en los contratos que tienen por objeto una transferencia de dominio, ya sean ventas, permutas o donaciones.

Si bien es cierto, el contrato de compraventa civil es una de las convenciones que mayormente se presta para ser simulada, por cuanto normalmente se crea la ficción de enajenar un bien a favor de otra persona para perjudicar a un tercero, pues para su perfección únicamente requiere que las partes se pongan de acuerdo en la cosa y el precio. Sin embargo, partiendo de la premisa de que todo acto o contrato puede ser simulado, siempre y cuando exista un tercero perjudicado que permita generar a su favor la acción de simulación, se ejemplificará a continuación las circunstancias en las que se pueda presentar la simulación en un contrato de compraventa mercantil.

Cabe recordar que el contrato de compraventa, es mercantil cuando el fin que se le da es comercial o sea una reventa con fin de lucro, cuando una de las partes es comerciante y la compraventa pertenece a su actividad económica y cuando el bien sobre el que recae el contrato, sea uno comercial y que sea producto de una actividad mercantil.

3.3.1.- La simulación en la compraventa mercantil por la calidad de las partes.

De tratarse de un contrato de compraventa en la que una de las partes es un comerciante, resulta mercantil cuando la compra o venta que realiza el comerciante, pertenece a su actividad comercial por lo que se puede dar lugar a una eventual simulación.

Por una parte, puede acontecer una simulación absoluta si es que la parte que tiene calidad de comerciante, crea la ficción de comprar o vender un bien, es decir, celebra el contrato de compraventa sin voluntad alguna de obligarse. Las razones para que el comerciante obre de esta manera pueden ser múltiples, pero las más comunes son las que se han explicado anteriormente. Por ejemplo, en el caso de que exista algún requerimiento por parte de un acreedor que desee recuperar su deuda solicitando una medida cautelar sobre un determinado bien, el deudor que en este caso puede ser o no el comerciante, simula enajenar el bien a fin de que éste pase a ser propiedad de otro que nuevamente puede ser o no el comerciante, dejando en claro que siempre una de las dos partes deberá tener la calidad de comerciante, ya sea quien compra el bien, o quien lo vende. No obstante, el bien jamás sale del patrimonio del deudor, por lo que el contrato de compraventa mercantil en el presente caso adolece de nulidad absoluta, pues jamás existe voluntad de ninguno de los contratantes para obligarse recíprocamente, dando lugar para los terceros perjudicados como los acreedores a la acción de simulación y subsecuentemente a las acciones que en un principio deseaban tomar sobre el bien en cuestión.

Por su parte, la simulación relativa puede presentarse bajo las mismas circunstancias en el momento en que el mismo acto simulado de enajenación, crea la ficción de desprenderse de un bien, pero bajo otra figura, como lo sería si se simula enajenar el bien por medio de una compraventa, cuando en realidad lo que se produce es una donación. En este caso la acción de simulación que surgiría para el tercero, podría dejar sin eficacia el acto ostensible para que prevalezca el verdadero, sin embargo, como en este caso se está perjudicando a un acreedor, también procede la figura de la acción pauliana que no es opuesta a la de simulación y que busca revocar todos los actos que fueron irrogados en perjuicio del tercero.

3.3.2.- La Simulación en el contrato de compraventa mercantil por la finalidad del contrato.

Como se señaló en el capítulo anterior, la compraventa se reputa mercantil cuando el comprador tiene como finalidad el revender los objetos adquiridos para de ésta manera lucrar con dicha reventa.

Es así que puede darse el caso de una simulación de una compraventa mercantil por la finalidad antes señalada, cuando un distribuidor de un producto lo adquiere al productor a un precio diferente al convencionalmente aceptado o al fijado por el mercado con la finalidad de perjudicar a quienes vayan a adquirir el producto del distribuidor, o a la competencia que vendría a ser otros productores y distribuidores de productos similares. Esto se aplica para los distribuidores que venden el producto a otros distribuidores, toda vez que un distribuidor mayoritario cuenta con poder de mercado y vende el producto a fin de que sea revendido a los consumidores finales, por lo que de darse el caso de una venta del distribuidor mayoritario, fijando precios irrisorios, ya sea un valor mucho mayor o mucho menor al justo precio, se estaría incurriendo en una afectación no sólo a la autonomía de la voluntad sino también a la libre competencia. Si estos precios son fijados con el fin de perjudicar a terceros como ya se indicó anteriormente, el contrato puede encasillarse en la figura de simulación, por cuanto no se está obrando con voluntad de obligarse de la manera que se expresa en el contrato, o si existe la voluntad de obligarse, se lo hace bajo un disfraz que camufla la verdadera intención de los contratantes, afectando así los intereses de terceras personas.

Lo más frecuente en estos casos sería la simulación relativa, pues la voluntad de obligarse existe, así como la voluntad por parte del productor en entregar su mercadería al distribuidor, y de la misma forma, la voluntad del distribuidor para adquirirla; ante esto y al verse limitados por la ley, prohibiéndoseles fijar precios de manera unilateral y arbitraria abusando de su posición en el mercado, optan por incurrir en una simulación relativa de un contrato de compraventa mercantil

entre productor y distribuidor a fin de lograr su cometido y creando así una ventaja ante sus competidores y perjudicando a los distribuidores minoritarios.

3.3.3.- La Simulación en el contrato de compraventa mercantil por el objeto del contrato.

El contrato de compraventa adquiere la calidad de mercantil, no solo por la calidad de las partes y por el fin de reventa que se le da a los objetos vendidos, sino también cuando el objeto del contrato, refiriéndose a la cosa que se da en venta, es un bien de índole comercial. Al efecto Arturo Díaz manifiesta lo siguiente:

Aquí el tinte de mercantilidad no resulta del fin ni de los sujetos, sino de las cosas o derechos cuya propiedad se trate de transferir, que pueden ser acciones u obligaciones de sociedades mercantiles. (Díaz, 1982, p. 56)

De igual manera el numeral 2 del art. 3 del Código de Comercio (1973) que enumera a los actos de comercio incluye los siguientes: “la compra y la venta de un establecimiento de comercio, y de las acciones de una sociedad mercantil”.

Consecuentemente podemos corroborar lo señalado por Arturo Díaz, y establecer que en tratándose de un bien netamente mercantil, la compra y venta de este también adquirirá la calidad de mercantil, por lo que la simulación en este caso también es posible.

Un ejemplo de simulación a causa del objeto del contrato es el siguiente: El accionista mayoritario de una compañía es deudor de un Banco. Luego de los debidos requerimientos al Banco no le resta más que proceder en contra de los bienes del deudor, entre ellos, las acciones de la compañía, sin embargo, el deudor anticipándose a esto, decide vender sus acciones a una persona de confianza, como su cuñado y para que dicha enajenación tenga validez jurídica es debidamente inscrita en el libro de accionistas de la compañía. En éste caso

se configura claramente una acción pauliana, pues se produce una inteligencia entre el deudor y su cuñado para perjudicar a un tercero que en éste caso es el banco. Sin embargo, el ex accionista sigue fungiendo como tal en la compañía pues hizo que su cuñado le otorgue un poder para comparecer en las Juntas de Accionistas y así tomar decisiones en la empresa. Con estos actos del deudor y ex accionista, se configura una simulación, toda vez que jamás se obró con la intención de obligarse, pues la voluntad negocial siempre fue distinta a la declarada, y desde un principio se pretendió el perjuicio a un tercero. Si bien es cierto, la enajenación de las acciones fue efectiva pues se realizó la debida inscripción en el libro de accionistas, pues dicho acto es necesario para que la compra de las acciones haya nacido a la luz del derecho, es decir que sin dicha inscripción únicamente se tendría un documento inocuo. En este caso, la tradición es necesaria para que surja la figura de simulación, pues aparte de eso, el deudor que vendió sus acciones, jamás recibió dinero a cambio de ellas por parte de su cuñado en la supuesta compra de las acciones, pues la condición social y económica de este último le impedían hacerse de las acciones, por lo que se estaría afectando a la determinación del precio, que a su vez es requisito esencial del contrato de compraventa, pues sin éste, no se genera obligación alguna. Al respecto manifiesta Meza Barros lo siguiente:

El precio es esencial en la compraventa. Tampoco se concibe el contrato de compraventa sin un precio. Si falta el precio, carece de objeto la obligación del comprador; no puede existir su obligación y, como consecuencia, carecería de causa la obligación del vendedor

No es real el precio simulado o fingido. El precio real y serio significa que se tenga efectivamente la intención de pagarse por el comprador y de exigirse por el vendedor. (Meza, 1982, p. 95-96)

Consecuentemente cabe recalcar que si bien el contrato prueba de manera ostensible quien es accionista de la compañía y quien no, la realidad fáctica demuestra lo contrario, por lo que en este caso particular, tanto la acción de simulación como la de acción pauliana serían posibles.

3.4.- La simulación en la legislación comparada.

Como ya se ha establecido a lo largo de ésta investigación, la simulación no consta de manera expresa en la ley ecuatoriana, a diferencia de otras legislaciones como la argentina, la mexicana, la boliviana y la peruana. Esto no refleja que los ordenamientos jurídicos de los países antes mencionados sean más desarrollados que el ecuatoriano, sino únicamente representa la habilidad del legislador para hacer constar en la ley, un problema que acaece con bastante frecuencia pero sin mayores consecuencias.

En el Código Civil argentino (1968), la simulación consta desde los artículos 955 al 960, en los cuales únicamente se define a la figura, y se explica los diferentes grados existentes (absoluta, relativa, lícita, ilícita), y de manera muy superficial se establecen las consecuencias. La crítica natural a tan escuetos artículos sería que, a pesar de que el legislador argentino acertó en incluir a la simulación en su Código Civil, dejó fuera a la acción de simulación como tal, es decir, no explica cómo los perjudicados pueden valerse de la figura para hacer prevalecer sus derechos. De igual manera se obviaron los efectos que causa la simulación de manera específica, esto es, los efectos entre las partes y naturalmente los efectos para terceros, por lo que obliga a que la doctrina supla la ausencia de estos elementos.

En el Código Civil peruano (1984), la simulación se encuentra desde el art. 190 hasta el 194, en donde no se proporciona una definición de simulación, como sería lo lógico, sino que sin previa explicación ni preámbulo se comienza conceptualizando a los tipos de simulación existentes, como también sucede en el caso argentino, pero el legislador peruano incluyó en la ley a la acción por simulación y la inoponibilidad de la que gozan los terceros para éstos casos. Éstos últimos dos componentes de la simulación, representan una gran mejoría comparando a como consta la figura en la ley argentina, pues permite a quien ha sido perjudicado por la simulación, valerse de dichas acciones para reclamar que sus derechos permanezcan incólumes declarando como nulos a los contratos o actos en los que operó la simulación.

En el Código Civil boliviano (1975), se aborda a la simulación de una manera mucho más directa. En tres artículos, habla de manera corta pero concisa acerca de los efectos de la simulación entre las partes, los efectos de la simulación frente a terceros y la prueba de la simulación, conceptualizando los grados de la simulación, y abarcando temas como la acción de simulación y la inoponibilidad sin referirse a ellas de manera expresa, únicamente hace alusión a ellas como las acciones que se le concede a quien se ve perjudicado por actos simulados.

Por su parte, en la legislación mexicana se consagra a la simulación en su Código Civil (1956) en cinco cortos artículos a partir del 2180. El legislador mexicano, si bien consagra a la simulación, falló en dar una clara definición de la institución así como de sus grados, y se refiere únicamente a la simulación absoluta y a la relativa, dejando de lado a la lícita e ilícita, por lo que en éste cuerpo normativo la simulación se presupone ilícita en todos los casos. Asimismo no se habla de los dos grandes recursos con los que cuentan usualmente los terceros perjudicados, la acción de simulación y la inoponibilidad, únicamente se señala que aquel que se vea afectado por un acto simulado puede pedir la nulidad del mismo, contrariando a la doctrina en el sentido a que ella se refiere a que la simulación no genera nulidad por sí misma, sino sirve como antecedente de ella. Finalmente se señala que esta acción no necesariamente debe ser a petición del perjudicado, como lo describen todos los tratadistas al ser un tema de derecho privado, sino que indica que el Ministerio Público puede tener injerencia en este tema.

3.4.1.- La simulación en el Ecuador.

Tal como se ha dejado en claro en reiteradas ocasiones, la simulación no consta de manera expresa como institución en la legislación ecuatoriana, salvo en ciertos pasajes y de manera muy difusa.

No obstante, la Constitución de la República actual (2008), en un gran avance con respecto a la Constitución de 1998, en su art. 327, menciona la figura de la simulación en materia laboral, que a letra reza:

La relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa.

Se prohíbe toda forma de precarización, como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora, la contratación laboral por horas, o cualquiera otra que afecte los derechos de las personas trabajadoras en forma individual o colectiva. El incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley. (Lo subrayado es mío)

Si bien es cierto, el artículo antes citado no enseña y mucho menos analiza a la figura de la simulación, únicamente es consecuente con el Mandato Constituyente N° 8 (Suplemento Registro Oficial 330 del 06 de mayo del 2008), en el que se elimina la tercerización e intermediación laboral, al mencionar a estas modalidades de trabajo como conductas prohibitivas para los empleadores. Es por esto, que el art. 327 de la Constitución es utilizado para prevenir cualquier tipo precarización de la relación laboral, incluyendo la simulación de contratos de trabajo y, aunque aún no existan leyes que ejemplifiquen cómo se puede lograr tal artificio, ni cuál sería su sanción, es un avance normativo de suma importancia, al contar con un pasaje legal, de jerarquía constitucional, que mencione de manera prohibitiva a una figura tan nociva para los contratos como lo es la simulación.

Ante la escasa normativa sobre la figura de la simulación, el jurista ecuatoriano no tiene otra alternativa que recurrir a la doctrina y a la jurisprudencia. Al respecto existen algunos tratadistas internacionales que hablan al respecto, pero ecuatoriano prácticamente ninguno. Consecuentemente, la Corte Nacional, anteriormente Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado acerca

de la simulación en distintos fallos, en unos únicamente conceptualizando a la figura, y en otros profundizando sobre ella, estableciendo sus grados, efectos y acciones para terceros.

Por ejemplo en la Resolución No. 270-2006, de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, R.O. 92-S, 28-V-2007, señala lo siguiente:

Sin duda, la simulación corresponde a un acto doloso, que puede carecer de causa real de obligación, y en ciertos casos, recaer en causa ilícita, y por tanto, en el primer supuesto, puede ser anulable o generar acción de nulidad relativa o rescindible, y en el segundo caso, puede dar lugar a la nulidad absoluta del acto o contrato. (270-2006, R. O. 92-S del 28-V-2007)

En este caso, la Sala especializada encasilla a la simulación directamente como un acto doloso y por tanto ilícito, como comúnmente se la entiende, sin recordar sin embargo, que ésta también puede ser fruto de una causa y de un objeto lícitos, por lo que la simulación en este caso adquiere calidad de lícita y no genera acción alguna para terceros.

Por su parte, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, en el Expediente No. 279-2000, R.O. 134, 3-VIII-2000, resuelve en un caso de compraventa de un inmueble acogiendo éste criterio:

Conocida es la distinción entre simulación absoluta en la cual en apariencia existe un negocio pero carece en absoluto de un contenido serio y real (Ferrara) ya que, las partes no quieren el acto jurídico sino la ilusión exterior que el mismo produce; es un fantasma de negocio y la simulación relativa, en que existen dos negocios uno aparente, ostensible que sirve de disfraz para ocultar otro real y efectivo denominado escondido enmascarado etc., que se efectúa por varios motivos. (279-2000, R. O. 134 del 3-VII-2000)

Este fallo de manera acertada representa la manera en que se debe resolver ante una simulación contractual, por cuanto explica la diferencia entre simulación absoluta y relativa de manera clara y concisa, para más adelante rechazar el recurso de casación interpuesto, pues según la Sala no se probó debidamente por parte del actor la existencia de la simulación en el contrato que acarrearía la nulidad del mismo, y explica al respecto lo siguiente:

Quien pretende la nulidad de un contrato por haber sido simulado, debe acreditar que en ningún momento existió voluntad negocial alguna entre las partes y que por tanto la escritura pública celebrada es un cascarón vacío una fachada tras la cual no existe nada. (279-2000, R. O. 134 del 3-VII-2000)

Por otro lado, la Resolución No. 154-2008, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, R.O. 224-S, 29-IV-2010, es quizás la sentencia que mejor explique a la figura de la simulación, pues se expresa de manera amplia y explicativa sobre el tema, disertando sobre la simulación en un contrato de compraventa de un inmueble en el que necesariamente se debió hacer un profundo análisis sobre la simulación lícita e ilícita y la simulación absoluta y la relativa, con gran sustento en la doctrina, expresando lo siguiente:

Para que se configure la simulación lícita deben darse tres elementos:

1) La disconformidad entre la voluntad interna y la declarada; 2) La disconformidad en la simulación debe ser deliberada y consciente; pues en caso contrario se trataría de un error; 3) Debe haber acuerdo entre las partes. Asimismo, clasifican a la simulación en: a) Absoluta, cuando las partes celebran un acto totalmente ficticio que sólo existe aparentemente; no hay más acto que el simulado, como si el deudor para ocultar sus bienes simula traspasarlos a un tercero, con quien celebra una compraventa que no existe realmente; b) La relativa, en la que el acto que aparece al exterior existe, pero hay un acuerdo entre las partes que lo modifica y que queda oculto, como si se le da la apariencia de una compraventa a una donación; c) Cuando hay

interposición de personas, el contrato se celebra aparentemente con una persona para que ésta a su vez lo traspase a otra. (154-2008, R.O. 224-S de 29-IV-2010)

Finalmente se puede establecer que, si bien es cierto, el Ecuador no cuenta con una ley que determine en qué consiste la simulación, pero es posible recurrir a la doctrina, y de manera más directa y con mayor relevancia, a la jurisprudencia, en especial a la Resolución No. 154-2008, de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, R.O. 224-S, 29-IV-2010, pues es la que analiza y explica de mejor manera a la institución. Sería muy aventurado dar una propuesta de normativa para la figura de simulación, pues en las legislaciones comparadas que consagran al instituto en cuestión, se dejan muchos cabos sueltos y fuerzan necesariamente al jurista a recurrir a la doctrina. Si el legislador ecuatoriano fuera a incluir a la simulación en algún cuerpo normativo, debería abarcar todos sus aspectos, no sólo conceptualizándolos sino explicando de manera sistemática sus efectos y consecuencias en las relaciones jurídicas.

CAPITULO IV

Figuras Afines a la Simulación

4.1. El Fraude.

Esta figura es la que se confunde con mayor facilidad con la simulación, por cuanto el fraude representa una conducta engañosa y la simulación en sí, representa la voluntad de engañar. Sin embargo, tal como expresa el Dr. Cesar Coronel, el fraude es de la naturaleza de la Simulación, pero no de su esencia, por lo que para diferenciarlos, se debe distinguir entre la voluntad de engañar que se crea con la simulación, con la voluntad de dañar. Asimismo, expresa Coronel, que a inicios del siglo pasado, la confusión entre ambas figuras era común, toda vez que los conceptos de ambas figuras no estaban claramente delimitados, por lo que las decisiones jurisprudenciales hablaban equivocadamente de acción pauliana por Simulación, pues si bien es cierto, el fraude es el núcleo de la acción pauliana, hay claras distinciones entre ambas figuras, por lo que se puede establecer innegablemente, que la simulación es un fruto del fraude o como lo expresa Coronel, “un nacimiento de la nebulosa del fraude”. (Coronel, 1989, p. 49)

Es necesario señalar que el fraude es un elemento presente en diversos ámbitos del derecho, tanto en el campo civil, mercantil, laboral, y comúnmente en el campo penal, configurando así delitos tanto civiles como penales. El fraude claramente denota mala fe, pues quien lo incurre tiene la clara intención de causar un perjuicio a otra persona, por lo que es innegable su similitud con la simulación.

4.1.1.- Fraude a la ley.

A diferencia de los actos contrarios a derecho o contra legem como lo puede ser cualquier delito o forma de fraude como la acción pauliana, en los cuales se contraría de forma directa a la norma, el fraude a la ley o fraudis legis es una forma astuta de conseguir los resultados fraudulentos con una aparente conformidad con la ley, afectando así el fondo de la misma. El ejemplo que nos

da César Coronel es el del tutor que compra directamente los bienes del pupilo, que viene a ser un acto contra legem, pues choca de forma directa con una ley expresa, pero si el tutor compra los bienes del pupilo por interpuesta persona, estaríamos frente a un acto in frau legis, por cuanto la norma no prohíbe tal acto, sin embargo como la compra real la está haciendo el tutor, se afecta el contenido de la norma que prohíbe tal acto.

El fraude a la ley se desdobra en dos corrientes, la subjetiva y la objetiva, la primera señala que el fraude radica en el propósito de violar a la ley, la conciencia de ejecutar un acto prohibido disimulándolo. Por otra parte, la teoría objetiva del fraude a la ley radica en que el espíritu de la ley ha sido violado, sin que interese la intención de las partes.

La doctrina coincide en que siempre que existe un acto fraudis legis, es porque ha existido un acto disimulado, encubierto, solapado, por lo que Coronel, citando a Pugliese define así al acto en fraude a la ley: “son aquellos negocios o combinaciones de negocios con los cuales se obtiene, bajo forma lícita, un resultado prohibido por la ley”. (1989, p. 52)

Consecuentemente, la sanción a la defraudación a la ley, vendría a ser innegablemente la invalidez de los actos u operaciones que concurrieron para configurar el fraude, que se homologaría en nuestra legislación como nulidad.

4.1.2.- Acto Fraudulento y Acto Simulado.

La noción de fraude en el acto fraudulento radica en la intención de engañar, de perjudicar los derechos de otro. El fraude en sí es una conducta contraria a la verdad, cuya realidad no es únicamente jurídica. El fraude representa aquellas faltas a la ley en las que medie la mala intención, por lo que comúnmente se señala que los vicios de consentimientos son producto de conductas fraudulentas.

El acto fraudulento por su parte es un negocio jurídico dotado de realidad, mientras que el acto simulado es una ficción, un disfraz, que es utilizado para encubrir una realidad jurídica.

Bajo esta premisa podría entenderse que ambas figuras son excluyentes e incompatibles, sin embargo, Mariano Gagliardo sostiene que la defraudación puede realizarse vía un acto fraudulento o vía un acto simulado ilícito, dejando al perjudicado la opción de invocar la simulación o el fraude, según lo entienda. Esto se debe a que tanto el acto simulado como el fraudulento representan una manera distinta de actuar a la estructura usual de los negocios para obtener el fin deseado. (2008, p. 195)

El acto fraudulento existe, y se lo logra a través de la voluntad de las partes que se benefician de él, que lo crean y consienten en él tanto en forma como en fondo que se subsume en un perjuicio a terceros, generando así la ilicitud del mismo. Sin embargo en la simulación jamás se pierde la noción de ficción, pues inexorablemente los actos simulados, ya sea en todo o solo en una parte de ellos, son imaginarios.

La diferencia de ambas figuras radica en que el fraude es real, y su resultado es un acto jurídico vedado por la ley, mientras que el acto simulado es una herramienta utilizada para pasar por alto algún precepto legal y obtener beneficio de aquello.

El fraude como tal, no define a la simulación, es decir, una simulación no implica que exista una defraudación, sin embargo es posible que de un acto fraudulento nazca una simulación, esto implica que, una vez que se ha cometido un acto real, en perjuicio de un tercero, se puede levantar un camuflaje para encubrirlo o soslayarlo, a través de un acto aparente, con lo que estaríamos frente a dos actos, uno real y fraudulento, y otro ficticio y simulado.

4.2.- Acción Pauliana.

Según Guillermo Cabanellas, la acción Pauliana es aquella concedida a todo acreedor quirografario para demandar la revocación de los actos celebrados por el deudor en perjuicio o fraude de sus derechos. (2005, p. 18)

Planiol y Ripert la explican de mejor manera, pues indican en su Tratado de Derecho Civil, que las circunstancias que dan origen a esta figura, se debe a que el deudor, quizás por acarrear un gran número de deudas, o simplemente actuando con maldad, se emparenta con un tercero, que comúnmente es un amigo o familiar, con el fin de enajenar un bien que le pertenece a favor de dicho tercero, para de esta manera, empobrecerse a los ojos de los acreedores. La mala fe es necesaria para que se genere la acción pauliana, pues es el elemento que denota la voluntad del deudor en perjudicar al acreedor, por lo que la ley ante esto, vio la imperativa necesidad de proteger al acreedor, concediéndole una acción en la que se revoquen esta suerte de actos que tienen como único fin perjudicarlos. (1998, p. 214)

Cabe indicar que los actos susceptibles de la acción pauliana, son todos aquellos en los cuales el deudor ha empobrecido, es decir, aquellos actos en virtud de los cuales el caudal patrimonial del deudor se ve mermado, por lo que quedan maniatados los acreedores cuando deseen reclamar por acción pauliana en situaciones en que el deudor únicamente ha descuidado enriquecerse, esto es, que no haya hecho gestión alguna para incrementar sus activos y así pagar sus deudas.

Nuestro Código Civil (2005) la consagra en su art. 2370 que a letra reza:

En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso, se observarán las disposiciones siguientes:

1.- Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas, anticresis o constitución de patrimonio familiar, que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos,

estando de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero;

2.- Los actos y contratos no comprendidos bajo el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores; y,

3.- Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores expiran en un año, contado desde la fecha del acto o contrato.

En conclusión podemos establecer que para que un acreedor tenga derecho a iniciar una acción pauliana deben concurrir dos requisitos, que se cause un perjuicio directo a ellos, en su calidad de acreedores, y que dicho perjuicio sea a sabiendas por parte del deudor, que derive en un acto fraudulento.

4.2.1.- Diferencia entre acción pauliana y acción de simulación.

Es común el confundir a la acción pauliana con la simulación, toda vez que con ambas figuras se irroga un perjuicio a uno o varios terceros, no obstante, es necesario diferenciar ambos institutos, por cuanto existe una diferencia sustancial entre ambas.

Como lo establece Raúl Díez, citando a la Corte de Apelaciones de Valparaíso, la acción pauliana comúnmente ataca a enajenaciones fraudulentas, es decir, realizadas con mala fe, ya sean ventas o donaciones. Igual sucede cuando se trata de una simulación, es decir, se simula que se enajena un bien con el fin de perjudicar a un tercero. (1957, p. 148)

En el primer caso, estamos ante un acto real y efectivo, es decir, la enajenación es susceptible de ser revocada a través de una acción pauliana sí se produce, pues el bien sale del patrimonio del deudor para ingresar al patrimonio de un tercero emparentado. Sin embargo, en el segundo caso, la enajenación nunca se produce, únicamente se levanta el disfraz de un acto aparente, o no existe acto alguno, o existe un acto que busca permanecer oculto.

La acción pauliana y la de simulación distan la una de la otra, en razón del acto, pues en un caso se trata de un acto real y fraudulento, mientras en el otro se trata de un acto ficticio. La acción pauliana busca que los efectos de una enajenación verdadera queden sin validez alguna, mientras que la acción de simulación pretende establecer la voluntad real de los pactantes y hacerla prevalecer, probando de esta manera que los bienes que presuntamente fueron enajenados, nunca salieron del patrimonio del deudor.

4.3.- Falsedad.

La falsedad es una figura penal que abarca la falsificación de documentos privados o públicos por parte de un funcionario público o por una persona privada. En nuestra ley está consagrada en el Código Penal (1971) en los artículos 337 y siguientes. Los tratadistas dividen a la falsedad en dos, en una material y en una ideológica.

4.3.1.- Falsedad material.

La falsedad material viene a ser la alteración física de la verdad plasmada en instrumento ya sea público o privado como señalamos anteriormente. Esta se produce cuando se altera los elementos vertidos en un documento que ya se ha perfeccionado, y se lo ejercita en dos formas, en la ficción total o parcial del documento.

La diferencia de la falsedad material con la simulación es que en ésta última la ficción afecta al consentimiento que debe concurrir para la formación de un negocio, es decir se vicia la parte espiritual del documento, mientras que en la falsedad se afecta la materialidad del texto del documento, es decir, se atenta contra la parte física o corpórea del acto. (Coronel, 1989, p. 60)

4.3.2.- Falsedad Ideológica.

Este tipo de falsedad dista de la material de acuerdo con Zavala Baquerizo, en el sentido en que el agente no altera el instrumento preexistente, es decir, no persigue desvirtuar el contenido del instrumento, ni alterar las firmas o frases, ni hacer desaparecer las disposiciones o convenciones consagradas en el

documento, sino que el agente hace constar en el documento, al momento de su formación, un hecho o una declaración de voluntad como verdaderos, cuando en realidad está consciente de que no lo son. Esto implica que la falsedad ideológica no atenta contra la forma del instrumento, sino que hace referencia a la manifestación de voluntad consagrada en el mismo, a su tenor. (Zavala, 1994, Tomo II, p. 181)

Consecuentemente, es innegable reconocer la similitud que existe entre la falsedad ideológica o inmaterial y la simulación, por cuanto ambas consagran una convención que carece de veracidad, sin que esto quiera decir que el documento en el que se encuentran sea de igual manera falso, únicamente se hace referencia a su contenido. Al respecto, César Coronel manifiesta, que si bien existen tratadistas como Boiselot y Garraud que señalan que no puede haber en un mismo acto tanto simulación como falsedad ideológica, en nuestra legislación bien podrían ambas instituciones concurrir sin que sean excluyentes entre sí. Esto se da en el caso de una simulación ilícita, pues es aquí donde existe la intención de perjudicar a terceros, y lo que falsamente es aseverado por las partes al celebrar el documento constituiría en falsedad ideológica, ya que el móvil de la voluntad de los pactantes al momento de crear el acto, viene a ser el irrogar un daño. Cabe indicar que para que la Simulación puede conllevar al tipo penal de Falsedad Ideológica, la intención de causar un perjuicio, debe concurrir desde el origen del negocio, lo cual es concordante con nuestro Código Penal, que en su art. 14 señala que las infracciones deben ser dolosas o culposas, que en éste caso la intención de perjudicar a terceros se entendería como la conducta engañosa que representa al dolo, lo que a su vez implicaría que inexorablemente debe haber una relación estrecha entre el acto celebrado por las partes, y el perjuicio sufrido por los terceros (Coronel, 1989, p. 61).

4.4.- Colusión

Esta figura del derecho, que en el Ecuador ha resultado ser un híbrido entre el campo civil y el penal, representa un tema importante para el análisis de la

simulación, pues es posible confundir ambas instituciones, ya que en ambas se perjudican a terceros a través de actos o contratos entre dos partes.

Ni el Código Civil ni el Penal definen la figura de la colusión, por lo que fue necesaria una ley que no sólo la defina, sino también que establezca su procedimiento, por lo que se creó la Ley para el Juzgamiento de la Colusión expedida en el Registro Oficial 269 del 3 de Febrero de 1977, que en su parte preliminar, se define a la acción de colusión de la siguiente forma: “la acción de colusión fue establecida con el objeto de juzgar y sancionar procedimientos fraudulentos entre dos o más personas, efectuados para causar perjuicios a terceros”.

Por su parte, Guillermo Cabanellas da su concepto de colusión indicando que es aquel convenio, contrato o inteligencia entre dos o más personas, hecha en forma fraudulenta y secreta, con objeto de engañar o perjudicar a un tercero. (2005, p. 73)

Bajo este concepto, la simulación puede confundirse con la colusión, pues al momento en que los contratantes crean la ficción de obligarse perjudicando a un tercero, éste puede optar por pedir la nulidad de contrato al estar simulado, o a su vez puede hacer uso de la acción de colusión explicada anteriormente. En ambos casos se produce una convención entre dos partes, y en ambos casos se la realiza para perjudicar a un tercero.

La figura de la colusión, toma un carácter más común, pues es utilizada no sólo en derecho con la definición antedicha, sino también en otras ciencias como en economía, que se la usa para explicar fenómenos anticompetitivos, y en la psicología para explicar una forma paradójica de comportamiento del ser humano.

La colusión en el derecho es un término de uso muy frecuente, por cuanto tiene una ley destinada específicamente para su cumplimiento, sin embargo, al tener un carácter tan general, no se pueden lograr los efectos deseados al estar frente a un acto o negocio simulado, por lo que la acción de simulación se vuelve mucho más útil por razones obvias, sin que esto quiera decir que dichas acciones sean excluyentes.

CONCLUSIONES

Después de realizar la presente investigación, cabe señalar que la simulación es un instituto de uso fáctico cotidiano, de muy valiosa importancia y de muy peligrosa aplicación, pero, a la vez, prácticamente desconocido, no solo dentro del sistema jurídico ecuatoriano, sino para el derecho en general. De existir la figura de la simulación en forma estructurada y legislada correctamente dentro de la normativa ecuatoriana, los juicios podrían dejar de homologarse en causales de nulidad como el dolo o el error, o en faltas de causa u objeto, o en acciones similares como la pauliana.

En el caso particular de la simulación en la compraventa mercantil, es muy factible que uno de los contratantes simule este contrato, ora cuando una de las partes del contrato sea un comerciante, ora cuando la finalidad del contrato sea la reventa o cuando el objeto sea un bien mercantil; la razón para esto, es la facilidad para simular los contratos en los que de por medio exista una transferencia de dominio, pues el desprenderse de bienes representa siempre una disminución del patrimonio de una persona, y esto a su vez es utilizado para perjudicar a aquellos terceros que tienen una acreencia con quien realiza el negocio simulado.

En resumen, se pueden establecer cuatro puntos clave para concluir el presente trabajo, que atienden al orden en el que esta tesis fue desarrollada:

1. La autonomía de la voluntad es el elemento primordial al rato de abordar el tema de simulación, es por esta razón en la que se ha explicado a lo largo de un capítulo sobre la voluntad y todos sus componentes, como las formas de declaración, los vicios que existen, y cuando éstos coartan de manera absoluta o relativa a la voluntad. La razón para esto, no sólo es porque la voluntad en sí representa un elemento indispensable para la formación de actos o contratos, sino también porque la forma en que ésta sea declarada, determina la existencia de la simulación, es decir que en la voluntad yace el primer vestigio de simulación, pues quien se dispone a emplear este mecanismo con la finalidad de engañar, debe

necesariamente obrar con libertad y discernimiento, y una vez que tenga la intención de simular, la exterioriza demostrando así su manifestación de voluntad, o en realidad la voluntad que quiere que sea ostensible. La voluntad de simular, después de ser exteriorizada, pasa a plasmarse en un acto jurídico o contrato, que la consagre junto con los efectos aparentes para quien la ejerce, y que finalmente se completa a través de las repercusiones o consecuencias sufridas por terceras personas.

El hecho que la voluntad sea vital para la simulación se debe a que el nacimiento de ella obedece a dos elementos puntuales, el primero se refiere a la divergencia que debe existir entre la voluntad declarada y la voluntad interna o verdadera del contratante, pues como se explicó en el párrafo anterior, quien incurre en la simulación, debe crear un acto aparentemente verídico, que todos aquellos interesados lo consideren veraz y honesto, siendo para todos un acto no solo verdadero sino también ostensible, cuando la realidad es que únicamente es un disfraz de la verdadera voluntad del simulador. El segundo elemento se refiere a la intención positiva de engañar y así perjudicar a terceros, es decir a la voluntad de irrogar un daño a otra persona. Esta expresión de voluntad viene a ser el ánimo engañoso de una persona, representada por un acto, que por ser tal, contiene el deseo del simulador sin coacción contraria alguna, por lo que su voluntad sin duda es la de engañar y perjudicar.

En ambos casos, es necesario analizar la forma en que se ve expresada la voluntad, pues solo así es posible conocer si se produce una simulación y de igual forma, el grado de la misma. Cabe recordar que la simulación en sí no es ilícita, toda vez que se requiere que los contratantes hayan obrado de forma positiva con la intención perjudicar a un tercero, configurando así un hecho ilícito o delito civil.

2. El conocimiento de los elementos contractuales es importante y más que eso, necesario para el entendimiento de la figura de la simulación, puesto que el origen de la simulación se origina a causa de un motivo o razón que mueve al simulador a expresar una voluntad diferente a la verdadera y que finalmente perjudicará a un tercero. La distinción entre causa y objeto es necesaria para encontrar en donde radica la fuente de la simulación, pues en ocasiones y de manera equivocada se cree que la simulación se ve reflejada en el objeto del contrato, cuando en realidad la voluntad de simular, de manera apriorística en un contrato se la encuentra en la causa, que representa a su vez el móvil del contratante para realizar el acto.

De igual manera, las diferentes formas de nulidad son importantes para saber los efectos que acarrea una simulación. Al no existir una acción de simulación, las demandas sustentadas en esta figura se las realiza pidiendo la nulidad del acto o contrato, ya sea de forma absoluta o relativa, con ocasión de la concurrencia de una simulación. En los contratos que adolecen de simulación, las nulidades absoluta y relativa, varían dependiendo del alcance y de los grados de simulación, observando a su vez si se trata de una simulación absoluta o relativa, o una simulación lícita o ilícita. Los componentes del contrato nos permiten identificar las ramificaciones jurídicas que lleva consigo la simulación.

En el caso del contrato de compraventa mercantil, los elementos contractuales son de suma utilidad, pues nos permiten distinguir a la compraventa civil de la mercantil, identificando la calidad de las partes y el objeto del contrato. Consecuentemente, la simulación en el contrato de compraventa mercantil será identificada y atacada en relación a la característica sobre la que actúe, es decir, si se presenta en la calidad de las partes o en el fin de reventa del contrato o en el objeto en sí de la venta. En este contrato, se aplicarán las mismas reglas que se utilizan para el resto de negocios afectados por el fenómeno simulatorio, es decir, que en la compraventa mercantil, la enajenación debe estar ligada

a la voluntad de los pactantes, y de acuerdo con ésta, se puede saber si se produce o no una simulación. No obstante, es menester determinar la clase de mercantilidad que posee la compraventa, para de esa manera establecer el tipo de simulación. Por ejemplo, de ser una simulación por la calidad de comerciante de una de las partes, se sabe que es la subjetividad del contratante la que será materia de análisis en un juicio por simulación, pero si es una simulación por la finalidad o el objeto del contrato, es al acto de compraventa al que se atacará y no a la calidad de los contratantes, por cuanto el interés del perjudicado permanece, únicamente varía el tipo de simulación y los argumentos para alegarla.

3. La mayor dificultad al momento de profundizar el análisis la institución de la simulación, fue la poca ayuda y sustento que la ley ecuatoriana puede proveer al respecto. Sin embargo, y a pesar que en la ley no se encuentra a la simulación como instituto, salvo la excepción consagrada en el artículo 327 de la Constitución de la República que se refiere a la simulación de contratos laborales, así como tampoco se hace referencia a la acción de simulación como recurso ante este fenómeno, ni se indica qué hacer o cómo proceder en el caso de encontrarnos frente a un negocio o acto simulado, es posible arribar a una solución utilizando algunos artículos dispersos en el Código Civil y apoyándonos mayoritariamente en la doctrina y jurisprudencia. Por ello, es posible argüir que se puede otorgar protección al tercero perjudicado por el fenómeno simulatorio, y esta protección está compuesta por dos recursos o acciones. La primera es la acción de inoponibilidad, figura que podemos encontrar en la ley ecuatoriana y que representa un mecanismo utilizado para que los derechos de los terceros se mantengan incólumes en un contrato del que no ha formado parte. El segundo recurso para la protección conferida a terceros es la acción de simulación, la cual se puede incoar con el objetivo, no solo de que el negocio simulado no afecte los derechos de los terceros, sino para destruir los actos o procedimientos afectados por la simulación, o

también puede lograrse, si así se desea, que la verdadera voluntad del contratante salga a la luz y sea ésta la que prevalezca. Si bien es cierto, esta acción judicial de simulación es el mecanismo que de forma directa está destinado a contrarrestar el acto simulado, no consta en la ley ecuatoriana, como se señaló anteriormente, por lo cual la acción de simulación debe ser alegada en juicio ordinario, como enseña la doctrina y lo señala el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto no se cuenta con un procedimiento especial para dicho recurso o acción.

No obstante de la dualidad que existe en la simulación, es posible también encauzar a la simulación en una acción judicial que declare la nulidad del acto, ya sea por existir una simulación absoluta o relativa, o por el hecho que concurren circunstancias que invaliden el acto como son la falta de solemnidades o de objeto o causa ilícitos.

4. Dado al desconocimiento de la figura de simulación, es muy sencillo confundirla con otras figuras, por lo que una distinción entre la simulación y el resto de figuras similares es imperativa. La figura que comúnmente es confundida con la simulación es la acción pauliana, por cuanto la mayoría de contratos simulados son donaciones o compraventas, en las que se tiene por fin perjudicar a un tercero acreedor, creando a través de una enajenación en la que se crea la ficción de disminuir el caudal patrimonial del vendedor, mientras que la acción pauliana maneja los mismo procedimientos y tiene la misma finalidad, con la diferencia que no es una ficción, sino es un acto real en la que el deudor realmente enajena un bien para que de esta manera sus activos disminuyan y consiga empobrecerse ante los ojos de sus acreedores.

De la misma manera, la simulación comparte algunos componentes con figuras similares, así como procedimientos, finalidad y conductas, con la diferencia siempre que la simulación jamás atraviesa el plano ficticio, a

pesar que sus consecuencias son muy reales, la simulación en sí es un acto irreal o uno casi real en el caso que se disfrazase un acto real con uno distinto y ficticio, por lo que el fraude, la colusión o la falsedad no deben ser confundidos con la simulación, pues a pesar de las pequeñas y delgadas diferencias que mantienen entre sí, se distinguen de la simulación por ser actos reales y efectivos.

Estos cuatro puntos denotan de manera clara los problemas de la simulación, abordándola de forma estructurada y deductiva, a fin de facilitar su análisis y entendimiento y, de igual forma, se señala el beneficio que se obtiene o puede obtenerse por aquellos contratantes que buscan perjudicar a terceros a través de contratos simulados. La finalidad de la investigación ha sido estudiar el problema desde sus diferentes aristas y analizar cada uno de sus elementos para de esta manera encontrar una solución al problema que representa la simulación y al mismo tiempo encontrar y explicar los mecanismos que combatan a los negocios simulados y protejan los derechos de aquellos perjudicados por esta figura, objetivos que sin duda alguna se han alcanzado a cabalidad.

RECOMENDACIONES

El gran problema que presenta la simulación es su atipicidad, pues como se señaló anteriormente, en la ley ecuatoriana únicamente se la menciona en un solo artículo de la Constitución actual, sin explicar ningún detalle acerca de la figura. Ante esto, hay un largo camino legislativo y doctrinario por recorrer, a fin de encontrar una solución. Primeramente, la institución de simulación debería ser enseñada en todas las Facultades de Jurisprudencia del país, sin importar el hecho que sea una figura prácticamente atípica, pues su concurrencia fáctica es muy frecuente en la sociedad, ya que en la actualidad la simulación se está convirtiendo en un mecanismo bastante común para engañar y perjudicar a terceras personas y, como consecuencia, el número de contratos simulados aumentan vertiginosamente. Para contrarrestar esto, el jurista debe estar preparado para combatirla y para el efecto, se puede utilizar doctrina y jurisprudencia tanto extranjeras como locales. Para que ello sea posible, la institución de la simulación debería incluirse en nuestra normativa, lo cual implicaría que su enseñanza sea obligatoria y, para el efecto, el legislador debería incorporar un capítulo en el Libro Cuarto del Código Civil, en el cual se establezcan todos los componentes de la figura, como su definición, alcance, grados y efectos.

De igual manera habría que incluir en el capítulo sobre la simulación aquellos actos y contratos susceptibles de ser simulados, y ejemplificar con uno de los contratos típicos para facilitar el entendimiento de la figura. A su vez, debería insertarse las acciones de las que pueden hacer uso los terceros perjudicados, como la inoponibilidad, y en forma más amplia, la acción de simulación, señalando a su vez, los caracteres de dicha acción, tal como el señalar quién la interpone y ante quién debe hacerlo, el tiempo de prescripción de la acción y el trámite con el que se deberá proceder. Si bien es cierto, a pesar de que estos últimos elementos de la simulación son adjetivos, no considero que su inclusión en el Código Civil revista un problema, pues los artículos que versen sobre esta institución deberán ser claros y concisos. Para ello sería prudente observar cómo consta en el Código Civil la figura de la acción pauliana, esto es, en un único artículo que contiene a su vez tres numerales en los cuales se explica la

figura de forma sumarísima y se señalan los actos susceptibles de ser afectados por el fraude pauliano, la acción que se debe tomar y el tiempo en que ésta prescribe, lo cual denota claramente que el Código Civil no sólo contiene la parte sustantiva del instituto, sino también la adjetiva. Por otro lado, una segunda alternativa para incluir la institución de la simulación dentro de la norma civil sería hacerlo de forma similar a las legislaciones comparadas, es decir, dando un concepto de ella, señalando los actos que puede afectar, quiénes están involucrados, la acción a seguir y el tiempo en que prescribe (de hacerlo), en una extensión no mayor a seis artículos, que a su vez deben tener la virtud de ser diáfanos y explicativos.

Ulteriormente, dentro del capítulo en mención, debería tocarse igual dos puntos que pueden no tener tanta relevancia como los anteriormente señalados, pero que su incorporación a la norma, daría más fuerza a la acción de simulación; éstos son los medios probatorios para la simulación y las sanciones que acarrearán el simular actos o contratos. La importancia de esto radica en que los terceros, que son quienes deberán probar la existencia de la simulación, al ser ellos quienes la alegarán, no fueron partícipes en la creación del acto simulado, y por lo mismo carecen de medios probatorios idóneos para hacer prevalecer sus derechos vulnerados. Cabe mencionar que la forma de probar una simulación no es nada sencilla y quien se ve perjudicado por ella, debe acudir a los medios probatorios consagrados en la ley, sin embargo, se debería establecer cuál es el medio probatorio con mayor idoneidad para lograr demostrar la existencia del fenómeno simulatorio dentro de un acto o contrato, a fin de que se recurra a él de forma primordial, y al resto de medios probatorios en forma subsidiaria.

Posteriormente, en la parte final del capítulo de simulación, debe explicar los efectos y consecuencias de la simulación, que, por su naturaleza, deberían verse reflejadas en una indemnización en contra de quien la utiliza y a favor del perjudicado, pues de esta manera no solo se conseguiría resarcir el daño causado y hacer que prevalezcan los derechos del agraviado, sino también se

lograría frenar el uso de la figura, a fin que su concurrencia disminuya paulatinamente.

Finalmente, la orientación académica y legislativa de la institución de la simulación es imperativa, por las razones explicadas anteriormente, por la frecuencia de su utilización y por la impunidad en la que queda el simulador. Es por esto que la simulación debe ser estudiada de manera profunda, pues es la única manera de conocer a cabalidad los pormenores de la figura, tomando en cuenta que la superficialidad en su enseñanza, únicamente logrará que el profesional del derecho quede impedido de combatir la institución y que los derechos de los terceros perjudicados continúen menoscabándose.

REFERENCIAS:

LIBROS:

1. Alessandri Besa, A. (s. f.). *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno*. (Tomo I). Santiago, Chile: Ediar Editores Ltda.
2. Betti, E. (1959). *Teoría General de Negocio Jurídico*. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado.
3. Bonivento Fernández, J. A. (1997). *Los principales contratos civiles*. Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del Profesional.
4. Cabanellas de Torres, G. (2005). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta.
5. Cevallos Vásquez, V. (1994). *Manual de Derecho Mercantil*. Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
6. Cifuentes, S. (2004). *Negocio Jurídico*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
7. Colin, A. y Capitant H. (1941). *Curso Elemental de Derecho Civil*. Madrid, España: Editorial Reus.
8. Coronel, C. (1989). *La Simulación de los Actos Jurídicos*. Bogotá, Colombia: Editorial Nomos.
9. De Gasperi, L. y Morello, A. (1964). *Tratado de Derecho Civil*. (Tomo I). Buenos Aires, Argentina: Editorial TEA.
10. Démogue, R. (1923). *Tratado de las Obligaciones*. (Tomo I). Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina.
11. Díaz, A. (1982). *Contratos Mercantiles*. México D. F., México: Editorial Sagitario.
12. Diez Duarte, R. (1957). *La Simulación de Contrato en el Código Civil Chileno*. Santiago, Chile: Imprenta Chile.
13. Domat, J. (1869 a 1877), *Las Leyes Civiles en su Orden Natural*, Barcelona, España, Editor José Taulá.
14. Gagliardo, M. (2008). *Simulación Jurídica*. Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley.

15. Ghersi, C.A. (1998). *Contratos civiles y comerciales*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
16. León Hurtado, A. (1963). *La Voluntad y Capacidad en los Actos Jurídicos*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
17. Meza Barros, R. (1987). *Manual de Derecho Civil*. (Tomo I). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
18. Ospina Fernández, G. y Ospina Acosta, E. (2002). *Teoría General del Contrato y de los demás Actos o Negocios Jurídicos*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
19. Planiol M. y Ripert, G. (1998). *Tratado Elemental de Derecho Civil*, (Tomos IV, V). México D. F., México: Editorial Cárdenas.
20. Pothier, R. J. (1978). *Tratado General de las Obligaciones*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Eliasta.
21. Sabaté Muñoz, L. (1991). *La Prueba de la Simulación*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
22. Zavala Baquerizo, J. (1994). *Delitos Contra la Fe Pública, La Falsedad Instrumental*. (Tomo II). Guayaquil, Ecuador: Editorial Edino.

CUERPOS NORMATIVOS:

1. Código Civil Argentino, publicado en 1968, recuperado de www.redtel.gov.ar, El 4 de diciembre de 2011.
2. Código Civil Boliviano, publicado en 1975.
3. Código Civil Chileno (Código de Bello), publicado en 1856.
4. Código Civil Ecuatoriano, en Registro Oficial No.46 de 24 de junio de 2005.
5. Código Civil Mexicano, publicado en 1956.
6. Código Civil Peruano, publicado en 1984.
7. Código de Comercio Ecuatoriano, en Registro Oficial No. 863 de 8 de agosto de 1960.
8. Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano en Registro Oficial 58 de 12 de julio de 2005.

9. Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, en Registro Oficial No.360 de 13 de enero de 2000.
10. Constitución de la República del Ecuador, en Registro Oficial No. 448 de 20 de octubre de 2008.
11. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en Registro Oficial No. 395 de 4 de Agosto de 2008.
12. Freitas, Augusto Teixeira, (1860). *Esbozo de Freitas*. Brasil.
13. Justiniano, (533). *El Digesto*. Roma, Italia.

JURISPRUDENCIA:

1. Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia de Casación N° 279-2000 de fecha 30 de Junio del 2000, dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial 134 del 3 agosto del 2000.
2. Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia de Casación N° 270-2006 de fecha 17 de Julio del 2006, dictada por la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, interpuesto por el Banco del Austro S. A. en contra de EQUAGRO S. A., de la Compañía Terranova, Arauz Merchán y Promotora Inmobiliaria L. F. G., de los cónyuges Augusto Villegas Mejía, Graciela Coronel de Lemos de Mejía y otros, publicada en el Registro Oficial 92-S de fecha 28 de Mayo del 2007.
3. Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia de Casación N° 154-2008 de fecha 28 de Julio del 2008, dictada por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, interpuesto por Rafael Sarmiento Domínguez y Herlinda de Jesús Minchalo Agudelo, en contra de Leonardo Maldonado Paredes y Ligia Beatriz Fajardo Palacios, publicada en el Registro Oficial 224-S, de 29 de abril del 2010.

INTERNET:

1. Alcaide de la Fuente, A. (2009). *Teoría de la Declaración, Emisión o Manifestación*. Recuperado el 22 de agosto de 2011 de <http://www.eumed.net/libros/2009b/556/Teoria%20de%20la%20emision%20declaracion%20o%20manifestacion.htm>
2. Anónimo, (s.f.) *Declaración de Voluntad*. Recuperado el 17 de Agosto del 2011 de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/declaracion-de-voluntad/declaracion-de-voluntad.htm>
3. Aucancela Pérez, J. L. (2008). *Representación Contractual Simulada: efectos de la simulación del contrato de compraventa en la legislación actual*. Recuperado el 4 de noviembre de 2011 de <http://www.monografias.com/trabajos57/simulacion-contratos/simulacion-contratos.shtml>
4. Guevara, S. (29 de Octubre de 2004). *Simulación del acto jurídico*. Recuperado el 23 de Noviembre de 2011 de http://www.monografias.com/usuario/perfiles/sixtoguevara_6/monografias
5. Merlo Phez, G. (s.f.) *La capacidad para contratar*. Recuperado el 1 de Septiembre de 2011 de http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=171&Itemid=38
6. Roldós Garcés, J. (s.f.) *Las Nulidades de os Contratos: Rescisión, Resolución y Resiliación*. Recuperado el 5 de Septiembre de 2011 de http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=89&Itemid=27