

LA PRUEBA DE LA SIMULACIÓN

Willy Rodrigo Paz Supo*

RESUMEN

En la actualidad, por la complejidad de los nuevos tipos de relaciones económicas que generan diversas formas de conductas en la persona humana, es muy común celebrar actos jurídicos simulados para conseguir determinados fines, que unas veces son acordes con la legalidad, y otras, incluso, van más allá de ser ilícitos civiles, por ello, el problema de la simulación radica en demostrar su existencia. No obstante, resulta necesario conocer la simulación y sus figuras afines, para así poder comprender lo que se conoce como prueba de la simulación que muchas veces, en tanto aspecto fundamental de la defensa contra la simulación, se ha reducido a lo que conocemos como contradocumento, que viene a ser un segundo acto jurídico documentado mediante el cual podemos destruir o modificar el contenido del primero, siendo que este contradocumento ha devenido en la típica prueba de la simulación. Pero, frente a esta prueba típica, los indicios también constituyen fuente y medios de prueba para que el Juez dirija su jurisdiccionalidad hacia la verdad de lo querido pero ocultado mediante la celebración de un acto jurídico simulado.

PALABRAS CLAVES

Simulación / Falsedad / Fraude / Reserva mental / Negocios indirectos / Pruebas de la simulación / Contradocumento / *Causa simulandi* / *Modus operando* / *Neceditas* / *Omnia bona* / *Affectio* / *Subfortuna* / *Interpósito*.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Aspectos generales de la simulación. 3. Figuras afines a la simulación. 3.1. La falsedad. 3.2. El fraude. 3.3. Reserva mental. 3.4. Negocio jurídico indirecto. 4. Carga de la prueba. 5. Medios probatorios. 5.1. El contradocumento. 5.2. Los indicios. 5.2.1. Causa Simulandi. 5.2.2. Neceditas. 5.2.3. Omnia Bona. 5.2.4. Affectio. 5.2.5. Subfortuna. 5.2.6. Interpósito. 6. Conclusiones.

* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo.

1. Introducción

En el presente trabajo hablaremos sobre la posibilidad de demostrar un acto jurídico aparentemente celebrado, cabe decir, un negocio simulado. Por lo que se plantea la interrogante: ¿cuáles son los medios probatorios existentes que podemos utilizar para demostrar la simulación? Ante la cual, desarrollaremos, en primer lugar y a grandes rasgos, el concepto de simulación y las figuras afines a esta, para luego pasar a tratar el verdadero objeto de nuestro ensayo: la prueba de la simulación.

2. Aspectos generales de la simulación

En una definición literal del término, podemos entender a la simulación, según la Real Academia Española, como aquella alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdadero de un acto o contrato.

Jurídicamente, simulación deriva de “la raíz sánscrita *sa*, de donde viene *samo*, lo mismo; el latino *semol*, *semel*, *similis*, *simulare*. Equivale a hacer aparecer lo que no es, mostrar una cosa que realmente no existe. Simular es dar aspecto y semejanza de verdad a lo que no es tal. La simulación pretende la creación de un ambiente o apariencia falsa para inducir a los demás a error acerca de la verdad del hecho en cuestión....”¹.

La mayoría de instituciones, así como de términos que contiene nuestro ordenamiento jurídico, provienen del Derecho Romano, y la simulación no es una excepción, pues, para los romanos, la declaración de voluntad solo tenía eficacia jurídica en cuanto esta era emitida con seriedad, por lo que cuando el acto jurídico tenía como propósito engañar, se le consideraba como nulo *simulatus, fictus, nullus*.

Stolfi sostiene que “la simulación consiste en manifestar de acuerdo con la otra parte una voluntad aparente: ya por no querer concertar acto alguno, en cuyo caso se denomina absoluta; ya porque se quiere concertar un acto distinto del ficticio, en cuyo caso se denomina

¹ DE CASSO Y ROMERO, Ignacio y CERVERA Y JIMÉNEZ-ALFARO, Francisco. *Diccionario de Derecho Privado*, Editorial Labor S. A., Madrid, 1950, p. 3627.

relativa”². Por ello, “se da la simulación cuando la recíproca declaración de las partes no corresponde a su querer común interno”³.

3. Figuras afines a la simulación

Al tratar sobre la prueba de la simulación es necesario detenernos a precisar las diferencias existentes en las diversas figuras jurídicas que pueden confundirse fácilmente con la simulación, tal es el caso de la falsedad, el fraude, la reserva mental y los negocios indirectos.

3.1. La Falsedad

En la falsedad, “al igual que en la simulación existe la intención de engaño; sin embargo, en la primera el engaño se restringe a la declaración, no a la voluntad”⁴, es decir, en la simulación el engaño se produce en la formación de la propia voluntad humana, en cambio en la falsedad el engaño se produce en el proceso de formalización documentaria del acto. La falsedad se trata de un hecho meramente material, mientras que la simulación mira siempre al elemento intelectual que se agita en la mente de los contratantes, a su voluntad íntima de verificar el acto, por lo que esta es extraña a la fe del instrumento público que lo contiene.

Respecto al ámbito de su producción, se tiene que la falsedad y la falsificación se refieren a actos y hechos de la más variada naturaleza, lo que quiere decir que va más allá del campo del negocio jurídico, mientras que la simulación es una figura jurídica cuyo significado negocial es bien precisado, e incluso en lo que respecta a su eficacia frente a terceros, estos son los que solo tienen legítimo interés en el negocio jurídico simulado. Por lo que, “al quedar [la falsedad] fuera del ámbito negocial, la responsabilidad que origine no será la negocial, sino la aquiliana y, en su caso, la penal”⁵.

² STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 154.

³ TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones del Derecho civil*, T. I., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, p. 162.

⁴ NUÑEZ MOLINA, Waldo. *La simulación del acto jurídico*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2008, pp. 74, 75.

⁵ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*, 2da.ed, Madrid, España, Editorial Civitas, 1997, p 341.

3.2. El fraude

Comúnmente, una parte de la doctrina considera inútil hacer la distinción entre fraude al acreedor y la simulación, ya que en la actualidad, muchas veces, la simulación persigue específicamente un propósito fraudulento. “El acto fraudulento es real, serio, querido por las partes en su forma y contenido, de índole ilícito que busca perjudicar a terceros, siendo el objetivo de la acción pauliana la revocación del acto realizado, restableciendo la garantía de los acreedores, reparando el perjuicio efectivo, a cuyo efecto es decisivo establecer el móvil que inspirara al deudor”⁶.

3.3. Reserva Mental

La reserva mental es un supuesto de discrepancia entre la voluntad interna y la manifestada, la cual se produce “cuando tácitamente el declarante no quiere lo que declara”⁷, es decir, la simulación y la reserva mental se diferencian por el acuerdo simulatorio. Cuando la discrepancia entre la voluntad real y la declaración simulada se establece entre los sujetos, es simulación. La característica de la simulación que distingue a la reserva mental, estriba en el acuerdo con la parte a la que se dirige la declaración. La reserva mental es, pues, un hecho en los actos bilaterales o con declaración recepticia, cuando el declarante manifiesta algo que en realidad no quiere, pero sin que la otra parte conozca tal discordancia.

3.4. Negocio Indirecto

En cuanto al negocio indirecto, se presenta “cuando las partes recurren en el caso concreto a un negocio concreto determinado, para alcanzar consciente y consensualmente por su medio fines diversos de aquellos típicos de la estructura del negocio mismo”⁸.

Dominedo, citado por Gagliardo, sostiene que el negocio indirecto consiste en emplear una determinada forma jurídica típica para conseguir indirectamente una finalidad económica que no puede alcanzarse de modo directo⁹; la diferencia radica en que el negocio empleado es en

⁶ GAGLIARDO, Mariano. *Simulación Jurídica*, 1ra. ed, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 186.

⁷ NUÑEZ MOLINA, Waldo. *La simulación del acto jurídico*, Op. Cit., p. 79.

⁸ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Op. Cit., p. 447.

⁹ GAGLIARDO, Mariano. Op. Cit., p. 181.

realidad querido y las partes lo adoptan de modo serio aunque con el deseo de conseguir a través de él un fin indirecto.

Distinguida ya la simulación de otras figuras jurídicas y entendido ya el concepto de simulación como aquel negocio que “sin quererlo de verdad, se finge celebrar, llevando a cabo la conducta exterior que consiste el otorgamiento del negocio verdadero que sea, pero sin voluntad de realizar efectivamente el tal negocio, que sólo se aparenta, pues el otorgante u otorgantes no tienen deseo de darle vida, sino que sólo persiguen (con el fin que sea) hacer creer a los demás que es realidad lo que únicamente es una engañosa apariencia vacía del necesario propósito negocial, propósito que no se tiene, sino que sólo se finge”¹⁰; debemos pasar a tratar el verdadero objeto de nuestro ensayo, la prueba de la simulación.

4. Carga de la prueba

Se ha considerado a la simulación “como una materia *difficilioris probationes*, pues reúne la triple característica de hallarse constituida por unos hechos ocultos, psíquicos y generalmente ilícitos”¹¹. El negocio simulado está adornado de requisitos externos de legalidad y seriedad, y se han borrado cuidadosamente las huellas de la simulación, porque en principio “toda declaración de voluntad es auténtica expresión de lo realmente querido”¹².

Si bien es cierto, nuestro Código dedica un título completo a la simulación sin establecer una definición, sí precisa su clasificación, pero sin detenerse a establecer los mecanismos necesarios para probar la simulación. Menciona que la índole del reclamo judicial por simulación está supeditada a su ejercicio por las partes intervinientes o bien por terceros, como lo estipula el art. 193. Anteriormente, en el Código de 1936, el art. 1095 disponía que “los que hubiesen simulado un acto con el fin de violar la ley, o para perjudicar a un tercero, no podrán ejercer el uno contra el otro las acciones que surgirán del acto practicado si fuera real y permitido”.

Esto se debe a que los actos jurídicos tienen la presunción de legitimidad, y en aquellos supuestos en que se alegare la nulidad o anulabilidad según sea el tipo de simulación por

¹⁰ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *La Simulación*, Madrid, EDISOFER S. L., 2005, p. 17.

¹¹ MUÑOZ SABATÉ, Luis. *La prueba de la simulación*, 3ra. ed, Bogotá, Temis, 2011, p. 45.

¹² CIFUENTES, Santos. *Negocio Jurídico*, 2da. ed, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 650.

falsedad o apariencia o en aras de acreditar su verdadera naturaleza, corresponde al actor la carga probatoria, pues “la acción de simulación no tiene carácter de acción pública y por ello se limita su ejercicio, como en general sucede con todas las acciones de naturaleza civil, a quienes tengan un justificado interés jurídico en su declaración”¹³.

Como sostiene Mosset, “la prueba de conocimiento de la simulación en disputa debe cargarse sobre quien demanda, porque se parte del principio indiscutible en Derecho de que las convenciones entre particulares deben reputarse sinceras hasta que se pruebe lo contrario”¹⁴. Sin embargo, los terceros pueden aludir *cualquier medio de prueba permitido por ley* en cuanto se requiera probar la simulación y el perjuicio que le causa, utilizándose comúnmente, por parte de los terceros, las presunciones o indicios que de manera suficiente puedan llevar la convicción de que la simulación ha ocurrido, en tanto que la “índole del reclamo judicial por simulación, está supeditada a su ejercicio por las partes intervinientes o bien por terceros”¹⁵.

Como se ve, en la primera hipótesis la acción es meramente declarativa, las partes buscan se declare la verdadera realidad jurídica, en la segunda, el tercero acciona patrimonialmente para la restauración del patrimonio de una persona, y como sostiene De Castro y Bravo, los interesados pueden ejercitar la acción de simulación en defensa de sus derecho. “Quien impugna por simulación ha de tener la titularidad de un derecho que ponga en peligro el contrato carente de realidad y ha de justificar un interés en requerir la tutela jurídica (S. 22 febrero 1943); condición que también se ha caracterizado como interés jurídico tutelable, esto es, que sea titular de un derecho subjetivo o de una situación jurídica que el negocio jurídico vulnera o amenaza”¹⁶.

Nuestro Código Civil menciona en el art. 193 que “la acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercitada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, según sea el caso”, siendo necesario para el tercero encontrarse necesariamente en una posición que *el acto simulado* le perjudique, para que haga uso de la acción y, por tanto, de los medios probatorios *típicos o atípicos permitidos por la ley* para solicitar una acción de nulidad en cuanto al acto simulado.

¹³ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Op. Cit., p. 358.

¹⁴ ITURRASPE MOSSET, Jorge. *Contratos simulados y Fraudulentos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, p. 289.

¹⁵ GAGLIARDO, Mariano. Op. Cit., p. 210.

¹⁶ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Op. Cit., p. 359.

La prueba de la simulación es una prueba “tendente a demostrar que el acto que sea es simulado, y no verdadero como aparenta serlo, se rige por las reglas generales de la prueba, y así cabe intentar utilizar contra el acto cualquiera de los medios de prueba que la ley admite”¹⁷, ya que esta es “la representación de un hecho y, por consecuencia, la demostración de la realidad (o de la irrealidad) del mismo”¹⁸, *por lo que su probanza se subsume a la ley general de la prueba.*

Existe entonces un consenso en la doctrina que considera que a la teoría de la prueba de la simulación se le aplica los principios generales *que rigen* el tema de prueba.

Se sabe que en la teoría general del proceso se han establecido dos sistemas de valoración de los medios probatorios: 1) el de la tarifa legal o de la prueba tasada; 2) el de la libre apreciación del juez o de la libre convicción o de la *sana* crítica o del criterio de conciencia. De esta forma el primer sistema nos ofrece los valores de los medios probatorios ya preestablecidos por el ordenamiento jurídico, de forma que el juez únicamente deberá aplicar los pesos ya previstos en las normas, no pudiendo incorporar su propio convencimiento en la resolución del caso. En cambio, en el sistema de libre apreciación de las pruebas que recoge nuestra norma adjetiva en el artículo 197º del Código Procesal Civil, faculta al juez la apreciación conjunta y razonada de los medios probatorios.¹⁹

5. Medios probatorios

Los medios probatorios más importantes para acreditar un negocio simulado, son el contradocumento y los indicios.

5.1. El contradocumento

El llamado contradocumento o constrainstrumento, también contradecларación, y en Francia denominado *contre – lettres*, fue un concepto clásico que recrearon los antiguos juristas franceses y que se enfatiza en “la modificación, destrucción, anulación, corrección o supresión

¹⁷ Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. Op. Cit., p. 201.

¹⁸ MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, p. 506.

¹⁹ NUÑEZ MOLINA, Waldo Francisco. *Acto jurídico, Negocio Jurídico*, 2da. ed, Lima, Ediciones Legales, 2012, p. 399.

de lo simulado por medio de la contradecларación. El codificador lo expuso así: El contradocumento es un acto destinado a quedar secreto, que modifica las disposiciones de un acto ostensible (...). El negocio simulado o disfrazado tiene presencia independiente de la contraescritura. Ésta, simplemente, hace constar el disfraz y da a conocer el negocio verdadero”²⁰. Es decir, a través de ella solo se limitará el reconocimiento sin alteración, pero con fines probatorios acerca de la no existencia o existencia diferente de un acto jurídico celebrado.

Por ello se considera que es un acto escrito, de carácter declarativo, que es mantenido de forma secreta y por tanto retroactivo en sus efectos, que van a posibilitar sincerar el negocio jurídico desde el momento en que se simuló, *siendo innecesaria que exista similitud temporal entre el negocio simulado y la contradecларación, lo que si resulta exigente es la simultaneidad intelectual, vale decir, que la contradecларación contenga la convención de que el acto por celebrarse o celebrado es un acto simulado, por lo que la contradecларación puede ser de fecha anterior o posterior al acto simulado.*

Con relación a ello, “la parte que tenga en su poder un segundo documento que destruya o modifique el contenido del primero, fácilmente puede probar la simulación: siendo igual la fuerza probatoria de ambos medios de prueba, la verdad surgirá de su comparación”²¹. En efecto, la presencia de ese contradocumento ha venido siendo requisito probatorio casi obligado en todas las resoluciones judiciales que debían decidir acerca de la simulación alegada *inter partes*.

Rivera, citado por Núñez, sostiene que los requisitos que debe reunir el contradocumento es que han debido ser otorgados por las partes del negocio simulado, se debe referir fatalmente al acto simulado y además debe tener simultaneidad intelectual con el acto²². No obstante, con relación a esta última característica, existen autores que consideran que incluso si el contradocumento se ha celebrado con posterioridad al acto ostensible, no pierde su valor probatorio.

²⁰ CIFUENTES, Santos. Op. Cit., p. 648.

²¹ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil*, T. V., 4ta. ed, México, 2003, p. 116.

²² Cfr. NUÑEZ MOLINA, Waldo. *La simulación del acto jurídico*. Op. Cit., p. 144.

Empero, “en honor a la verdad debemos concluir afirmando que afortunadamente su exigibilidad ha sufrido notables excepciones fundadas en otras normas probatorias contenidas en los mismos códigos, siendo así corriente que no se hacía necesaria la presencia de dicho contradocumento, y puedan utilizarse por tanto las presunciones, cuando haya un principio de prueba por escrito, o una imposibilidad de procurarse prueba escrita”²³, es decir, que puede probarse la existencia de simulación sin necesidad de contradocumento, cuando ha sido concertada *infraus legis*, porque supone que quien simula para eludir una ley prohibitiva no documenta su propio fraude.

Las partes celebrantes de un negocio jurídico, “generalmente suelen rodearse de situaciones para impedir el descubrimiento de la simulación y, por consiguiente, evitan, en lo posible, crear pruebas escritas”²⁴, aunque si el acuerdo simulatorio se ha perfeccionado de manera verbal no impide su prueba, pero sí la hacen más difícil, ya que “la simulación rara vez presentará prueba directa de su existencia dado el deseo de las partes en ocultarla y, por el contrario, habrá de basarse en presunciones que lleven a la convicción del juzgador la inexistencia del contrato impugnado”²⁵.

Debemos precisar que el fundamento del contradocumento es, como lo sostiene el doctor Chute citado por Llambías, de creación jurisprudencial mas no legal, pues considerando que tal contrainstrumento es producto de la exigencia para la estabilidad jurídica que podría verse afectada por una fácil admisión de pruebas que tienen como finalidad desvirtuar los contratos más seriamente formalizados y además se alegaría la fe que merecen los instrumentos públicos y los privados para deducir de tal calidad la imposibilidad en la que se encontrarían las partes para probar en contra del documento donde está constatado el acto simulado (...)²⁶.

Cabe precisar que la pérdida fortuita del contradocumento plantea la interrogante de si aquél podría acreditarse por otros medios probatorios. Gagliardo cita un caso real que trae a colación Acuña Anzorena: el señor A. Ibarguren, concubino de Josefina Macchi, ganó la lotería en España, depositando el dinero en bancos de Buenos Aires a nombre de esta mujer y,

²³ MUÑOZ SABATÉ, Luis. Op. Cit., p. 62.

²⁴ MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del contrato*, Lima, Ara Editores, 2007, p. 504.

²⁵ ALBARADEJO GARCÍA, Manuel. Op. Cit., p. 204.

²⁶ Cfr. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Vicios de los Actos Voluntarios*, 21 ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 467.

además, con dicho dinero el afortunado celebra mutuos hipotecarios, resultando titular de los fondos la concubina. De regreso a Buenos Aires, naufraga el barco, la pareja fallece y, presuntamente, el contradocumento corre idéntica suerte. Los herederos de la Sra. Macchi inician el procedimiento sucesorio y los sucesores de Iburguren plantean la cuestión de fondo: simulación de las cuentas y mutuos, a lo que se responde la ausencia de contradocumento.

En primera instancia, se admitió el reclamo de los acreedores y la cuestión consistía en la imposibilidad de presentar la prueba escrita por parte de los hijos de Iburguren para demostrar la simulación.

Alfredo Colmo llevó la voz en la sentencia del Tribunal apelado y brevemente señaló que la tragedia del barco Príncipe de Asturias, hacía verosímil que el causante tuviera en su poder el contradocumento y, según el art. 1191 Código Civil, resulta admisible cualquier prueba supletoria; la imposibilidad material de presentar la contradecларación por haberse perdido, hicieron viable la demanda de simulación²⁷.

5.2. Los Indicios

Dentro de la prueba de la simulación, debemos destacar los indicios, ya que estos son los medios de mayor frecuente utilización y el medio más demostrativo, *por cuanto los simulantes adoptan todas las precauciones y medidas para hacer verosímil el contrato fingido, para darle visos de credibilidad, sin dejar huellas que permitan descubrir el acto verdadero, por lo que la dificultad es mayor para los terceros, que son los que no intervienen en el acto simulado y que solo actúan* en cuanto la simulación cause en ellos perjuicios o tengan interés legítimo, *por tanto, únicamente tienen la posibilidad de allegar pruebas indirectas, deducciones e inferencias, en otras palabras, utilizan los indicios como camino para que el juez dirija su mente hacia la verdad de lo sucedido*²⁸.

La palabra indicio proviene de la voz latina *indicium*, una derivación de la locución *indicere*, que significa indicar, hacer conocer algo, por lo que se podría definir como “un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que

²⁷ GAGLIARDO, Mariano. Op. Cit., pp. 106, 107.

²⁸ Cfr. SUESCÚN MELO, Jorge. *Derecho Privado, Estudio de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*, T II, 2da. ed., Bogotá, Legis Editores, 2003, p. 387.

de aquel que obtiene, en virtud de una operación lógico crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos”²⁹.

No obstante, debemos tener cuidado de no confundir el “indicio” con la “presunción”, pues la diferencia radica en que el indicio supone un análisis inductivo, en cambio la presunción uno deductivo; los indicios se basan en el razonamiento lógico que utiliza el juez tomando en cuenta las pruebas, calificándose a los indicios como prueba indirecta, que dependiendo de la circunstancia va a adquirir un determinado significado. La presunción, no se basa en la prueba, sino al plano abstracto por parte del magistrado ya sea por criterio propio como persona de gran experiencia (presunción del hombre o judicial) o por criterio legal (presunción legal)³⁰.

Los indicios, para que generen los efectos que se desean, deben ser como lo considera Suescún: “Necesarios, graves, serios, concordantes y tener relación de causalidad con el hecho que se trata de probar”. Estos fueron requisitos que la Corte Suprema de Justicia de Colombia consideró para que la prueba sea “completa, segura, plena y convincente”.

5.2.1. Causa Simulandi

Dentro de los indicios debemos destacar que existe parte de la doctrina que señala que en materia de la prueba de la simulación se debe tratar, en primer lugar, la *causa simulandi*, ya que “se trata del factor típicamente motivacional de la simulación, y sin el cual ésta nos resultaría absurda de comprender”³¹, por lo que esta nos abrirá cualquier trayecto lógico dentro de la prueba de la simulación, pues como diría el maestro Messineo, es el “fin perseguido por las partes cuando realizan la simulación y aprestan el medio apto para esto”³². En otras palabras, como diría Ferrara, es el interés que lleva a las parte a hacer un contrato simulado, el motivo que induce a dar apariencia a un negocio jurídico que no existe, o a presentarlo en forma distinta de la que corresponde, es el porqué del engaño.

²⁹ NÚÑEZ MOLINA, Waldo. *Acto Jurídico, Negocio Jurídico*. Op. Cit., p. 386.

³⁰ Cfr. NÚÑEZ MOLINA, Waldo. *Simulación del acto jurídico*. Op. Cit., p. 133.

³¹ MUÑOZ SABATÉ, Luis. Op. cit., p. 65.

³² MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del contrato*, Op. Cit., p. 463.

Aunque para lograr la declaración de la simulación, “no es esencial demostrar la *causa simulandi*, es importante su examen, porque no es lógico pensar que los individuos obren sin ninguna razón o se mienta sin motivo”³³. Como diría Núñez, la importancia radica en que al determinar la *causa simulandi*, contribuirá a dejar de ver confusamente en el acto jurídico la posibilidad de una simulación e incitará al juez a estar conforme con el resultado de la prueba³⁴.

Por lo que “si se llegara a establecer la *causa simulandi* la prueba marchará más expedita y segura, al ser, como es, un preámbulo para iniciar el camino de la prueba de la simulación, sirviendo como hilo conductor para guiar al juez a través del laberinto de los hechos y orientarlo”³⁵. Como lo afirma el maestro Barandiarán, una vez “establecida la causa de la simulación, los impugnantes deducirán de ellos los elementos y conjeturas que puedan servir para demostrar la inexistencia o simulación del contrato, yendo de lo conocido a lo desconocido por medio de inducción”³⁶.

Un ejemplo de este indicio es el que nos plantea Gagliardo, en donde “los cónyuges Bianconi constituyeron una sociedad en comandita por acciones, asumiendo ambos el carácter de comanditarios y un hijo de dicho matrimonio actuaba como socio solidario. El padre enajenó a la sociedad dos importantes inmuebles y a raíz de su fallecimiento, otro de los hijos interpuso las respectivas compraventas. Además de ese actor, otros dos hijos fueron ajenos a la sociedad, destacándose que el *modus operandi* fue seguro toda vez que en vida del causante podía controlar los bienes sin perjuicio de que el codemandado tenía en la sociedad una participación del 33% a pesar de su aporte considerablemente menor al de los otros socios, y en caso de fallecimiento de algún socio, el contrato establecía una forma de liquidación netamente desfavorable a los herederos del socio fallecido, y correlativamente ventajosa para el socio sobreviviente”.

La sentencia declaró la simulación de las ventas respectivas. El pronunciamiento centró la *causa simulandi* en la voluntad del causante (padre actor) de favorecer a uno de sus hijos en

³³ CNCiv, Sala E, Argentina, 15 julio 1963, RJAL, núm. 115, p. 193.

³⁴ Cfr. NÚÑEZ MOLINA, Waldo. *La simulación del Acto Jurídico*, Op. Cit., p. 146.

³⁵ Aud. T. La Coruña, 24 febrero, 1970, F. G., núm. 150 de 1971.

³⁶ BARANDIARÁN, José León. *Tratado de Derecho Civil*, T II, Lima, WG Editor, 1991, p. 207.

detrimento de los demás herederos legitimarios y una diversidad de pautas reveladoras de la simulación”³⁷.

Por ello consideramos que existe una *causa simulandi*, estando de acuerdo tanto con la posición del autor, como con la del órgano jurisdiccional, que resolvió la demanda por lo siguiente: Si la sociedad en comandita teniendo como cónyuges Bianconi como comanditarios, es decir, aquellos que habían aportado el dinero o capital, y al hijo de dicho matrimonio como socio solidario, el que iba a representar a la sociedad y ser responsable de ella frente a terceros y ante la misma sociedad; se tiene que el capital, no era del hijo o socio solidario, sino era de los esposos Bianconi, por tanto, existía a su fallecimiento, una herencia patrimonial a favor de sus hijos que no participaron en la sociedad en comandita, y, al haber establecido pautas dentro de la sociedad para favorecer al socio solidario que quedaba vivo frente a los derechos de los herederos del socio fallecido y haber transferido los dos importantes inmuebles que pertenecieron a los cónyuges, no era sino utilizar a la sociedad en comandita, para transferir de manera ilegal y sin costo alguno a favor del socio solidario que era su hijo, los referidos bienes en perjuicio de los demás hijos herederos.

Empero, deducimos que existe todo un *modus operandi* durante el tiempo en que estuvo en vida el padre, puesto que podía controlar el capital y los bienes dentro de este capital, sin embargo, había establecido una cláusula correspondiente al momento de constituir dicha sociedad, y que al fallecimiento de uno de los socios, los bienes deberían pasar a favor del socio no fallecido, perjudicando de esta forma el derecho que tenían los herederos que no eran socios, por lo que fácil es concluir que dicho *modus operandi*, no fue sino un procedimiento para transferir al hijo o socio solidario, los bienes en perjuicio del resto de sus hijos y herederos, mediante el supuesto acto de transferencia onerosa.

Se agrega, además, que ese *modus operandis*, es una *causa simulandi*, ya que aparentemente, la sociedad en comandita adquiriría los bienes, pero en realidad se le transfería al hijo y socio solidario, la propiedad de los mismos, sin que hubieran aportado capital alguno a la sociedad, esto es, no era comanditario, era solidario, lo que quiere decir que no había aportado ningún tipo de capital y solo era el comerciante de la sociedad; por lo que podríamos afirmar que el

³⁷ GAGLIARDO, Mariano, Op. Cit., p. 209.

padre prefabricó la sociedad en comandita para enriquecer indebidamente al hijo que incluyó como socio solidario.

En la jurisprudencia nacional, en la Casación N° 432-96-ICA se considera que: “existe nulidad por simulación absoluta por cuanto el acto simulado, invocado, está correctamente interpretado, pues la demandada solicitó la formación de títulos supletorios a sabiendas de que no tenía la calidad de propietaria del bien, sin contar con documentos que comprueben el dominio ni poseer justo título. Respecto a la forma prevista bajo sanción de nulidad del título supletorio, la formalidad del proceso se había viciado, al provenir de un acto simulado, más si los propietarios no fueron tomados en cuenta en dicho acto declarativo”³⁸.

En la Casación N° 1230-96 se sostuvo que “(...) cuando por razones de índole personal los abuelos pretenden reconocer como hijo a quien realmente es su nieto, existe invalidez del acto jurídico por simulación absoluta; en este caso, los afectados de la sentencia solamente se limitan a excluir el nombre del demandante, quien aparece como padre en la partida de nacimiento”³⁹.

5.2.2. Necesitas

Otro de los indicios utilizado como medio probatorio para la simulación es el de la *necesitas*, el cual ayudará a constatar la existencia de esa necesidad al momento de constituir una relación negocial. Este indicio busca “la falta de necesidad para la realización del negocio impugnado, para enajenar, gravar, etcétera”⁴⁰; por lo que *en* palabras de Núñez, “quien realiza un contrato lo hace para satisfacer alguna necesidad, aunque esta inclusive no sea de carácter primario”⁴¹.

Este indicio se podría justificar en un proceso judicial cuando el vendedor, libre de créditos hipotecarios, deudas u otras, vende un bien, el cuál llevaría a preguntarnos cuál fue la necesidad para celebrar dicho acto jurídico, no obstante, este indicio no debería limitarse a los supuestos de existencias de créditos bancarios, sino también, podría basarse en que la

³⁸ GACETA JURÍDICA. *Cuadernos jurisprudenciales. Simulación del acto jurídico*. N° 45, marzo, 2005, año 4, p. 20.

³⁹ *El Código Civil a través de la jurisprudencia*. Asociación No hay Derecho, Lima, 2002, p. 102.

⁴⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. Cit., p. 320.

⁴¹ NÚÑEZ MOLINA, Waldo Francisco. *Acto Jurídico, Negocio Jurídico*. Op. Cit., p. 412.

necesidad de celebración del acto fue porque el vendedor cambiaría de domicilio, quiere realizar una inversión o saldría del país.⁴², ya que por lo general, la necesidad a la que alude este indicio es la económica.

Por ello, podría considerarse un indicio *necessitas*, cuando “no se ha demostrado que el vendedor, en el momento de otorgar el contrato, tuviese dificultades económicas que le impulsasen a llevar a cabo la enajenación, ni consta que tuviese deudas pendientes”⁴³. Por lo que “un status económico elevado del vendedor hace más difícil la justificación de una venta”⁴⁴.

Funciona como la contracara de la *causa simulandi*, por lo que Muñoz Sabaté afirma que este indicio es el más eficiente para atacar la *causa simulandi*; ya que “si dicho demandado no produce ninguna alegación, el silencio valdrá como indicio en su contra, pues nada hay tan absurdo como el concertar un negocio jurídico sin razón alguna que lo justifique”⁴⁵; por ello, de la falta o carencia de alguna necesidad a satisfacer por el negocio que ha sido impugnado, se podrá extraer o deducir un dato simulatorio. El mismo autor considera que absurdo resultaría la venta *in articulo mortis*.

5.2.3. Omnia bona

Este tercer indicio se manifestará en dos supuestos: “la disposición o enajenación de la totalidad del patrimonio o la parte más importante de este”⁴⁶. Este indicio comúnmente se encuentra vinculado y correlacionado con el anterior indicio, *necessitas*. Por ello, este tipo de indicio respecto a la simulación se da por la enajenación en absoluto de todos sus bienes o de una selección que haga el actor simulador, que por una ponderación de preferencia ya sea económico o sentimental, terminará concluyendo en un acto simulado⁴⁷.

Como jurisprudencia nacional ante este tipo de indicio, tenemos al Exp. Cucho c/Cucho, por nulidad de acto jurídico, R. S. 10 Oct. 62. Perú, en el cual encontramos que: “un anticipo de

⁴² Cfr. NÚÑEZ MOLINA, Waldo Francisco. *Acto Jurídico, Negocio Jurídico*. Op. Cit., p. 412.

⁴³ Aud. T. Palma de Mallorca, 6 marzo 1957, RGD, 1958, p. 554.

⁴⁴ MUÑOZ SABATÉ, Luis. Op. Cit., p. 106.

⁴⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. Cit., p. 321.

⁴⁶ NÚÑEZ MOLINA, Waldo. *La simulación del Acto Jurídico*. Op. Cit., p. 149.

⁴⁷ Cfr. NÚÑEZ MOLINA, Waldo Francisco. *Acto jurídico, Negocio Jurídico*. Op. Cit., p. 413.

legítima puede disimularse bajo la apariencia de una venta. Es ineficaz el acto jurídico en virtud del cual un padre “vende” a favor de uno de sus hijos una propiedad inmueble, ocultado lo que en realidad era un anticipo de legítima, con el propósito de evitar una futura colación hereditaria y, consecuentemente, perjudicando el derecho de los demás hijos”. Vemos pues, que está enajenando parte de sus bienes en favor de su hijo a quién pretende dejar una mayor herencia de lo que le corresponde.

En el recurso de Casación N° 1995-2005-La Libertad, hallamos que cuando se ha “(...) establecido como una cuestión de hecho que el acto jurídico celebrado entre don (...) y el recurrente, adoleció de simulación, con la finalidad de perjudicar la masa hereditaria del causante (...)”⁴⁸, entonces dicho acto será nulo, pues se está enajenando una parte o totalidad de sus bienes para no darlos a los herederos forzosos.

El Exp. N° 861-13, Munaila c/Munaila, nulidad, R.S. 1 Dic. 14 Perú, consistente en que: “un cura con cinco hijos quiso asegurar el futuro de sus descendientes y prevenir eventuales disputas entre ellos, transfiriéndoles en vida todas sus propiedades inmobiliarias. En vez de donar u otorgar anticipos de legítima, optó por simulaciones absoluta de venta. Años más tarde ante la conducta ingrata de sus hijos, decidió invalidar las transferencias de dominio amparándose precisamente en la causal de simulación absoluta. La Corte Suprema declaró la nulidad de las ventas y de las respectivas escrituras públicas”. Dentro de este expediente podemos encontrar diferentes indicios, incluso modos que nuestro Código sanciona. Encontramos, pues, el indicio de *Omnia bona*, porque el cura enajenó la totalidad de su patrimonio, simulando un contrato de compraventa además de incumplir algunos requisitos para el acto celebrado.

Borda menciona que “en la naturaleza y cuantía de los bienes que aparecen enajenados; es sospechosos, en efecto, que el vendedor transfiera precisamente aquellos bienes que por razones económicas, por ser su principal fuente de recursos, o por motivos sentimentales son los que más hubiera debido procurar que quedaran en su poder”⁴⁹. Por lo que “no es normal que se desprenda del bien de más valor, sin un motivo imperante”⁵⁰.

⁴⁸ En el diario *El Peruano*, Lima, miércoles, 1 de marzo de 2006, p. 15671.

⁴⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. Cit., p. 323.

⁵⁰ Jdo. 1era Instancia Buenos Aires, 11 mayo 1944, RJAL, núm. 36, p. 28 y ss.

5.2.4. *Affectio*

El *affectio*, otro de los indicios más comunes, consiste en el vínculo afectivo que existe entre el sujeto simulador y las personas a las cuales les transferirá o enajenará sus bienes⁵¹. Estos vínculos suelen ser en su mayoría de tipo sentimental, familiar, de amistad o dependencia económica.

El parentesco que tiene el comprador con el vendedor, integrará pues un cuadro de presunciones sobre la existencia de un acto simulado, ya que la elocuencia del indicio aumentará conforme a la proximidad que tiene el simulador con el parentesco⁵². “La maniobra simulatoria se cristaliza con la intervención de un agente ligado al simulador por lazos afectivos, ya que existe con dicha persona una relación de confianza, con la cual pueda contar con la seguridad de que esta conservará los bienes pese a haberlos transferido, caso contrario, podrían peligrar los bienes del simulador si se tiene en cuenta que un tercero de buena fe podría adquirirlos y verse protegido por lo dispuesto en el art. 194 de nuestro Código Civil”.

En el Exp. N° 1625-47-La libertad, Núñez c/ Muñoz, Nulidad del contrato, R. S. 22 Oct. 46 Perú, se estima que “es nula por simulación absoluta la venta realizada por el demandado a su madre, considerando los siguientes hechos: la proximidad del vínculo familiar, la falta de razón aparente para que el vendedor de los dos únicos inmuebles de su propiedad, las contradicciones de la compra respecto a monto y oportunidad de pago tal precio, la no inscripción de la venta y la preexistencia de una ejecutoria suprema ordenando al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias con su esposa, impaga durante 3 años”.

Según el Exp. N° 16979-58-San Martín, Mendoza y otro, nulidad de escritura y reivindicación, R.S. 10 nov. 59. Perú, “es nulo el contrato de compraventa al haberse probado en juicio que el único propósito de los contratantes era simular una transferencia patrimonial con el fin de burlar derechos alimentarios. En el presente caso el vendedor enajena un inmueble en favor de su hermana con posterioridad a ser notificado con la demanda de alimentos, pero continúa ejerciendo todos los actos de dominio”.

⁵¹Cfr. NÚÑEZ MOLINA, Waldo. *La simulación del Acto Jurídico*, Op. Cit., p. 152.

⁵² Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. Cit., p. 323.

En el Exp. N° 214-24, Medizábal, nulidad de contrato, R. S. 11 ago. 24 Perú, se señala que “el hecho de que el vendedor, después de haber transferido formal y aparentemente el bien a su hijo continúe en posesión del inmueble pague las contribuciones legales y los impuestos fiscales que lo afectan y celebre un contrato de opción de venta, demuestre que esa venta estuvo viciada de nulidad absoluta y, por tanto carece de validez total”.

5.2.5. Subfortuna

A la falta de medios económicos por parte del sujeto aparente como adquiriente, resulta un indicio muy frecuente, a este indicio se le conoce como *subfortuna*, que quiere decir, insolvencia.⁵³ Pues resulta obvio que “si un individuo dice que compra, ello implica que de alguna forma goza de cierta capacidad adquisitiva; si alguien se manifiesta que presta dinero, se sobreentiende que dispone previamente del mismo”⁵⁴. Este indicio se basa pues en cuanto al bajo nivel económico del prestatante.

Con relación a la edad de los compradores, cabe precisar que “la menor de edad de los compradores, en actividad de *estudiante* a cargo de los padres, la inexistencia de peculio...”⁵⁵. “La posterior venta de la vivienda de autos a la señorita M. (...) soltera, *estudiante*, vecina de Bellpuig y que convive con sus padres en A y de donde arranca, o se intenta por segunda vez la causa de necesidad alegada por la precarista demandante, tiene todos los visos y apariencias de un contrato simulado, ya que es anómalo y fuera de lo corriente que unos complejos modulares constituidos por tres viviendas (...) se vendan por la cantidad de dos millones de pesetas a una persona que, dada su condición de hija de familia, sin economía independiente, disponga de ese dinero”⁵⁶. Este es un caso que, sin lugar a dudas, demuestra la esencia misma del indicio de la *subfortuna*, pues la estudiante ante todo pronóstico, no se encontraba en la suficiente condición para solventar un gasto de tal nivel, por lo que lógicamente, dicho acto jurídico se declaró nulo por simulación.

El Exp. N° 646-99-Lima. Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento (20/10/1999), señala que “debe ampararse la nulidad del acto jurídico por simulación, pues, se ha acreditado

⁵³ MOSSE ITURRASPE, Jorge. Op. Cit., p. 326.

⁵⁴ MUÑOZ SABATÉ, Luis. Op. Cit., p. 154.

⁵⁵ Aud. T. Cáceres, 10 mayo 1978, RGD, 1979, p. 639.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 155.

que la demandada transfirió el inmueble, con fecha posterior a la pretensión dineraria de la demandante a su hermana, la misma que no ha demostrado solvencia económica para la adquisición del inmueble”. Este expediente nos muestra pues un indicio *affectio* por parte de la simuladora con su hermana, el cual demuestra un vínculo familiar y además un indicio *subfortuna* que delata la insuficiencia económica de la hermana para adquirir el bien inmueble.

En la R.S. de fecha 14.08.52-RJP N° 104 se sostiene que “la simulación de una compraventa queda acreditada: 1° por la preexistencia de una obligación que el vendedor pretende eludir; 2° por la falta de solvencia económica del comprador y 3° porque no existe constancia notarial de la entrega del precio”. Acreditación del cual nos encontramos de acuerdo pues dichos supuestos evidencian notablemente la simulación del negocio jurídico celebrado.

5.2.6. Interpósito

Otro indicio muy particular es el *interpósito*, el cual consiste en que “un simulador pretenderá reforzar la apariencia verídica de un acto jurídico pero que al precaverse del riesgo de una infidelidad o traición de su cómplice, contrata con un extraño para que posteriormente, esta persona contrate a la vez con el familiar o amigo en quien el simulador deposita mayor confianza”⁵⁷. Este indicio funciona como la contracara en oposición a la *affectio*, pues pretende ocultar o desviar la simulación del vínculo íntimo que tiene el simulador con otro sujeto.

Este tipo de simulación se desdobra en dos tiempos o secuencias. “Se celebra en primer lugar un contrato con un sujeto que es el tercero desconocido o llamado también interpósito, y luego este, transferirá a su vez, el bien a una persona vinculada al simulador, quien es el que ejerce el control de dicho bien”⁵⁸.

Tenemos como ejemplo, el Exp. N° 499-51-Lambayeque, Ugaz c/Ugaz, nulidad por simulación, R.S. 14 Ago. 52-Perú, en donde se dice que “es nula [la acción] realizada por el deudor alimentario quien transfiere un bien inmueble a su empleada doméstica, la cual carece de capacidad económica para solventar la adquisición”. Podemos deducir que, en este caso, se presenta en primer lugar el indicio *interpósito*, ya que se trata de desviar a través de un sujeto

⁵⁷ Cfr. MUÑOZ SABATÉ, Luis. Op. Cit., p. 147.

⁵⁸ Cfr. NUÑEZ MOLINA, Waldo. *La simulación del Acto Jurídico*, Op. Cit., p. 158.

que no tiene ninguna relación familiar o amical con el simulador, como es el caso de la empleada doméstica; y, en segundo lugar, aparece el indicio de *subfortuna*, ya que la empleada por su misma condición laboral, carecía de recursos económicos suficientes como para solventar el bien inmueble dado por el simulador, por lo que consecuentemente resulta nulo dicho acto celebrado.

Por ello, “si el demandante que suministra la prueba de la simulación fracasara en su intento, el acto aparente surtiría efecto. Por lo demás, si la prueba fuese dudosa, el juez que no quedase persuadido de la simulación por esa característica de la prueba rendida, debería rechazar la demanda.”⁵⁹ Ya que “mientras que no se pruebe que lo que se tacha de simulado lo es realmente, hay que darlo por válido y eficaz a tenor de cómo aparente serlo”⁶⁰.

6. Conclusiones

Advertimos que existe gran dificultad de probar la simulación, pues “quienes la montan para crear una apariencia de lo que realmente no es, se cuidan mucho de que todo lo relativo al negocio simulado aparezca cumpliendo los requisitos y exigencia que corresponderían al negocio que se simula, siendo otorgados los documentos, practicadas las inscripciones registrales y, en general, realizadas las actuaciones propias del negocio aparentado. Quien pretenda demostrar la simulación, se haya de enfrentar con una verdadera muralla jurídica de aparente impecable legalidad, que, a primera vista, es sostén indiscutible de la realidad del negocio que se ataca por simulado”⁶¹. En ello radica principalmente dicha dificultad, pues el ser humano utiliza constantemente disfraces o apariencias para dar a conocer algo que en realidad no es, valiéndose de los mecanismos necesarios para completar su finalidad.

Por ello, los diversos medios de prueba que usualmente empleamos, no suelen, en varias ocasiones, ser suficientes para probar la simulación, y para llegar a demostrarla juegan un papel mucho más importante que aquellos, ciertos indicios y presunciones que solos o combinados llevan a la convicción de que, a pesar de no poder ser probado por los clásicos medios de prueba, pueden recurrir a ciertos indicios y presunciones para lograr que tal acto sea tachado como tal.

⁵⁹ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Op. Cit., p. 477.

⁶⁰ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. Op. Cit., p. 202.

⁶¹ *Ibidem*, p. 204.