

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL



**LA PRUEBA DE LA SIMULACIÓN
ANÁLISIS PROBATORIO Y DE INDICIOS
DEL NEGOCIO JURÍDICO SIMULADO**

LICENCIADA

MARÍA LORENA CORTEZ JUÁREZ

GUATEMALA, JULIO DE 2019

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

**LA PRUEBA DE LA SIMULACIÓN ANÁLISIS PROBATORIO Y DE INDICIOS
DEL NEGOCIO JURÍDICO SIMULADO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por la Licenciada

MARÍA LORENA CORTEZ JUÁREZ

Previo a conferírsele el Grado Académico de

**MAESTRA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL
(Magíster Scientiae)**

Guatemala, julio de 2019.

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III: M. Sc. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González
VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE: Dr. Saúl González Cabrera
VOCAL: M. Sc. María Lesbia Leal Chávez
SECRETARIO: M. Sc. Nery Neftaly Aldana Moscoso

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada”. (Artículo 5 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 22 de noviembre del 2018

Director
Dr. Ovidio David Parra Vela
Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Dr. Parra Vela:

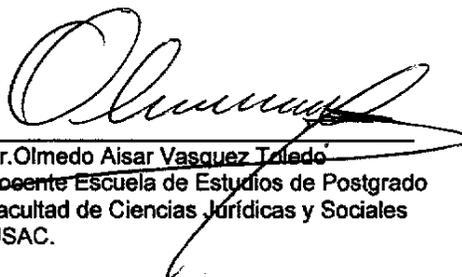
Según Acta del Consejo Académico de la reunión Ordinaria celebrada el 31 de mayo del 2017, en el Acta N°. 02-2017, Punto CUARTO, Inciso 4.4 y de la Acta N°. 13.2017, contenida en el Punto CATORCE, Inciso 14.10, se hace de su conocimiento que se ha guiado, elaborado, tutoriado y revisado el informe final de tesis titulado **“LA PRUEBA DE LA SIMULACIÓN ANÁLISIS PROBATORIO Y DE INDICIOS DEL NEGOCIO JURÍDICO SIMULADO”** de la estudiante Licda. María Lorena Cortez Juárez, Carné No. 100021911 la cual se enmarca dentro de los contenidos teóricos metodológicos de la Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil, cuyo proceso se realizó durante los meses de julio a noviembre del 2018.

Tomando como base el reglamento de tesis de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, este informe cumple con los requisitos establecidos en él, por lo tanto extendiendo el dictamen de aprobación para la Licda. María Lorena Cortez Juárez, pueda continuar con el proceso de tesis.

Así mismo los criterios vertidos en la presente tesis son responsabilidad exclusiva del autor, atentamente,



MSc Dennis Billy Herrera Arita
Docente Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
USAC.



Dr. Olmedo Aisar Vasquez Toledo
Docente Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
USAC.

Guatemala, 24 de junio de 2019

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos gramaticales de la tesis:

**LA PRUEBA DE LA SIMULACIÓN
ANÁLISIS PROBATORIO Y DE INDICIOS DEL NEGOCIO JURÍDICO
SIMULADO**

Esta tesis fue presentada por la Lcda. María Lorena Cortez Juárez, de la Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, una vez realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,



Mildred Catalina Hernández Roldán
Colegiada 6456

Dra. Mildred C. Hernández Roldán
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 5456



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, 27 de junio del dos mil diecinueve.-----

En vista de que la Licda. María Lorena Cortez Juárez aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil** lo cual consta en el acta número 53-2019 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LA PRUEBA DE LA SIMULACIÓN ANÁLISIS PROBATORIO Y DE INDICIOS DEL NEGOCIO JURÍDICO SIMULADO”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”


Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

Índice



	Página
Introducción	i
Capítulo I: Antecedentes de la simulación y su regulación en el derecho guatemalteco	1
1. Antecedentes	1
2. Sobre la institución de la simulación y su desarrollo	2
3. La distinción entre la simulación y otras figuras afines (polivalencia)	6
Capítulo II: Tipología de la simulación negociable	21
1. La simulación de insolvencia	24
2. Liberalidades encubiertas	28
3. Préstamos usurarios	30
4. Simulación de endoso cambiario	35
5. La letra de favor	37
6. Simulación de arrendamiento en perjuicio del derecho de prórroga	39
7. Simulación de sociedades	41
8. Negocios fiduciarios	43
9. Otras simulaciones	44
Capítulo III: Análisis probatorio de la simulación	48
1. La prueba de la simulación como materia <i>difficilioris probationes</i>	48
2. Carga de la prueba	56
3. Tasas de prueba	71
4. La fórmula heurística	77
4.1 Confesión judicial	82
4.2 La confesión extrajudicial	90
4.3 Testigos	96

4.4 Libros de contabilidad	101
4.5 Documentos	104
5. El proceso penal como medio de información y preconstitución	109
6. Prevención de coartadas	114
Conclusión	118
Bibliografía	121



Introducción



La prueba de la simulación es uno de los temas más difíciles en el ámbito del derecho probatorio. Ello es así por la enorme dificultad que ofrece no solo la distinción de los elementos fácticos que integran el negocio jurídico simulado, sino debido a que los indicios de dicho negocio poseen la suficiente polivalencia como para extenderlos a cualquier situación simulatoria.

En muchas ocasiones es difícil trazar una línea de separación entre hecho y derecho y, además, en la prueba judicial los hechos no adquieren significado, sino por la idea que los aclara, lo cual presupone un conocimiento y posterior juicio lógico de la norma. Esto, sin perjuicio de que, en ocasiones los ingredientes fácticos que componen el supuesto de hecho, tienen una acepción forense no del todo coincidente con el significado vulgar.

Sin embargo, la simulación no pierde su naturaleza al pasar del lenguaje corriente al terreno jurídico, aunque subsiste la necesidad de determinar el núcleo central de la simulación porque existen otras categorías jurídicas afines con ella (dolo, fraude, reserva mental, falsedad, etc.), que se deben separar y diferenciar por medio, a veces, de finísimas sutilezas; sin perjuicio de que un mismo supuesto de hecho deviene susceptible, en ocasiones, de descomponerse en varios hechos simples, cada uno de los cuales constituye a efectos probatorios un tema diferente.



En el caso de la simulación, respecto al supuesto de hecho normativo, en el Código Civil de Guatemala se encuentra regulada en los artículos del 1284 al 1289, sin embargo, en virtud de que no es función de la ley explicar la naturaleza de sus instituciones sino regular conductas, para efectos de encontrarse en situación de centrar el *thema probandi* de la simulación, se debe estudiar de lleno la doctrina, la jurisprudencia.

En otros ordenamientos no se habla propiamente de simulación en los preceptos esenciales atañentes al negocio jurídico, sino más bien de *causa falsa*. En el Código Civil vigente de Guatemala, no se regula la causa como elemento esencial del contrato, lo cual no quiere decir que su existencia no pueda, en determinado momento, valorarse en el *thema probandi*.

Tradicionalmente, la simulación ha sido reputada como una ficción de la realidad, y el negocio simulado como aquel que tiene una apariencia contraria a la realidad, bien porque no existe en absoluto, o bien porque es distinto de como aparece. Es decir, la simulación negocial existe cuando se oculta bajo la apariencia de un negocio jurídico normal otro propósito negocial; ya sea este contrario a la existencia misma, ya sea el propio de otro tipo de negocio.

Desde un ángulo más objetivo, pero en el fondo igual asequible, 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 colusión con este, 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.



Puede decirse, con base en la etimología del vocablo, que la simulación consiste en el concierto o en el acuerdo de dos o más personas para dar a una cosa las apariencias de otra, y aplicada en sentido jurídico, se dice simulado al contrato, que no teniendo existencia real, está en el ánimo de los que figuran como contrayentes que para sus fines particulares -de ordinario fraudulentos- aparezca que tal contrato se ha celebrado.

A lo largo de las definiciones anteriores, se delimitó claramente el ámbito de la investigación aquí propuesta, a la esfera de los negocios jurídicos. La simulación que se investigó es, pues, la simulación negocial, y por esto mismo se excluyen de la investigación aquellas otras áreas simulatorias de igual raigambre jurídica referidas, por ejemplo, a la simulación del matrimonio, la simulación de delito y la simulación de trastornos mentales, amén de otros tipos de ficción y mentira que por guardar netos caracteres diferenciales con la simulación, solo se mencionarán de manera somera.

En la doctrina existen esencialmente dos tesis en cuanto a las declaraciones que son deliberadamente distintas de la intención: la tesis voluntarista de Ferrara y la tesis objetivista de Betti. Aunque se debe reconocer, que en muchas ocasiones



la intención, como hecho psíquico, devendrá difícilmente evidenciable y, de alguna manera, solo se puede presumir.

Por lo tanto, en toda prueba de la simulación, e independientemente de la variedad de indicios empleados, siempre desarrollará la presunción sirviéndose de alguna muestra indiciaria derivada o extraída de sus caracteres fácticos.

Tradicionalmente los negocios simulatorios se han venido clasificando atendiendo a sus efectos jurídicos, distinguiéndose así entre una simulación absoluta y una relativa. Sin embargo, esa diferencia interesa muy poco, pues los indicios que por lo general constituyen la presunción de una y otra clase de simulación negocial vienen a ser prácticamente los mismos.

Otras clasificaciones realizadas sobre la base del negocio aparente o del negocio ocultado tampoco parecen aceptables a la hora de decidirse por algún sistema y orden de exposición semiótica. Y es que, los conceptos y encuadres jurídicos tienen a veces muy poca importancia en el área semiótica, aunque no se pueda prescindir de ellos ya que la investigación propuesta está condicionada y orientada por y hacia lo jurídico.

La práctica judicial ha revelado en un primer plano estadístico la existencia de dos grandes ámbitos simulatorios, integrados por una diversidad de formas o maneras, pero coincidentes todas ellas por una identidad de propósito dentro de

cada agrupamiento. Estas son la simulación de insolvencia y las liberalidades encubiertas.



En la primera, cuya finalidad es el *fraus creditoris*, mediante la provocación de una ficticia insolvencia se encuentran diversas modalidades negociales (ventas, sociedades, procesos simulados, constitución de gravámenes, etc.). Dentro del segundo grupo, en cambio, mucho más homogéneo, los procesos simulatorios van orientados a la ocultación de un acto de liberalidad, pero a partir de allí, sus motivos se dispersan, pues resulta obvio que la intención de una persona al decidir ocultar por ejemplo una donación, puede obedecer a una infinidad de deseos.

Por otro lado, el orden de ambos grupos se justifica por la alta frecuencia litigiosa de sus cuadros simulatorios, lo cual permite generalizar un síndrome lo suficientemente basto y significativo como para utilizarlo como módulo semiótico aplicable a otros tipos de simulación comercial menos estandarizados, respetando sus particularidades específicas.

Los indicios que la experiencia revela como constituyentes, por ejemplo, de la prueba del alzamiento de bienes o de la liberalidad encubierta, resultan tan exhaustivos y elocuentes que en virtud de las altas correlaciones fácticas inter e intratemáticas sirven a la vez para la prueba de cualquier otro género de simulación.



Finalmente, se debe aclarar que la simulación negocial objeto de la investigación realizada, se refiere a negocios civiles sin abordar las simulaciones características de otros ámbitos del derecho.

El problema a resolver como resultado de la investigación realizada se formuló de la siguiente manera: a) ¿Cuáles son los requisitos del negocio jurídico simulado? y b) ¿En qué consiste la dificultad probatoria para demostrar su existencia?

La solución o respuesta hipotética al problema investigado se planteó de la siguiente forma: a) Los requisitos del negocio jurídico simulado son: a) Una declaración deliberadamente disconforme con la intención; b) Concertada de acuerdo entre las partes y; c) Para engañar a terceras personas. Desde el punto de vista probatorio, la dificultad para demostrar la existencia del negocio jurídico simulado consiste en: a) Que el indicio de *causa simulandi* es difícilmente evidenciable, llegando en muchos casos únicamente a presumirse; b) Que el *consilium fraudis* a pesar de estar presente en una pluralidad de casos, debe buscarse en una tipología indiciaria variada; c) Que el engaño no reporta a veces una ilicitud ni un *eventus damni*, pues pueden darse simulaciones con objeto elogiabile o indiferente y; d) Que en todos los tipos de ficción o engaño, la polivalencia indiciaria posee un grado tal, que casi siempre se denota que los mismos indicios que se emplean para la prueba de una figura sirven igualmente para la prueba de otra. Ello es así, porque la semiótica de la simulación es, a la vez, semiótica del dolo, del fraude o de la falsedad, sin desdeñar por ello naturalmente, algunos indicios específicos de cada figura.



El presente informe consta de tres capítulos. En el primero se trata de los antecedentes de la simulación y su regulación en el derecho guatemalteco; en el segundo capítulo se desarrolla la tipología de la simulación en los negocios jurídicos y, en el tercer capítulo, se desarrolla el tema de la prueba de la simulación, para, por último, arribar a una conclusión jurídicamente válida sobre la hipótesis formulada en el diseño de la investigación.

Capítulo I

Antecedentes de la simulación y su regulación en el derecho guatemalteco



1. Antecedentes

Toda exposición semiótica requiere en primer lugar la ubicación y descripción del tema a desarrollar, de modo que solo bajo esta necesidad queda justificada cualquier digresión sobre los elementos jurídicos que lo componen. Y ello se puede comprender, no solo porque en muchas ocasiones es difícil trazar una línea de separación entre hecho y derecho, sino además porque “en la prueba judicial, los hechos no adquieren significado, sino por la idea que los aclara” (Gorphe, 1963, p. 97), lo cual presupone un conocimiento y posterior juicio lógico de la norma. Tanto más cuanto que en ocasiones los ingredientes fácticos que componen el *Tatbestand* o supuesto de hecho tienen una acepción forense no del todo coincidente con su significado vulgar.

Afortunadamente, en el tema concreto de la prueba de la simulación, no parece dable el riesgo de esta homonimia, por cuanto, según observara Ferrara, “la simulación no pierde su naturaleza al pasar del lenguaje corriente al terreno jurídico” (1961, p. 42). Sin embargo, subsiste esa necesidad de identificación temática a la vista de otras categorías jurídicas afines con la simulación (dolo, fraude, reserva mental, falsedad, etc.) que se deben separar y diferenciar por medio a veces de finísimas sutilezas. Aparte de que, como sabemos, un mismo *Tatbestand* o supuesto de hecho,

deviene susceptible, en ocasiones, de descomponerse en varios hechos simples, cada uno de los cuales constituye a efectos probatorios un tema diferente.



En el caso de la simulación, respecto al supuesto de hecho normativo, este se encuentra regulado en los artículos del 1284 al 1289 del Código Civil de Guatemala, sin embargo, para centrar el tema de la prueba de la simulación, es necesario adentrarse en la doctrina y la jurisprudencia, relacionándolas luego con el texto legal.

La simulación encuentra sus antecedentes remotos en el derecho romano, especialmente en la época de la República, siendo desarrollada posteriormente por las instituciones de Justiniano y posteriormente a la caída del Imperio Romano por la doctrina europea, especialmente la doctrina germánica en relación con el negocio jurídico y por la doctrina italiana en relación con los contratos, especialmente los contratos de comercio.

2. Sobre la institución de la simulación y su desarrollo

“Tradicionalmente, la simulación ha sido reputada como una ficción de la realidad, y el negocio simulado como aquel que tiene una apariencia contraria a la realidad, bien porque no existe en absoluto, o bien, porque es distinto de como aparece” (Ferrara, 1961, p. 43).



Es decir, “la simulación negocial existe cuando se oculta bajo la apariencia de un negocio jurídico normal otro propósito negocial; ya sea este contrario a la existencia misma, ya sea el propio de otro tipo de negocio” (De Castro, 1967, p. 334).

Desde un ángulo más objetivista, pero en el fondo igual asequible,

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 colusión con este, 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).

Conforme a la etimología del vocablo, la simulación consiste en el concierto o en la inteligencia de dos o más personas para dar a una cosa las apariencias de otra, y aplicada en sentido jurídico, se dice simulado al contrato, que no teniendo existencia real, está en el ámbito de los que figuran como contrayentes que para sus fines particulares –de ordinario fraudulentos– aparezca que tal contrato se ha celebrado.

En el presente informe de investigación la simulación queda constreñida a la simulación en la esfera de los negocios jurídicos. La simulación tratada en la investigación realizada es, pues, simulación negocial, y por esto mismo aparecen excluidas aquellas otras áreas simulatorias de igual raigambre jurídica referidas, por ejemplo, a “la simulación del matrimonio, la simulación de delito, y la simulación de



enfermedades mentales” (Altavilla, 1962, p. 543), amén de otros tipos de ficción y mentira que por guardar netos caracteres diferenciales con la simulación no interesaron en su desarrollo.

En consecuencia, y según los antecedentes históricos de la institución, tres son los requisitos del negocio simulado:

1. “Una declaración deliberadamente disconforme con la intención.
2. Concertada de acuerdo entre las partes.
3. Para engañar a terceras personas” (Ferrara, 1961, p. 58).

Estos tres requisitos equivalen a su vez a los ingredientes fácticos de los cuales se compone el material indiciario a emplear por la semiótica de la simulación. Claro es que por lo que atañe al primer punto, y sin tomar partido por la tesis voluntarista de Ferrara o la objetivista de Betti, “se debe reconocer que en muchas ocasiones la intención, como hecho psíquico, devendrá difícilmente evidenciable, siquiera se puede presumir a través del indicio de *causa simulandi*” (Muñoz Sabaté, 1980, p. 116).

De ahí la importancia de dicho dato, indicio típicamente axial en este género de presunción, pues en la simulación negocial la causa y los motivos experimentan un acercamiento asaz elocuente, como ha puesto de relieve alguna jurisprudencia, que en otras situaciones hubiese propugnado, en cambio, una neta diferenciación (Muñoz Sabaté, 1980, p. 116).



Aun dadas las deficiencias técnicas para delimitar el ámbito de la causa del contrato y del móvil que lleva a su celebración, hay casos en que una y otra se confunden y es procedente aplicar la idea matriz que recogen algunos ordenamientos jurídicos al reputar ineficaz todo contrato que persiga un fin ilícito o inmoral, cualquiera que sea el medio empleado por los contratantes para lograr esa finalidad, apreciada en su conjunto, con lo que esta doctrina proclama, en definitiva, el imperio de la teoría subjetiva de la causa individual, impulsiva y determinante, elevando por excepción el móvil a la categoría de verdadera causa, en sentido jurídico, cuando imprime a la voluntad la dirección finalista o ilícita del negocio.

Es de indicar que el Código Civil vigente de Guatemala no contempla la *causa* como elemento esencial del contrato, situación que sí se regulaba en el Código Civil anterior. Sin embargo, esto no significa que dicho elemento no exista de hecho en las relaciones negociales.

Por lo que respecta al acuerdo entre las partes, *consilium fraudis*, su constancia en una pluralidad de indicios integrantes de la institución de la simulación, demuestra hasta qué punto la simulación es cosa, cuando menos, de dos personas, distinguiéndose así de la reserva mental, la falsedad y otras figuras. Los indicios de la *affectio*, los de coartada, precio vil, falta de necesidad, medios económicos, *retentio possessionis*, etc., proclaman bien a las claras la



conurrencia dual necesaria para que cobre eficacia el fin perseguido con dicha técnica simulatoria (Muñoz Sabaté, 1980, p. 117).

Finalmente, el engaño, que no reporta forzosamente una ilicitud ni un *eventus damni*, pues pueden darse simulaciones con objeto elogiabile o indiferente, viene a nutrir de un modo muy usual la sustancia fáctica de los restantes indicios encaminados a la ocultación o la apariencia (lugar, tiempo, sigilo, preconstitución suspectiva, concomitancias criminales, conducta procesal, etc.).

Por tanto, en toda prueba de la simulación, e independientemente de la variedad de indicios empleados, siempre se habrá de desarrollar la presunción sirviéndose de alguna muestra indiciaria derivada o extraída de estos tres caracteres fácticos.

3. La distinción entre la simulación y otras figuras afines (polivalencia)

Al estudiar la naturaleza jurídica de la simulación, desde siempre ha preocupado a los autores deslindarla perfectamente de otros tipos de ficción que no por guardar cierta similitud dejan de ser menos diferentes, tales como la reserva mental, el fraude, la falsedad, el dolo y los negocios fiduciarios e indirectos.

Pero si a veces ha resultado difícil trazar unas líneas netamente diferenciadas entre unas y otras figuras, desde el punto de vista probatorio esa dificultad



deviene aún mucho más considerable, pues en todos los tipos de ficción o engaño, la polivalencia indiciaria posee un grado tal, que casi siempre se puede ver que los mismos indicios que se emplean para la prueba de una figura sirven igualmente para la prueba de otra (Serra, 1969, p. 72).

Se quiere con ello significar que la semiótica de la simulación es a la vez semiótica del dolo, del fraude o de la falsedad, sin desdeñar por ello naturalmente, algunos indicios específicos de cada tema.

Resulta, sin embargo, importante diferenciar estas distinciones y contrastar sus analogías probatorias.

a) La reserva mental. Concebida generalmente como simulación unilateral, ya demuestra que el factor diferencial típico radica precisamente en la ausencia de *consilium fraudis* por cuanto, a decir de Ferrara, la reserva se desenvuelve en el retiro secreto de la mente de uno de los contratantes, sin que exista concierto con el otro. Hay ciertamente una discrepancia entre la voluntad y la declaración, pero esa discrepancia no es común en ambas partes sino exclusiva de una de ellas. Solo si la otra parte conociese la reserva mental y se adhiriera a la misma, esta se transformaría en típico acuerdo simulatorio.



La simulación supone un concierto, una inteligencia entre las partes, estas cooperan juntas en la creación del acto aparente, sin el concurso de todos, la simulación sería una reserva mental no una simulación.

Corresponden a la reserva mental diversas figuras de clara significación jurídica, como por ejemplo, la llamada simulación de matrimonio, el dolo y la declaración *iocandi causa*. No se ignora que cada una de estas ficciones ha sido objeto de detenidos estudios de los cuales han surgido opiniones controvertidas en orden a su encuadre dentro de la reserva mental, pero no podrá tampoco negarse que el común denominador de todos estos tipos es precisamente la mentira; la mentira que se podría llamar unilateral, es decir, sin coparticipación, siquiera a veces se la recubra eufemísticamente con otros términos.

Ahora bien, desde el punto de vista de la prueba, solo atañe el remarcar las coincidencias fácticas entre todas estas figuras, al objeto de evidenciar su alto grado de polivalencia.

Así, se habla, por ejemplo, de la simulación de matrimonio, y no se niega que muchos de los indicios empleados por la doctrina canonista coinciden o se relacionan con otros del acto simulatorio y lo mismo cabría decir del dolo, concebido este como mentira o engaño malicioso.



Naturalmente, resultará siempre difícil establecer *a priori* una tabla de polivalencia entre la simulación típica y estas otras figuras, ya que tanto la reserva mental *stricto sensu* como el dolo pueden acomodarse a una variedad temática abundantísima, pero ello, no obstante, se pueden suministrar dos ejemplos semióticos, referentes el uno a un caso de simulación de matrimonio y el otro a un supuesto de dolo del mandatario por abuso de mandato.

Por lo que atañe a la simulación de matrimonio, García Failde señala, entre otros, estos significativos indicios:

- Enorme e implacable aversión de uno de los contrayentes al otro. Este indicio, se podría correlacionar negativamente con el de la *affectio* en la simulación negocial.
- Considerar el matrimonio como una desgracia detestable. Existe aquí un típico caso de falta de necesidad para contratar.
- La ausencia de cohabitación. Coincide este dato con el indicio de la falta del *constitutio possessorio*, o la *retentio possessionis*, tan frecuente en los supuestos de simulación negocial.
- La coacción moral. Se correlaciona con las insidias criminosas.
- La índole amoral, inmoral, arreligiosa o irreligiosa del contrayente (circunstancias personales).
- Y, por supuesto, la *causa simulandi* (García, 1960, p. 68-69).



En lo referente al dolo por abuso de mandato puede describirse el ejemplo del mandatario, que para favorecer a otra persona, le vende a bajo precio una finca del mandante. En este caso, no hay simulación sino dolo, por cuanto, el mandante no encubrió las apariencias del acto y la persona beneficiada compró para sí, sin que entre ambos hubiera un valor entendido que permitiera dar a la escritura y contrato de compraventa otro significado que aquel que se desprendía del texto. Aunque la operación la hayan realizado las partes por medio de mandatario, como este obró en el límite formal de su poder, el pensamiento interno del apoderado, su propósito delictuoso, etc., no puede configurar el vicio de la simulación.

Y, sin embargo, para demostrar esa intención delictuosa se puede recurrir a múltiples indicios idénticos a los que se emplearían para la prueba de la simulación, tales como la relación afectiva entre mandatario y comprador (*affectio*), otorgarse la venta el mismo día en que se revocaban los poderes al mandatario (*tempus*) y en ciudad distinta (*locus*). Asimismo, se pueden considerar los antecedentes criminales del mandatario si los tuviera.

A estos indicios se podrían añadir otros varios, como la falta de necesidad de la venta y la larga ocultación que de la misma hubiera podido hacer el mandatario al rendir periódicas cuentas a su mandante (*sigilo*).

b) El negocio fiduciario. Según Regelsberger, es fiduciario “un negocio seriamente querido, cuya característica consiste en la incongruencia o heterogeneidad



entre el fin contemplado por las partes y el medio jurídico empleado para lograrlo” (Regelsberger, 1942. p. 380). Tradicionalmente se ha venido distinguiendo dentro de esta clase de negocios la *fiducia cum amico*, cuyo ejemplo más típico es la interposición de persona, y la *fiducia cum creditore* que usada habitualmente como garantía, cristaliza en la fórmula de una venta con *pacto de retro*.

El negocio fiduciario, negocio serio, lícito a *cartas descubiertas* como manifiesta el propio Regelsberger, tiene por objeto suplir las penurias y deficiencias del ordenamiento positivo. Para conseguir sus fines, afirma Ferrara,

los particulares no pueden crear, por su propio arbitrio, tipos especiales de negocios, sino que se ven obligados a servirse de los medios jurídicos existentes: el procedimiento a que acuden es el de usar juntas varias formas jurídicas, contradictorias a menudo, combinadas y entrelazadas en forma tal que por ellas pueda llegarse a resultados nuevos (1961, p. 66).

Navarro Martorell, distingue varios tipos de contratos que se podrían encasillar en las siguientes fórmulas:

Transmisión fiduciaria con fines de administración o de garantía (la clásica compraventa con pacto de *retro*, que normalmente presupondrá la existencia de un contrato de préstamos), la donación fiduciaria, la cesión fiduciaria de crédito con fines de cobro o de garantía, el endoso fiduciario de la letra de



cambio, la propiedad fiduciaria de títulos de la letra de cambio, la propiedad fiduciaria de títulos al portador y la propiedad fiduciaria de acciones. Quedan en posición más discutible, cabalgando en la zona difusa y resbaladiza que separa los negocios fiduciarios de los indirectos, algunos actos de interposición de persona, como por ejemplo el mandato *nomine proprio* (1950, p. 289-290).

Lo que desde luego parece muy claro, jurídicamente hablando, es la neta diferenciación que existe entre los negocios fiduciarios y los simulados, siquiera ambos, conjuntamente con los indirectos supongan una divergencia entre el aspecto económico y el aspecto jurídico, en tanto que, se quiere en todos ellos un negocio, pero con fines económicos que no son homogéneos con las consecuencias jurídicas del negocio mismo.

Para Ferrara, esas notas diferenciales son las siguientes: El negocio simulado es un contrato fingido, no real; el negocio fiduciario, en cambio, es un negocio querido y existente. El primero se realiza para producir una apariencia, un engaño; el segundo tan solo quiere suplir un orden jurídico deficiente o evitar ciertas consecuencias (*fâcheuses*) que se derivan de un negocio. El negocio simulado es un negocio único, vacío de consentimiento; el negocio fiduciario es la combinación de dos negocios serios, uno real y el otro obligatorio, que solo en parte se eliden (frustran) y tienen una influencia contraria. Podría también afirmarse que el negocio simulado es absolutamente nulo y no lleva consigo transferencia alguna de derechos.



Ahora bien: todas estas comparaciones no impiden que los ingredientes fácticos sean casi idénticos entre la simulación y la fiducia, pues si se excluyen el *animus fraudenti* que generalmente informa a la primera, al concebirla como operación tendente a engañar a terceras personas, amén de la falta de seriedad del negocio aparente, mientras que en la fiducia los elementos de la confianza y de la realidad del contrato devienen asaz incompatibles con todo concepto de simulación, puede verse que en la sustancia fáctica restante sería altamente difícil encontrar demasiados datos históricos de índole diferente.

El negocio fiduciario descansa en la confianza, pero si esta falla, si el fiduciario abusando precisamente de ese sentimiento niega la cualidad del negocio y se apodera de sus efectos, obligando al fiduciante, ante la imposibilidad tal vez de una reivindicación, a plantear una acción por daños y perjuicios o por enriquecimiento injusto, ¿cómo podrá este último demostrar la base fiducial del negocio, caso de no disponer, como muchas veces sucede, de un contradocumento? Sencillamente, en tal supuesto, su único medio de prueba deberá ser de índole presuntiva, y esto permitirá llegar al descubrimiento de que los indicios a emplear son exactamente los mismos que se utilizarían en la prueba de la simulación, si bien se sustituya la *causa simulandi* por la *causa fiduciae* y se procuren fijar los indicios coyunturales que indujeron al supuesto fiduciario a esta traición.

c) El fraude de acreedores. Se ha dicho que en múltiples situaciones la distinción entre la simulación y el fraude carece de verdadera utilidad, por cuanto en



la mayor parte de las veces la simulación persigue precisamente un propósito fraudulento. Cuando el fraude adquiere de veras una categoría autónoma es cuando consiste en un negocio real, no ficticio, pero encaminado a perjudicar a los acreedores al impedirles la posibilidad de ejecutar los bienes del deudor. Este es el caso típico de las ventas tendentes a provocar un estado de total insolvencia, dado que su contraprestación dineraria resulta siempre mucho más fácil de ocultar o invertir.

El alzamiento de bienes, figura tipificada incluso penalmente en nuestro ordenamiento, consiste muchas veces en enajenaciones o gravámenes reales, y en donde al lado del *consilium fraudis* y el *eventus damni* subsiste empero, al revés de la simulación, una total concordancia entre la voluntad real y la declarada.

Todo ello no quiere decir, naturalmente, que el fraude de acreedores carezca de la posibilidad de perpetrarse a través del negocio simulatorio. Precisamente, la práctica demuestra que esa simulación ha devenido harto frecuente, hasta el extremo de confundírsela históricamente con el fraude. Pero lo que menos debe olvidarse, de todos modos, es que tanto en uno como en otro caso, los indicios probatorios serán generalmente los mismos. Es decir, aquí, como en otras figuras, frente a una diferenciación jurídica se alza una cuasi identidad semiótica (Muñoz Sabaté, 1980, p. 123).

Una cosa es que *estigmas* de la simulación puedan concurrir igualmente en el negocio fraudulento y con base en ellos declarar el fraude, y otra que se analice



y resuelva la *litis* sobre la base de una simulación de negocio no solicitada, que supone acción distinta y diferentemente condicionada (Muñoz Sabaté, 1980, p. 124).

El término *estigmas* que emplea este autor, y que equivale a indicios y huellas, demuestra bien a las claras la coincidencia del ingrediente fáctico, sin perjuicio naturalmente de ciertos rasgos específicos. En la venta real fraudulenta faltará, como es lógico, el indicio, de *retentio possessionis*, pero habrá en cambio que buscar otros indicios tendentes a demostrar el *animus fraudendi*, como la existencia de deudas y la insolvencia consecuente del autor de dicha operación.

Además, resulta obvio que en muchas ocasiones el perjudicado no podrá conocer *a priori* si el negocio atacable es realmente simulado o fraudulento, pues aparte del *eventus damni*, los otros indicios que le resultarán más detectables mediante una previa información serán solamente los de *causa simulandi*, *tempus*, *sigilo* y tal vez *affectio*, de modo que únicamente a través del juicio podrá enterarse de los restantes para proceder a una cabal discriminación.

De ahí que no obstante las diferencias entre la acción declarativa de simulación y la acción pauliana, y las bases jurídicas de una y otra, no existe inconveniente en que ambas acciones puedan ejercitarse con subordinación de la una a la otra, aunque una suponga la inexistencia del negocio jurídico y la otra su existencia con el vicio de fraude, pues en la práctica puede suceder que el contrato trascienda cierto carácter



fraudulento, sin poderse saber por quién no fue parte de él, si fue verdadero o simulado.

d) El fraude a la ley. Figura igual de ambivalente, el *fraus legis* consiste, según De Castro, en “uno o varios actos que originan un resultado contrario a una norma jurídica, amparados en otra norma dictada con distinta finalidad” (De Castro, 1955, p. 607).

Se trata de un *circumvenire legem*, de una operación oblicua o envolvente de la ley, de tal modo que el que defrauda, no contradice las palabras de esa misma ley, sino que, por el contrario, se atiene respetuosamente a su letra aunque frustrando naturalmente su *telos*, es decir, el sentido de la disposición.

Ferrara opina que “en todos estos casos el negocio *in fraudem*, al revés del simulado, es serio, real y realizado” (1961, p. 89), lo cual no impide la existencia de un *animus fraudendi*, de una intención torticera que por lo mismo que es difícil de demostrar, “más vale no tomar en consideración y atenerse al lado objetivo de defensa del cumplimiento de las leyes” (De Castro, 1955, p. 611).

Sin embargo, no siempre es posible obrar con total prescindencia de la intención, ya que si los efectos que comporta el *fraudis legis* han de consistir en deshacer la protección jurídica que sobre el negocio aparente pesaba, resulta obvio que habrá de suministrarse al autor no solo un esquema de esa astuta combinación legal, es decir, una completa topografía de los *caminos furtivos* hallados por la parte e



idóneos para generar los efectos fraudulentos, sino además la prueba coyuntural de que esa combinación tenía por objeto o fin transgredir realmente el sentido de la norma.

Se trata de una materia un tanto vidriosa, que infinidad de veces tras el fraude a la ley se esconde un negocio simulatorio, pero a la vez, con base en la experiencia, se puede declarar que incluso en aquellos actos más alejados de la auténtica simulación, casi ningún juzgador ha prescindido hasta la fecha, de la búsqueda e interpretación del *animus fraudendi*, y ello pese a que una tesis estrictamente objetivista pudiera eximirle de esta difícil labor.

Así, por ejemplo, están aquellos supuestos litigiosos en los que sin declarar nula la donación de una vivienda que perjudicaba al derecho de prórroga forzosa del inquilino afectado, se ha impedido por algún tribunal con base en la doctrina del *fraus legis*, que la parte donataria denegase dicha prórroga al inquilino. Pues bien: muchos de tales supuestos no contenían elementos suficientes para presumir un negocio simulatorio, ya que cabía hablar de donación modal, mixta o *mortis causa*. Sin embargo, alguna jurisprudencia, adentrándose en otros datos fácticos, cuales la avanzada edad del donante, su situación de pobreza, la falta de otro motivo para justificar dicha liberalidad y el otorgarse el poder para juicios simultáneamente al otorgamiento de la escritura de donación, hacía manifiesto el intento fraudulento.



Un fallo judicial puede desarticular dicha maniobra y también puede aludir en su contexto a diversos elementos indiciarios, particularmente el *animus* o intención, que igual podrían emplearse en la prueba de la simulación.

En definitiva, por tanto, cabe reiterar que también aquí se vuelven a encontrar significativas correlaciones fácticas con la simulación. Desde un acercamiento entre la causa y el motivo, que en el supuesto del *fraus* vendrá dado por la existencia de una finalidad transgresora de la ley, verdadero elemento generador del negocio jurídico que formalmente se adopta, hasta los otros indicios que sirvan para evidenciar la falta de seriedad de dicho negocio aparente.

e) La falsedad. Si bien se trata de otro elemento jurídico que atañe a un mismo género, cuyo común denominador sigue siendo, de algún modo, la mentira, “la falsedad se distingue de la simulación, por diversas notas que a su vez varían según se hable de falsedad material o falsedad ideológica” (Ferrara, 1961, p. 101).

Cierto que en el primer supuesto la diferenciación, como el propio autor reconoce, es mucho más grande y fácil de demostrar, pues la falsedad material consiste en viciar la materialidad de la escritura, la parte gráfica del documento, el *corpus*, en tanto que en la simulación los contratantes solo fingen o alteran la verdad subjetiva del consentimiento manifestado, declarando una cosa no querida, o no querida de aquel modo. “La falsedad es una alteración física de lo escrito; la simulación, una alteración intelectual de lo querido” (Ferrara, 1961, p. 102).



Cierto también, que de conformidad con esta dicotomía, no se puede ocultar cuán difícil se hace establecer una cabal distinción entre el negocio simulado y la falsedad ideológica, a no ser a base de pequeñas matizaciones que para Ferrara “serán las atañentes a los protagonistas de *consilium* y a la ilicitud sin excepciones que siempre comportará el acto falsificado” (1961, p. 104).

Pero a despecho de estas nuevas ambivalencias, la verdad semiótica sigue siendo la misma de modo que los medios de autenticación *ex tenore* que se utilicen para evidenciar la falsedad o certeza de un documento vendrán a servirse de los mismos indicios que cualquiera emplearía para demostrar la simulación negocial en otro supuesto.

f) Los vicios de la voluntad. Jurídicamente no puede haber conclusión posible entre un negocio simulado y un negocio celebrado bajo consentimiento viciado por error o violencia, siquiera ambos importen la existencia de una alteración o deformación de dicho consentir. La simulación equivale a una alteración artificiosa y voluntaria, en tanto que en el error o la violencia, esa patología del consentimiento, deviene real y forzada.

Ahora bien, por lo mismo que ambas figuras descansan en un problema de voluntad, o para ser más exactos de deformación extrema y consciente de dicha voluntad resulta lógico admitir que tanto la simulación como el error o la *vis absoluta*, contengan un tanto por ciento muy elevado de idéntica sustancia fáctica, viniendo

personalizada su escueta diferencia por los concretos hechos históricos determinantes de la violencia o del error, tanto de aspecto ambiental como caractereológico.



No se encuentran ciertamente en su presunción el indicio de la *affectio* o cualquier otro determinante del *consilium*, en tanto que muy seguramente emergerán algunos otros indicios específicos referentes a la captación de voluntad o al forzamiento moral o material de la víctima, sin embargo, el resto del síndrome simulatorio permanecerá bien presente y significativo, viniendo a demostrar su común naturaleza.

Tal es el caso, asaz repetido en la praxis judicial, de captaciones de voluntad en momentos próximos a la muerte, y que, aparte de los indicios técnicos inferiores de la supuesta alienación, suelen utilizarse otros datos parecidos a los empleados en la prueba del negocio simulado, cuales la edad avanzada, la condición de analfabeta, la venta de la nuda propiedad con reserva de usufructo a precio irrisorio, la falta de necesidad de esta operación y el no haberse inscrito la misma en el Registro de la Propiedad.

Similares indicios pueden invocarse en un caso de error obstativo, y del que resultaba que una tía había vendido a su sobrino una casa, pensado que le otorgaba simplemente un poder para administrarla.



Capítulo II

Tipología de la simulación negociable

Tradicionalmente, los negocios simulatorios se han venido clasificando atendiendo a sus efectos jurídicos, distinguiéndose así entre una simulación absoluta y una simulación relativa. Sin embargo, para efectos prácticos esta diferencia carece de interés, pues los indicios que por lo general constituyen la presunción de una y otra clase de simulación negocial vienen a ser prácticamente los mismos.

Otras clasificaciones más modernas, realizadas sobre la base del negocio aparente o del negocio ocultado tampoco parecen aceptables a la hora de decidir por algún sistema y orden de exposición semiótica.

Y es que, como se ha sostenido en alguna doctrina, los conceptos y encuadres jurídicos tienen a veces muy poca importancia en el área semiótica, siquiera naturalmente no se pueda prescindir de ellos, por cuanto la labor clasificadora viene condicionada y orientada por y hacia lo jurídico.



Lo que ocurre es que siendo la semiótica una disciplina marcadamente empírica, se comprende que para su exposición y sistemática utilice unos esquemas prácticos, moldeados por la clínica forense, con mucho mayor entusiasmo y eficacia que las que pudieran resultar si tuviera que ceñirse a unas ordenaciones teóricas elaboradas por la ciencia del Derecho en una época en que además se marginaban u olvidaban por completo los problemas fácticos. De ahí que en muchas ocasiones la exposición semiótica emplee unas jerarquías y agrupaciones temáticas difíciles de coincidir con la clásica sistemática jurídica.

Esto es precisamente lo que también se está obligado a realizar con respecto de la simulación. La praxis judicial ha revelado en un primer plano estadístico la existencia de dos grandes ámbitos simulatorios, integrados por una diversidad de formas o maneras, pero coincidentes todas ellas por una identidad de propósito dentro de cada agrupamiento. Estas son: la simulación de insolvencia y las liberalidades encubiertas.

En el primer ámbito, cuya finalidad como se sabe es el *fraus creditoris* mediante la provocación de una ficticia insolvencia, se encuentran diversas modalidades negociales (ventas, sociedades, procesos simulados, constitución de gravámenes, etcétera). Dentro del segundo grupo, en cambio, mucho más homogéneo, los propósitos simulatorios van orientados a la ocultación de un acto de libertad, pero a partir de aquí sus motivos se dispersan, pues resulta obvio que



la intención de una persona al decidir ocultar una donación puede obedecer a una infinidad de deseos.

Por otro lado, la adopción de este orden expositivo viene además justificado por la alta frecuencia litigiosa de ambos cuadros simulatorios, lo cual permite generalizar un síndrome lo suficientemente vasto y significativo como para utilizarlo como módulo semiótico aplicable a otros tipos de simulación negocial menos estandarizados, respetando sus particularidades específicas.

Los indicios que revela la experiencia como constituyentes de la prueba del alzamiento de bienes o de la liberalidad encubierta, resulta tan exhaustivos y elocuentes que en virtud de las altas correlaciones fácticas *inter* e *intra* temáticas, sirven a la vez para la prueba de cualquier otro género de simulación. De ahí, por tanto, que al exponer la semiótica de estos negocios simulatorios se siga el criterio de profundizar en la prueba de ambas constelaciones y se reserven unas alusiones más breves para tratar de los caracteres indiciarios específicos de los otros tipos, cuya presunción se completa acudiendo a la clasificación general previamente señalada.

Puede decirse, finalmente, que la simulación negocial objeto de la presente investigación se refiere preferentemente a negocios civiles, sin abordar por tanto las

simulaciones características del derecho laboral o del derecho administrativo, aunque de todos modos se debe reconocer que los indicios a tratar poseen la suficiente polivalencia como para extenderlos a cualquier situación simulatoria.



En seguida, se pasa a reseñar las subespecies temáticas a las que se hizo referencia.

1. La simulación de insolvencia

Cuando un deudor malicioso pretende sustraerse a la ejecución forzosa de sus bienes por deudas patrimoniales o convertibles patrimonialmente, burlando así a sus acreedores, suele ser frecuente que se provoque artificialmente una evasión de dichos bienes con el objeto de adquirir un estado de ficticia o simulada insolvencia, que haga imposible la ejecución y convierta el título crediticio, y en último caso, la sentencia judicial, en una victoria pírrica, desacreditando de paso la eficacia del proceso que posibilitó dicha resolución y la consecuente traba (Puig Brutau, 1997, p. 178).

En ocasiones, incluso, la provocación de tal insolvencia opera como mecanismo disuasorio frente al acreedor, que antes de ensarzarse en un proceso

deduciendo la acción pauliana o cualquier otra simulatoria, prefiere dar el asunto por perdido y ventilado, no siendo extraño que, entre los motivos mayormente determinantes de dicho desistimiento estén los debidos a la dificultad probatoria.



Tal vez la creación de estas ficticias insolvencias resulte hoy día una de las aplicaciones más frecuentes de la simulación negocial, pues aun cuando para sustraerse a la acción de los acreedores sean posibles otras fórmulas igual de dolosas, piénsese que la simulación presenta una superior comodidad con respecto a las otras y, además, es la que deviene mejor tolerada desde el punto de vista sociológico.

Cierto que la simulación de insolvencia puede perseguir otras finalidades que no sean precisamente el típico fraude de acreedores tales como la búsqueda con fines de librarse de confiscaciones o pillajes en épocas revolucionarias, o para obtener el beneficio de justicia gratuita, o de jubilación, seguros sociales, etc., pero ello no obstante, los casos más comunes y frecuentes se refieren generalmente al *fraus creditoris*.

El mecanismo de la simulación negocial es bastante simple. Se trata sencillamente de *evadir* los bienes a la ejecución de los acreedores, para lo cual, o bien se simula un total desapoderamiento de dichos bienes, sustrayéndolos de la

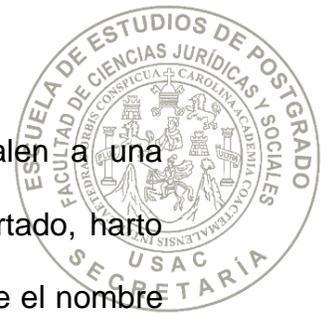


esfera patrimonial del deudor, o bien se les desprecia ficticiamente a unos extremos que hagan poco apetecible su persecución.

Tanto en uno como en otro supuesto, el simulador recurre a la técnica del negocio jurídico que habrá de dar apariencia legal a la operación fraudulenta, valiéndose para ello del concurso de un cómplice quien completará el otro extremo de la relación jurídica frustrante.

Las formas corrientes empleadas para esta simulación suelen ser:

- a) El contrato de compraventa, escriturado de tal modo que impida *a priori* la ejecución judicial o, en último caso, posibilite con éxito una tercería. Suele ser la forma más usual aunque también la más burda.
- b) La constitución de gravámenes reales en garantía de deudas simultáneamente reconocidas. El caso más típico es el de hipoteca, aunque puede emplearse también el *pactum reservati domini*, el arrendamiento y aún la artificiosa constitución de créditos privilegiados dentro de expedientes concursales.



- c) Las ejecuciones judiciales por créditos simulados equivalen a una modalidad de los sistemas relatados en el precedente apartado, *harto* empleada en la praxis, y que suele recibir en el *argot* forense el nombre de *paraguas*. Generalmente, la operación cuyo origen descansa en la simulación de un título ejecutivo, se detiene y satisface con el embargo de los bienes, sin proseguirse luego hasta el remate.
- d) En las suspensiones de pagos y quiebras se registran también inclusiones en el pasivo de créditos simulados al objeto de controlar los *quorums* o disminuir la proporcionalidad de las cuotas de liquidación.
- e) Si se desea provocar la insolvencia de una sociedad e incluso de una empresa individual de compleja estructura, aparte de los métodos aludidos se suele recurrir a la adulteración de balances, simulando pérdidas u ocultando beneficios, aunque hemos de reconocer que en muchos de estos casos más que de una auténtica simulación negocial se tratará de otro tipo de manipulaciones dolosas, preferentemente falsedades. Vale no obstante tenerlas en cuenta, dado el grado de polivalencia semiótica que poseen.
- f) Dentro de esta relación, que no pretende ser exhaustiva, se podría citar por último las aportaciones de bienes a sociedades anónimas, y cuya ficción lo mismo puede consistir en el acto de aportación, siendo



verdadera la sociedad, o en la creación simulada de este ente moral, si bien en la dogmática jurídica, esta última posibilidad no acabe de verse demasiado clara.

- g) No abundan, en cambio, actos de liberalidad, pues aparte de su gran potencia indiciante la donación tropezaría siempre con la presunción *iuris tantum*.

2. Liberalidades encubiertas

El encubrimiento, particularmente de una donación bajo el ropaje de cualquier negocio de causa onerosa, ha constituido desde siempre un artificio bastante empleado sobre todo con vistas a uno de estos tres objetivos: perjuicio de herederos legitimarios, liberalidades *turpem causam* y elusión fiscal. Es posible también que para sustraerse a la presunción de fraudulencia, se disfrace con causa onerosa el acto de liberalidad.

La práctica judicial posiblemente mostraría que atendiendo a esta *causa simulandi*, los encubrimientos más frecuentes suelen ser los dirigidos al perjuicio de herederos, a veces con propósitos fraudulentos y otras para oblicuar el camino más incierto de una lícita desheredación.



No se descartan tampoco finalidades de orden mayormente moral y afectivo que económico, como en aquellos supuestos que, con tal de no perjudicar legalmente a ningún heredero forzoso, el testador o donante prefiere no mostrar públicamente sus íntimas y delicadas preferencias hacia un particular miembro de la familia o un extraño, sobre todo con el objeto de no herir las susceptibilidades de los otros allegados y evitar inútiles discusiones.

Pero en algunas ocasiones también, lo que induce al encubrimiento del acto de liberalidad es el deseo de ocultar una causa ilícita o inmoral, como sucede a menudo en las donaciones entre concubinos, o el intento de burlar determinadas prohibiciones legales: las donaciones entre cónyuges. Por último, huelga afirmar que las disimulaciones están al orden del día cuando se trata de soslayar tipos impositivos muy elevados, particularmente aquellos que gravan las transmisiones a título gratuito entre parientes colaterales o entre extraños.

En todos estos y otros supuestos, el negocio jurídico enmascarador de la liberalidad y al que más frecuentemente suele acudir es la compraventa, a veces con reserva de usufructo o renta vitalicia, pues se comprende que los otros tipos de desapoderamiento violento a propósito de la insolvencia, no encajan plenamente en la logicidad que reclama todo acto simulatorio.



Así, por ejemplo, y dado que la donación presupone un notable vínculo afectivo, no sería lógico disimularla mediante préstamos hipotecarios, y mucho menos a través de ejecuciones y embargos. También a este respecto conviene no confundir la simulación con ciertas liberalidades indirectas, tales como la renuncia a sucesiones o las remisiones de deudas.

3. Préstamos usurarios

Este tipo de contratos, susceptibles de nulidad en el área civil y en algunas circunstancias incluso punibles criminalmente, han venido tradicionalmente siendo objeto de muy variadas manipulaciones simulatorias, encaminadas, bien a disimular la propia naturaleza del préstamo bajo otra forma contractual, bien a encubrir los elevados intereses tipificativos de la usura, respetando los lineamientos generales del negocio mutuario.

A la primera técnica se refiere precisamente la doctrina al hablar de “operación sustancialmente equivalente al préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido” (Ferrara, 1961, p. 85), circunstancias estas que no en todo caso representarían una simulación según ciertos autores, pero que aun prescindiendo del habitual enfoque simulatorio que les da la jurisprudencia, y marginando a la



postre esta cuestión sustantiva, presentan una semiótica semejante a los otros tipos expuestos *supra*. De ahí que prosiguiendo con la finalidad probatoria, sea necesario tomar en consideración estas técnicas jurídicas, en el fondo de las cuales yace casi siempre, no una simple combinación de negocios diferentes, sino una verdadera desfiguración o falsedad de los elementos fácticos integrantes.

Fernando Vizcarro (1963, p. 96) cita, a este respecto, como formas encubridoras más usuales las siguientes:

- a) La venta con pacto de retro (en los ordenamientos en los que no se encuentra prohibida), o la venta ficticia de mercancías u otros bienes muebles. De cuantos contratos regulan algunos ordenamientos en el derecho civil, ninguno ofrece mejores facilidades que el de compraventa con pacto de retro para encubrir con fraude las prohibiciones de la ley.
- b) La permuta. Una de las partes entrega a la otra una cosa de mayor valor que el que intrínsecamente posee aquella que recibe en contraprestación, y por saldo se encuentra real y efectivamente convertido el primero en acreedor del segundo por mucha mayor cantidad de la que en realidad asciende la diferencia, es innegable que se da el supuesto previsto para la usura.
- c) El contrato de sociedad. El prestamista forma una sociedad con el prestatario y entrega cierta suma como aportación inicial, reservándose



cierta cantidad de beneficios como retribución; a su vez, el prestatario asegura al primero la efectividad de su crédito con el abono de una parte de los beneficios estipulados, y, seguidamente, el supuesto asociado vende al prestatario su capital aportado y los probables beneficios por una suma igual a la cantidad entregada, más los intereses usuarios.

- d) La fianza, cuando el fiador no se obliga personalmente y se limita a pagar por el deudor, mediante un beneficio o interés desproporcionado con las circunstancias del caso, sirve perfectamente para encubrir la existencia real de un préstamo usurario.
- e) La anticresis, cuando una finca produce frutos en cantidad muy superior al interés que se menciona.
- f) La donación remuneratoria, consentida por el prestatario, en beneficio del prestamista, cuando el importe de la donación excede al interés normal y resulta evidentemente desproporcionado en relación con la suma prestada.
- g) Cuando el mandatario recibe una gran compensación, a todas luces sin relación ninguna con los adelantos efectuados y con el trabajo realizado, es incuestionable que puede también ocultar una combinación de préstamo leonino.
- h) Cuando el asegurado se obliga a pagar, por el concepto que sea, ya se denomine prima, ya de aumento del interés, una cantidad muy superior a lo que implica el riesgo en el contrato de seguro, es asimismo evidente que este contrato encierra un préstamo usurario.



- i) Por último, la apertura de una cuenta de crédito, cuando se reduce a una promesa por parte del banquero de adelantar a su cliente fondos, y el préstamo no se realiza hasta que el interesado usa del crédito. Se trata de una operación mercantil y por ello, vista la necesidad de que el banquero tenga siempre una cantidad a disposición del cuentacorrentista, puede justificar la percepción de pequeñas comisiones y un interés muy elevado.

Otros supuestos contemplados por la jurisprudencia abarcan diversas combinaciones de contratos de cambio, liquidación de cuentas, y particiones de herencia. La casuística, como puede verse, es muy rica y extensa, para los efectos de este trabajo interesa el primero de todos estos encubrimientos, es decir, la venta a carta de gracia o pacto de retro –es de aclarar que en Guatemala, el artículo 1791 del Código Civil, prohíbe el pacto de retroventa, sin embargo, se estudiará aquí por razones de la finalidad de esta investigación-. Las demás combinaciones, sin desdeñar su interés probatorio, abarcan en ocasiones algunos ámbitos de hermenéutica jurídica que no es el caso estudiar aquí.

La venta con pacto de retro y simultáneo arrendamiento, encubridora a su vez de un mutuo tiene un síndrome claro, estandarizado y destacado, que se descompone en tres equivalencias bastante significativas, de las cuales el precio de venta representa la deuda garantizada, el precio del arrendamiento los intereses de



dicha deuda y el término para retraer, el plazo de vencimiento del mutuo. De ahí también que se le haya tomado como objeto de preferencia por parte de los simuladores, e incluso, por parte de quienes deseando realizar un negocio lícito de garantía, recurren fiduciariamente de esta ingeniosa fórmula en lugar de atenerse a otros tipos legales.

Tema distinto es el que específicamente contempla los intereses usurarios, pues en tal supuesto lo que se disimula generalmente no es el negocio jurídico en sí, sino el precio, es decir, el *quantum*, con el objeto de, en apariencia, acomodar dichos réditos a los niveles tolerados por la ley. Ciertamente que en ocasiones, para encubrir precisamente tales intereses lo que se hace es desfigurar por completo la imagen del préstamo, pero este supuesto estaría ya dentro de lo estudiado en párrafos antecedentes, de manera que aquí se deben analizar solamente aquellos otros casos en que manteniéndose la realidad del negocio jurídico se disimula su verdadero interés usurario, particularmente a base de declarar recibida mayor cantidad de la que realmente se entrega en préstamo.

Esta es la forma más habitual, a la que también se alude aquella cuyo artificio encaja de lleno en lo que se han venido denominando simulaciones parciales (precio, fecha, contratantes, etc.) tan afines con la falsedad ideológica.



4. Simulación de endoso cambiario

Aunque no han faltado autores que basándose en la naturaleza eminentemente formal de la letra de cambio han negado la posibilidad de su simulación, representa este un criterio que ha ido perdiendo puntos a medida que se ha profundizado en el estudio de los negocios simulatorios, habiéndose advertido por Goltz que el negocio cambiario solo es relativamente formal, y por Ferrara que “dicho negocio como cualquier otro contrato material, necesita la existencia de la causa, aunque no su mención” (1961, p. 135), requisito que no existe en el Código Civil de Guatemala.

Pueden, pues, simularse cualesquiera de los contratos causales subyacentes o incorporados a la letra, aunque en ocasiones el rigorismo formal cambiario impida formular excepciones procesales. Pero a través de algunas brechas abiertas más bien por la jurisprudencia que por una disposición obligatoria del propio ordenamiento positivo, han surgido determinados supuestos simulatorios, cuyos efectos inciden directamente sobre el negocio cambiario.

Y uno de ellos es la simulación de una cesión o endoso de la letra hecha por el librador a un tercero complaciente, con el objeto de frustrar la excepción de falta de provisión de fondos que pudiera deducir el librado, cuando la acción cambiaria



la ejercite directamente dicho librador contra el aceptante. Simulación indiscutible, según el propio Ferrara, por cuanto abarca todos los elementos integrantes de la misma, desde la ficción del negocio de cesión con sus respectivas cláusulas *valor en cuenta* o *valor recibido* hasta el *consilium fraudis* entre el librador y tomador tercero.

De este modo, quien accionará judicialmente será el tomador, típico testaferro, quedando el librado constreñido a una inexorable condena, a menos que haga uso de la siempre difícilísima *exceptio doli* para demostrar precisamente el concierto fraudulento o en su caso la simulación del endoso. Y se hace esta distinción porque para plantear dicha excepción reconocida por algunos ordenamientos, no es forzosamente necesario que la cesión resulte ficticia, sino que basta cualquier otra especie de *animus fraudendi*, como sucedería si en una cesión real conociera el cesionario o endosatario el origen delictivo de la cambial transmitida (Casals Coldecarrera, 1996, p. 182).

Desde el punto de vista probatorio, la semiótica del endoso simulado no difiere de aquella que se emplea para la prueba de la simulación de cualquier otra clase de negocio a título oneroso, salvo muy pequeñas particularidades. Tal vez la especialidad semiótica afecta mejor al endoso real fraudulento, pues aquí el verdadero tema habrá de consistir en el *conocimiento* del cesionario, amén de otros

indicios característicos de esta modalidad de dolo, como por ejemplo, los de *locus*, *tempus* y sigilo.



5. La letra de favor

Para Dagot “hay una especie de letras de complacencia cuyo libramiento reviste todas las características de la simulación negocial absoluta, desde que puestos de acuerdo librador y librado dan voluntariamente una falsa apariencia al efecto que luego seguramente descontarán” (1987, p. 89).

Para este autor, que cita en su apoyo las opiniones de Wahl, Lescot y Roblot, Percerou y J. Rousseau, una cosa son los efectos jurídicos de estos títulos de complacencia, en algunos aspectos muy alejados ciertamente de los que produce la simulación general, y otra es la posibilidad de admitir, pese a ello, una substancial identidad entre ambas figuras.

Casals Coldecarrera, siguiendo la tesis de La Lumia, opina que “la letra de favor no importa ninguna simulación negocial e invoca una serie de sentencias demostrativas de su admisión y licitud como negocio de afianzamiento” (1996, p.

615), afirmando que cualquier excepción basada en este motivo carecería de eficacia.



Sin embargo, allí donde se vea qué elementos fácticos inducen una similitud semiótica, solo se debe añadir, superando tales discrepancias, que cuando el librado opone, a un librador ejecutante, la excepción de falta de provisión de fondos, y alega como dato de hecho, esa existencia de la letra de favor, indudablemente replantea a distintos niveles, si se quiere, el mismo alegato de simulación entre parte, que tantas veces se ha invocado en pleitos no cambiarios; e igual se podría afirmar si en juicio declarativo fuese el librador o el librado quien a través de la acción *in rem verso* exigiera del otro suscriptor cambiario la cantidad satisfecha al tomador en virtud de ese insólito afianzamiento.

Tanto en uno como en otro caso, es indudable que habrá de demostrarse que no hubo contrato causal subyacente, a no ser que se de este nombre a lo que La Lumia llama *pacto de favor*, pero aun así, puesto que el pacto de favor viene a ser algo parecido al residuo de una causa falsa, o a una causa *cogida por los pelos*, es casi seguro que se emplearían muy similares indicios a los que usaría quien tuviera que demostrar la inexistencia por simulación de un contrato de reconocimiento de deuda.



6. Simulación de arrendamiento en perjuicio del derecho de prórroga

Se trata de un artificio dirigido a burlar el derecho de prórroga forzosa del inquilino a través de la celebración de arrendamientos simulados mediante la interposición de testaferros actuantes como supuestos arrendatarios-subarrendadores. El verdadero arrendador finge un contrato de arrendamiento con el cómplice, el cual a su vez subarrienda la vivienda o local al tercero interesado, quien realmente advendrá titular de tales derechos locativos, aunque degradados por causa de tal interposición.

A primera vista se ve aquí un caso típico de interposición de persona, que en este supuesto, sin embargo, resulta algo más complejo de lo normal, pues para que la interposición equivalga a *negocio* simulado comúnmente se ha sostenido que era preciso que el otro contratante real estuviese enterado de la simulación, y hasta que, en cierto modo, participare en ella, cosa que no siempre sucede dentro de la figura analizada.

Son muchos los casos en los que el contratante real pacta un subarrendamiento, aun cuando en el contrato se pacte que no operará la tácita reconducción o la prórroga. Dicho contratante ignora si el arrendatario subarredador es un testaferro del arrendador primario; puede naturalmente sospecharlo, pero eso



no es fundamental porque con quien de verdad ha sostenido los actos preparativos del contrato es con el testaferro, o más frecuentemente, con un administrador anodino que se dice mandatario de aquel hombre de paja.

Y, sin embargo, tamaña operación pudiera ser atacada y anulada por los tribunales hasta hacer acceder al contratante real, desde su posición de subarrendatario a la de verdadero arrendatario, todo ello con base, si no en la simulación, al menos en el *fraus legis*, con lo cual se nos evidencia una vez más la posibilidad de confusión entre estas dos figuras de contenido fáctico tan similar.

Porque lo que no se debe perder de vista es que incluso en este supuesto de puro fraude a la ley, implicativo de que el subarrendatario ignoraba la falsedad de la interposición y de que, por tanto, el subcontrato celebrado era real y no simulado, existe una primera fase operativa que a todas luces importa una simulación comercial, la que es el negocio de arrendamiento celebrado entre el propietario arrendador y el testaferro. Dicha simulación precisamente marcará la pauta indicativa del *animus fraudendi* que empeñó la consiguiente celebración del subarriendo.

En otro caso, si no hubiera existido esa ficción del negocio locativo, es indudable que con todo seguir perjudicando el derecho de prórroga, el subarriendo posterior no podría ser atacado por fraude.



De ahí que interese exponer la semiótica de la simulación del arrendamiento con total prescindencia de la posible coparticipación del contratante real perjudicado, y sin entrar por tanto en disquisiciones acerca de si el subarrendamiento pudiera ser asimismo un negocio simulado.

7. Simulación de sociedades

“Esta es una enconada materia en el ámbito jurídico, desde que acreditados autores tienen dogmáticamente por segura la imposibilidad de simulación de los negocios formales, entre cuyos ejemplos podría incluirse la constitución de una sociedad anónima” (Ferrara, 1961, p. 110) y, en donde, por otro lado, “la necesidad de luchas contra el cúmulo de potentes maniobras defraudatorias que permiten el uso y abuso de la persona jurídica, replantea de nuevo el viejo problema de la crisis de este propio concepto institucional” (Serick, 1958, p. 78).

Pero aquí, como en otros tipos contractuales, “no es un magno problema determinar la posibilidad simulatoria de esta figura, por cuanto los fines semióticos permiten, y a veces obligan, a descomponer fácticamente el tema en otros datos de hecho más simples y puros” (Verdera y Truells, 1949, p. 47).



Así, por ejemplo, cabe preguntarse si puede simularse la *affectio societatis*, y la importancia que, una vez descubierta dicha simulación, pudiera la misma tener, si no para declarar la nulidad de la sociedad (inatacable si se admite la teoría formalista), al menos para, dando un rodeo provechoso, atacar de flanco el propio abuso formal con base en la llamada doctrina del *disregard of entity* o corrimiento del velo societario.

También se puede inquirir si, respetando la existencia del ente jurídico, cabe la simulación en materia de suscripción de acciones o son igualmente posibles los aportes ficticios a una sociedad real, negocios ambos cuya realidad evidencia la práctica forense y que no poseen ninguna naturaleza especial como para negarles estas eventualidades simulatorias.

La suscripción simulada de acciones, que no es lo mismo que suscripción mediante testafierro (si bien en esta última exista también un ingrediente ficticio) se da en todos aquellos casos en que el suscriptor es una persona imaginaria o cuando siendo un amigo o empresa particular de alguno de los fundadores, consiente en poner su nombre y firma en la escritura constitutiva o bien consentir el endoso a su favor, solo para satisfacer a los fundadores y sin voluntad alguna, naturalmente, de resultar accionista (Dagot, 1987, p. 78).



Este fenómeno, tal como se puede apreciar, parece exclusivo de las acciones de suscripción pública, si bien Dagot, con base en algunos elementos tipificativos de otros ordenamientos, incluye dentro de dicha modalidad cualquier simulada suscripción con aportaciones en dinero, reservando otro apartado en cambio para las concretas aportaciones ficticias *in natura*.

Estas últimas presentan una variada casuística que va desde las aportaciones de bienes sin valor (estudios de mercado, falsas patentes, fondo de comercio, etc.) hasta la de inmuebles, empresas u otros elementos gravados con un pasivo que la sociedad subsume, empero sin tenerlo en cuenta al atribuir un valor a dicha aportación.

8. Negocios fiduciarios

Dentro de sus dos grandes vertientes la *fiducia cum amico* guarda tantas similitudes con la interposición de personas en las ventas simuladas pro insolvencia, y la *fiducia cum creditore* se asemeja tanto a la disimulación de préstamos usurarios, que gran parte de su semiótica hay que remitirla a la prueba correspondiente de estas dos últimas figuras.



9. Otras simulaciones

Se podrá comprender lo imposible que resulta recoger de una manera exhaustiva toda la amplia gama de modalidades que puede presentar la simulación negocial, aunque afortunadamente la similitud de ingredientes fácticos permite soslayar la necesidad de este inventario y concretar la exposición semiótica en los temas más estandarizados, con la idea de que el fenómeno de polivalencia facilite extender los indicios estudiados a cualesquiera otros tipos.

De estos temas no tan consagrados por el uso, nos bastará con mencionar los siguientes:

- a) Simulación de un mandato o arrendamiento de servicios para encubrir una cesión ilegal de local de negocio. Es la figura que en se conoce con el nombre de *coartada del servidor de la posesión* y que tan a menudo se emplea cuando se quiere disimular un traspaso o subarrendamiento in consentidos. De esta forma, el indicio de la introducción del extraño queda neutralizado o infirmado por la aparente relación de servicios que liga a ese tercero con el titular legítimo.
- b) Simulación de un precario al objeto de encubrir un arrendamiento y burlar el derecho de la tácita reconducción. Figura esta no tan frecuente, dada



la intensa oposición que juega aquí la máxima de experiencia, pero de la cual se conocen algunos casos interesantes.

- c) Simulación de solvencia. Al revés del arquetipo de insolvencia fraudulenta, antes contemplado, aquí sucede todo lo contrario. Se finge una notable posición económica, que en realidad no existe, con el objeto de obtener determinadas ventajas de carácter generalmente crediticio o para evitar en los concursos o quiebras una declaración perjudicial al suspenso o quebrado. Esta simulación pudiera constituir en algunos casos base para la comisión de un delito de estafa, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociaciones imaginarias.

El artificio más habitual consiste en compras simuladas de bienes o de acciones societarias, cuando no en el libramiento de letras de favor, si el objetivo perseguido es la obtención de algún préstamo particular o bancario, y en la ficticia creación de títulos de crédito, para aumentar el activo del balance, en otro caso.

Algunos supuestos bastante corrientes son también aquellas sobrevaloraciones ficticias de inmuebles o acciones con base en sucesivas y simuladas transmisiones, en cada una de las cuales se va aumentando el precio, dando así la impresión de que el valor atribuido al bien poseído es real y prometedor.

- d) Simulación de deudas de juego, con el fin de sustraerse a la irreivindicabilidad. Generalmente se simula un contrato de reconocimiento de deuda, amparándose en la naturaleza abstracta de estos negocios



jurídicos, aunque de todos modos tampoco importa simular algún elemento causal, como el préstamo o arrendamiento de servicios.

- e) Simulaciones frustratantes de acciones retractuales. Aunque a veces bastará con un negocio *in fraudem legem*, se ha de convenir en que las auténticas simulaciones son también abundantes, pues con estos artificios se burlan igualmente los derechos de acceso a la propiedad de colonos e inquilinos privilegiados por leyes especiales, aunque también es frecuente que se simulen precisamente estos privilegios para impedir otros retractos de derecho común, como los de comuneros y colindantes. En todos estos casos se suele recurrir a la simulación de negocios jurídicos no comprendidos en los tipos comunes, como permutas, donaciones, aportaciones a sociedades con posterior cesión de las acciones dadas en contrapartida, adjudicaciones en pago, etc., cuando no a la simulación de arrendamientos rústicos o urbanos cuyos retractos se yuxtapongan a los de las víctimas.
- f) Simulación de una simulación. Ocurre, según Ferrara, cuando se simula una contradecларación o contradocumento. Y pone los siguientes ejemplos:

El deudor, propietario de un fundo puede, de acuerdo con el que lo vendió, fingir una escritura de fecha anterior a la deuda, en que se declare que la venta fue aparente, que no se pagó el precio y que el adquirente no es más que un testafarro. Así, el antiguo enajenante viene a entrar en



posesión del fondo, aunque este, en realidad, siga perteneciendo al deudor. También puede hacerse una contradecларación aparente, en que se confiesa que el precio de venta es inferior al declarado y que al enajenar se concedió el derecho de tracto. Oponiendo esta contradecларación fingida, el enajenante recobra el fondo por un precio irrisorio las más de las veces, y el bien sale aparentemente del patrimonio del deudor (Ferrara, 1961, p. 199).

Otro caso es aquel de un comerciante que al tener que excusarse ante el Fisco por la diferencia entre las cantidades a que se referían las anotaciones de los libros contables y las que causaron las facturas y otros documentos privados, alegó la simulación de estos últimos con el propósito de hacerse de mayores recursos mediante el descuento en los bancos de los pagarés entregados en pago.



Capítulo III

Análisis probatorio de la simulación

1. La prueba de la simulación como materia *difficilioris probationes*

“Desde todas las épocas se ha considerado a la simulación como una materia *difficilioris probationes*, pues reúne la tres características de hallarse constituida por unos hechos ocultos, psíquicos y generalmente ilícitos” (Muñoz, 1993, p. 148).

Sin embargo, lo que más diferencia la simulación de otros temas *difficilioris probationes* y acrecenta por ello la complejidad de la labor heurística, es que “en la simulación, la ocultación representa un elemento esencial y no accidental del acto simulatorio” (De Castro, 1967, p. 338).

Cierto que el adulterio o el asesinato, por ejemplo, también constituyen conductas que con frecuencia suelen realizarse sigilosamente, de espaldas a toda publicidad, pero aparte de que no es fundamental que ello suceda así para que se produzca un crimen de tal naturaleza, sus autores planean la ocultación con un propósito medial, nada finalista. La ocultación solo forma parte del hecho en tanto pretendan eludir sus consecuencias punitivas. Sin embargo, con o sin ocultación, el



adulterio o el asesinato se habrán cometido. En cambio, en la simulación, la conducta ocultativa es precisamente una de sus caras: la cara compuesta por el negocio disimulado.

Simular es tanto aparentar un negocio ficticio como ocultar un negocio verdadero. Se podría afirmar, en consecuencia, que la simulación es una ocultación técnica, o apropiación de unos términos penalistas, decir que se trata de una ocultación sumamente premeditada y alevosa. Si a esto se añade que generalmente su comisión se realiza por personas de estatus social medio o elevado, que gozarán por tanto de diversos instrumentos de ocultación, puede comprenderse en definitiva la enorme dificultad probatoria que se acumula sobre el tema de la simulación.

Y esto solo desde el punto de vista de la *traslatividad*. Porque, si bien se mira, existe *ab initio* un factor de complexificación todavía mayor y que reside en la misma *impresionabilidad* del hecho que se analiza, ya que la simulación nunca deja tantas huellas materiales como el asesinato; es decir, gran parte de la sustancia simulatoria se realiza en áreas no físicas, sino mentales (Muñoz, 1993, p. 141).



Podría afirmarse que la simulación es una conducta sumamente intelectualizada, o si se quiere, muy verbalizada, en perjuicio todo ello de la acción muscular, que al quedar tan relegada la priva de profusas estampaciones y obliga a un mayor afirmamiento de los instrumentos heurísticos.

Admitida, pues, la dificultad probatoria de la simulación, forzoso es que se pregunte ahora por sus efectos, o en otras palabras, qué conclusiones y actitudes deben extraerse y adoptarse a la vista de esta naturaleza *difficilioris probationes*. Lo cual, es lo mismo que remitirse a los cauces dispensatorios del *favor probationes*. “De un *favor probationes* que en la prueba de la simulación va a consistir siempre, de un modo sistemático y casi exclusivo, en una masiva administración de presunciones, las cuales parece que tradicionalmente reciben del juzgador un paternal e indulgente tratamiento” (De Luca, citado por Ferrara, 1961, p. 385).

En la prueba de la simulación remite pues, de una forma que en principio pudiera ser muy halagüeña, el prejuicio hipovaluatorio del que da testimonio una reiterada y constante jurisprudencia. Si para probar el fraude, como engaño buscado, preparado y disimulado en un contrato no fuese apreciable la prueba de presunciones, admitida por la ley sin limitación alguna en cuanto a su objeto, quedarían impunes y válidos la mayor parte de los actos fraudulentos en perjuicio de la buena fe, siendo por el contrario prueba de gran fuerza de convicción la de presunciones y, más, si son varias coincidentes en la misma conclusión lógica.



Se deben destacar las grandes dificultades que encierra la prueba plena de la simulación de los contratos, por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad, lo que obliga en la totalidad de los casos a deducir la simulación de la prueba indirecta de las presunciones.

Las presunciones adquieren aquí una importancia superlativa y los jueces disponen de la más amplia libertad para ahondar en su análisis y decidir según la gravedad de las mismas.

En el ámbito de las presunciones y aún de las conjeturas, único propicio al relieve del negocio simulado, la simulación se ha de llegar a demostrar por medios indirectos, pues por medios directos es punto menos que imposible, por lo que a la presunción ha de concederse el rango de legítimo medio probatorio, capaz de dar nacimiento a una plena y absoluta condición, tan eficaz por lo menos, dada su evidencia, como cualquier otra clase de prueba.

Como se puede apreciar, la invocación a la técnica presuncional suele ser bastante unánime en el caso simulatorio y las alusiones a su *gran fuerza de*



*convicción, a su importancia superlativa y a su condición tan eficaz por lo menos, dada su evidencia, como cualquier otra clase de prueba, abundan en muchos repertorios jurisprudenciales hasta llegar a provocar cierto estupor. Porque acostumbrados a oír que las presunciones solo constituyen una *semiplena probatio*, y equivalen a prueba supletoria, sucedánea o de segundo grado, no se acierta a comprender cómo de repente, y precisamente en uno de los temas más complejos y difíciles que plantea el derecho, adquieran un rango tan privilegiado y provoquen una convicción tan profunda.*

Naturalmente no se puede adelantar a afirmar que no se censura ni se niega tal evidencia, sino que de ella solo se puede preguntar ¿cómo es posible que las presunciones *tengan gran fuerza de convicción* en la prueba de la simulación, y en cambio no tengan igual potencia en la prueba, de otro tipología negocial. ¿Acaso esa fuerza de convicción depende más del tema *probando* que no del *probatum*? ¿Se habrán invertido los términos hasta llegar a la errónea creencia de que la certeza de una presunción tiene mucho más que ver con la clase de tema que se debate que no con la fuerza categórica del juicio lógico que la soporta?

A primera vista parece que pueda sorprender a muchos juristas el pensar que la seguridad del tráfico jurídico, la legitimidad aparente de una escritura pública, la objetiva validez de una manifestación de voluntades, puedan destruirse y arruinarse merced a una prueba indiciaria generalmente tan hipovaluada por el



órgano judicial. Y no es posible admitir que esa técnica presuncional pueda solamente justificarse por medio de criterios de subsidiariedad, es decir, a base de afirmar que se carece de pruebas directas.

Si se empieza proclamando el principio de la libre y plena convicción judicial, entonces una de dos: o la prueba de indicios no convence al juzgador, en cuyo caso debe negarse a declarar simulado determinado negocio, o le convence plenamente, en cuya alternativa habrase de admitir como corolario que la presunción tiene tanta capacidad de convicción como cualquier otra prueba. Supuesto este último que a su vez, comporta una nueva conclusión, la cual carece de toda lógica enlazar con la presunción cuando se trata de simulaciones e hipovaluarla cuando se deban demostrar por ella otros temas.

Puede advertirse que precisamente esa aparente generosidad del órgano judicial al apreciar la presunción lleva a una curiosa paradoja, consistente en proclamar que la prueba de la simulación es todo lo contrario a una prueba difícil. Desde el momento en que para demostrar dicha simulación se puede hacer uso de las técnicas presuncionales, que en otros temas serían en cambio tan mal vistas y apreciadas, no solo por el órgano judicial sino por el propio legislador, en una contradicción *prima facie* de tales conclusiones se puede afirmar que la prueba de la simulación no es una materia *difficilioris probationes*.



Y es que, ¿cómo sería posible que para probar un suministro, un préstamo, la venta de una finca, la novación, la sociedad o la servidumbre, se pueda hacer uso de un síndrome indiciario tan audaz y arriesgado como el de la simulación?

Podría objetarse que en todos estos supuestos la máxima de experiencia muestra la usual documentación del acto, de modo que esa falta de documentación opera precisamente como una contrapresunción que neutraliza y anula la presunción integrada por los indicios favorables a la existencia del negocio. Pero en este supuesto, cuyo argumento no se rechaza, deberá igualmente llegarse a la conclusión de que el problema hipovaluatorio de la presunción reside a su vez en la hipervaluación de otra presunción adversa, a saber, la presunción acerca de la documentación del acto. De donde se colige que en el fondo, una gran parte de la literatura sobre presunciones no debiera jamás escatimar el estudio de las recíprocas frecuencias documentales (Muñoz, 1993, p. 323).

En este caso, dado que la máxima experiencia evidencia que salvo en los supuestos de negocios fiduciarios, nadie suele dar testimonio escrito de sus propias mentiras, he aquí porqué la presunción goza de tal predicamento. Lo cual, a su vez, al reducir el complejo hipovaluatorio torna mucho más fácil la prueba de este tema.



Junto a las inferencias que se derivan de las diversas bases indiciarias opera aquí una presunción, que no es auténtica presunción sino solamente *verdad interina*, y que habla de una correcta normalidad indocumentaria, merced a la cual habra de encenderse luz verde para el razonamiento presuncional o indirecto.

Cierto que con todo aceptar esta especie de simpatía de que goza la prueba presuncional en el campo simulatorio, hay negocios de intrincada estructura, de maquiavélica preconstitución y tal vez de rara o exótica experiencia que hacen que ello no sea suficiente para reducir su carácter *difficilioris probationes*. Las simulaciones de sociedades, los fraudes a las leyes antimonopolio, y las enrevesadas combinaciones del gansterismo internacional constituyen vivos ejemplos de este tipo de conductas frente a las cuales la semiótica puede que sea todavía incipiente, y la técnica presuncional resulte insuficiente.

Piéñese que el verdadero *favor probationes* no consiste solo y precisamente en admitir la prueba de presunciones –pues no puede haber *favor* en aquello a lo que se tiene legítimo derecho– sino en una política judicial flexible e inquisitoria respecto a la admisión y práctica de la prueba.

De todo cuanto se acaba de afirmar se tratará de hacer aplicación seguidamente al tratar del *onus probandi*, con el añadido de que la mayor parte de



las presunciones que se examinarán en el tema simulatorio lo son vulgares y no técnicas.

2. Carga de la prueba

De una forma que se podría calificar de unánime, siempre se ha considerado que la regla del *onus* en materia de simulación respondía a los criterios clásicos mantenidos por el aforismo *sitas probando incumbit illi qui agit* (la necesidad de probar incumbe siempre al que demanda) siquiera, como pretende Dagot, “se haya añadido a este precepto una razón suplementaria basada en el principio de la apariencia” (1987, p. 303).

Piénsese, sin embargo, que la invocación de este segundo postulado no deja de representar en el fondo una cabal redundancia con respecto a la regla clásica, pues, según advierte Michelli, “la *ratio* del principio *sitas probando* o de aquel otro *incumbit probatio qui dicit* (la prueba incumbe a aquel que dice) se halla precisamente muy próxima a esta misma teoría de la apariencia” (2004, p. 343).

La tesis de Dagot, que en el fondo viene a coincidir con aquella otra de Ferrara cuando acudía a “la presunción de legitimidad como base de la distribución



del *onus*” (1987, p. 361), tiene su correlato procesal en las doctrinas de Beckh y Finzi, según el cual “corresponde al acto, o más en general, al *Angreifer*, esto es, a quien quiere cambiar una situación jurídica preexistente, la prueba primaria de su *intentio*” (Finzi, 1995, p. 91).

Bajo el techo de esta teoría denominada de la posesión, del acervo, o, más adecuada a nuestro tema, de la conservación del negocio jurídico, que pudiera a su vez arroparse en criterios de verosimilitud estadística, según el propio Michelli reconoce, “la atribución del *onus* al litigante que invoca la simulación ha venido considerándose como regla de derecho no exenta de determinadas motivaciones de política legislativa” (2004, p. 206), cual demuestra el aforismo *in dubio benigna interpretatio adhibenso est, ut magis negotium veleal quam pereart* (Si hubiera alguna duda debe estarse a la legitimidad del acto y mantenerse su validez). Esta ha sido hasta el presente la opinión usualmente mantenida por la jurisprudencia.

En la disciplina de carga probatoria se ha ideado variedad de reglas de derecho entre las que adquirió relevancia la contenida en el aforismo *incumbit probatio qui dicit, non qui negat* (la prueba corresponde a aquel que afirma) acogido en algunas sentencias; aplicándolo a supuestos similares al de otros autos en que, por ejemplo:



La escritura pública de venta contenía la declaración de voluntad del vendedor expresiva de que el precio le había sido entregado por el comprador con anterioridad al acto del otorgamiento del instrumento público e imponiendo el deber de probar la certeza de la entrega del precio al comprador que la alegaba (Muñoz Sabaté, 1980, p. 170).

Pero esta norma de enjuiciar por la más moderna doctrina jurisprudencial en atención a que no siempre ofrece al juzgador norte seguro o firme, y así en alguna otra jurisprudencia se establece la doctrina más aceptable de trasladar la carga de la prueba, en general, al litigante que enuncia un hecho contradictorio de la situación jurídica existente. De esta suerte, quien se enfrente a la situación creada, por sí o sus causantes mediante escritura pública y niegue la realidad del precio que en ella se declara recibido con anterioridad, debe probar su aserto para poder enervar la presunción de veracidad que emana de la declaración hecha ante notario, de tal manera que, en otra jurisprudencia, se ha considerado que los elementos de juicio, datos y signos que servían para sostener la simulación no tenían valor para estimarla. En cambio, se tiene una explicación satisfactoria dentro de la normalidad contractual debiendo consignarse que aún si esos hechos, datos y signos admitiesen diversas interpretaciones, siempre sería de aplicar, en la duda, el principio *in dubio benigna interpretatio adhibenda est, ut magis negotium valeat quam perea* (Si hubiera alguna duda debe estarse a la legitimidad del acto y mantenerse su validez). Ello, puesto que la simulación es un negocio jurídico o

normal, ya que estadísticamente la voluntad manifestada corresponde a la voluntad realmente querida, la prueba de la simulación incumbe al que la alega.



Micheli encuentra que “el criterio de la normalidad (distinto del principio de la apariencia) pudiera ayudar aquí también a la solución del problema del *onus*, en tanto que el ordenamiento jurídico haga referencia a él de un modo directo o indirecto” (2004, p. 381). Y alude a este respecto a la denominada *abstracción procesal*, según la cual aunque la causa no se exprese en el contrato se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario. Precepto este que ya Serra Domínguez ha cuidado sagazmente de evidenciar que “no contiene una verdadera presunción *iuris* sino una norma de distribución de carga de la prueba” (1969, p. 118).

A través de todas estas consideraciones y otras parecidas, pero unánimes en atribuir el *onus* al actor (o al demandado si es él quien excepciona la simulación) tales, como se ve, unas motivaciones nada arbitrarias, si por arbitrariedad se entiende cualquier influencia epiquéyica del tipo *favor rei*. Antes al contrario, la distribución de la carga de la prueba obedece a unos criterios muy racionales, difíciles de sustituir, pues efectivamente la experiencia individual, sino una estadística hasta ahora imposible de confeccionar, advierte que la mayor parte de los negocios jurídicos que se celebran son negocios auténticos, serios, veraces,

existentes, y que por cada donación o compraventa simuladas tal vez haya nueve o diez verdaderas.



Pero también se ha de tener mucho cuidado en no sobrevalorar esa blanca estadística de negocios jurídicos concebidos *in totum* como auténticos, pues:

En infinidad de ocasiones la simulación no recae sobre las estructuras esenciales e íntegras del contrato sino sobre los elementos parciales o sobre los *accidentalía negotii*, en cuyo caso conviene moderar el optimismo, no sea caso de que la estadística se invierta en una voluminosa masa de pequeñas falsedades e inexactitudes, tramadas con pleno concierto de voluntades y de cuyos afectos jurídicos es imposible hablar *a priori* pues tales simulaciones pueden conservar una latencia de muchos años (Langlois & Seignobos, 2003, p. 181).

Comprendida esta vastedad de elementos contractuales, parece que si fuera dable cuantificar el promedio de simulaciones y otras falsedades negociales, con todo no rebasar seguramente el de casos sinceros, quizás hiciera que la proporción de estos últimos no fuera tan significativa como para brindar buenos niveles de confianza en un riguroso cálculo de probabilidades. Dentro de algunos supuestos, por ejemplo, el coeficiente estadístico de sinceridad negocial pudiera incluso

acercarse a cero, como en el caso del precio en contratos de compraventa inmobiliaria escriturados notarialmente.



Pero obsérvese que en este ejemplo, con todo, resulta obvia la frecuencia simulatoria, el juez aplicará, sin embargo, aquellos mismos principios de la apariencia y la normalidad para desplazar el *onus* sobre quien invoque la simulación del precio, de modo que en definitiva las razones estadísticas, a veces no son tanto una experiencia verificada cuanto un tópico pacíficamente aceptado para justificar posiciones tradicionales e inmovilistas.

En este punto, forzoso es preguntarse si bajo este estado de cosas no resultaría más aconsejable una radical inversión de la carga de la prueba, gravando exclusivamente con ella al demandado de simulación. Precedentes y paradigmas no faltan para defender lo que a simple vista pudiera parecer una locura.

Así, por ejemplo, en algunos ordenamientos, cuando dice que se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenase bienes a título gratuito; o cuando establecen que también se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de



bienes. Al admitirse en todos estos casos la posibilidad de prueba en contrario es claro que dicha norma solo tiene por finalidad revelar al actor de la carga de la prueba.

No se trata ciertamente de una auténtica presunción por cuanto falta el indicio o hecho base, pero ya se sabe que existen muchos artículos en los cuales bajo el incorrecto título de presunción se esconde una regla distribuidora del *onus*.

Lo que aquí merece, pues, señalarse es solo esta inversión de la carga; es decir, nos encontramos frente a unos supuestos en los que denunciada una simulación que revista caracteres de *fraus creditoris*, deberá ser el presupuesto simulador quien pruebe que el contrato no se realizó con esta torpe causa. Al actor, al acreedor, le bastará con alegar y demostrar los escasos y simples presupuestos de hecho contenidos en la norma.

Otro ejemplo, dentro ya de la esfera del derecho laboral lo brindan algunos ordenamientos dentro del Contrato de Trabajo, al establecer que el contrato se supone siempre existente entre todo aquel que da trabajo o utiliza el servicio y el que lo presta, aunque no exista estipulación escrita o verbal.



Este precepto, cuya *ratio legis* según Herrero Nieto, consiste precisamente en “cerrar el camino a todo intento de simulación y fraude” (1958, p. 474), si bien a juicio de Alonso,

contiene una presunción *iuris tantum* es más dable y correcto conceptualizar que se trata de una norma distribuidora de la carga de la prueba, que en los supuestos de simulación de contrato habría de hacer gravitar sobre el simulador de otras especies contractuales la prueba de su veracidad (Alonso, 2010, p. 231).

También el derecho fiscal se ha venido sirviendo de estos artificios para combatir las evasiones y elusiones fraudulentas, como lo establecen algunos ordenamientos, referente al impuesto sobre transacciones y actos jurídicos documentados. Aunque ya se sabe, que sin agotarse ahí su cometido, una de las funciones de la presunción legal puede ser precisamente la de regular el *onus probandi*. En este sentido, por tanto, con solo la existencia del indicio de evasión fiscal, el Fisco puede denunciar una oculta transmisión lucrativa y cargar sobre el adversario el trabajo de probar otra cosa.

Si pues en casos muy graves o por motivos altamente tuitivos se desplaza sobre el simulador la carga de la prueba, ¿qué impedimentos existen para



generalizar esta norma a todos los supuestos de simulación? Dejando a un lado razones históricas, de indudable tradición romanista y honda raigambre, parece que uno de los argumentos que más se impetra es el de la seguridad del tráfico jurídico el cual quedaría, según algunos autores, amenazado terriblemente si la carga de la prueba se desplazara al demandado. Por esta cuenta, decía, Bonnier, “las razones más insostenibles serían las más cómodas de alegar, puesto que la misma imposibilidad de probarlas pondría la prueba del contrario a cargo del demandado” (1928, p. 51).

Tampoco lo acepta, por idénticas razones Ferrara al escribir que “las circunstancias, por graves que sean, que acompañan al contrato y lo hacen sospechoso, no podrán nunca invertir la carga de la prueba, aunque constituyan tal vez presunciones de simulación” (1961, p. 362). Es siempre el actor quien deberá probar aquello que denuncia y en méritos a lo cual, pondrá en marcha la actividad judicial.

“Respecto a la seguridad del tráfico jurídico, la opinión se debe reservar hasta tanto no se pruebe ella de una manera empírica, y se dejen de lado meros presentimientos” (Silving, 1964, p. 214). Lo único que se sabe objetivamente es que hasta la fecha son ininidad los negocios jurídicos simulados que permanecen impunes por falta de pruebas. Resta por determinar si una radical inversión del *onus*

probandi o una política antisimulación con base en presunciones legales acrecentaría realmente el número de procesos temerarios.



Además, este lema de la seguridad del tráfico, aplicado al campo simulatorio, no deja de constituir en parte un propósito harto ilusorio, pues hoy en día la llamada presunción de legitimidad tampoco inmuniza a ningún negocio de un ataque procesal, de modo que nada impediría a cualquier ciudadano que pudiera acreditar un mínimo de *legitimatío ad causam*, personarse ante un tribunal y solicitar, por ejemplo, la declaración de nulidad por simulación en la fundación de la General Motors o de cualquier empresa transnacional. Puede que el fuerte gravamen que para él representaría el *onus probandi* le disuadiera apriorísticamente de tamaña acción, pero siempre cabe imaginar que se pretendiera con dicho proceso otros fines subrepticios.

Esta argumentación se sitúa en un plano un tanto hiperbólico, pues acerca del instituto de la carga de la prueba, solo se le concibe como mecanismo sucedáneo y posterior a todas las operaciones de apreciación y valoración de la prueba. Es decir, ilustres procesalistas como Michelli, Rosenberg, Guasp y Serra Domínguez, coinciden en que, sobre la carga de la prueba solo debe decidirse al final del proceso, caso de que las pruebas practicadas no hayan podido convencer al juzgador en ningún sentido, parece obvio que el problema de la prueba de la

simulación se enfoque desde otras perspectivas más modernas, prescindiendo un tanto de la cuestión de su *onus probandi*.



Según Micheli:

Una de las razones por las cuales el sistema probatorio germánico primitivo imponía muchas veces al demandado la carga de la prueba era que de ordinario este podía conocer mejor la forma en que se habían desarrollado los hechos, dada la naturaleza penal de las primeras controversias. En definitiva se trataba de delinear reglas de distribución del *onus* teniendo siempre en cuenta la posición en que las mismas partes se encontraban con respecto a las pruebas, de modo que la distribución de las consecuencias de la falta de prueba entre los litigantes se fundaba, ya en el criterio de la mayor proximidad de uno de estos a la prueba, ya en un criterio de conveniencia determinada por reglas de experiencia (2004, p. 27).

De todo esto al actual deber de colaboración hay un paso muy pequeño, pues si la distribución del *onus* no depende tanto de la posición procesal que ocupe la parte, cuanto de su mayor proximidad a la prueba, resulta claro que cada litigante está obligado a contribuir en proporción a sus posibilidades probatorias.



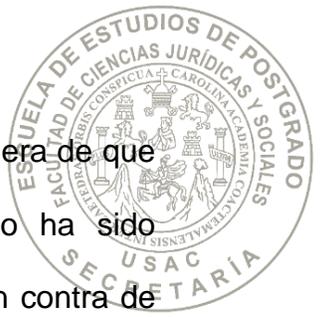
En el caso de la simulación, concretamente, parece obvio que el demandado se encuentra en una situación más óptima para proporcionar datos acerca de la veracidad del negocio jurídico que se pretende denunciar como simulado. De ahí que se cuestiona porque la jurisprudencia moderna no haya atemperado el rigor probatorio que pesaba sobre el accionante a base de responsabilizar al demandado en la misma empresa heurística.

Por ejemplo, se ha dicho en la Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones de lo Civil de la Capital Federal de la República Argentina de 1961:

- a) Aunque en materia de simulación, también es aplicable la regla de que, sobre el actor o excepcionante, pesa la carga de la prueba, sin embargo, como lo han reconocido los tratadistas, el principio general no es riguroso ni absoluto. No puede aplicarse contra el sentido común, ya que si bien quien afirma la inexistencia del negocio debe demostrarlo, este no puede ser obligado a rendir una prueba negativa, algo que razonablemente no es dable comprobar, eludiendo de producirla el demandado sobre hechos de los que él solamente tiene constancias y que está en sus manos atestiguarlas, si el acto es real, resulta sencillo a quienes aparecen realizándolo, demostrar en forma decisiva su veracidad.



- b) A quien demanda la simulación de un acto jurídico corresponde aportar la prueba que convenza de la verdad de lo que afirma, pero también el demandado debe producir la prueba de descargo pertinente, tratando de convencer de la seriedad y honestidad del acto en que intervino.
- c) En la simulación como ocurre siempre, a menos que las leyes establezcan la inversión de la prueba o una presunción *juris et jure*, o *juris tantum*, el *onus probandi* incumbe al actor. Pero cuando este ha aportado antecedentes demostrativos de la procedencia de la acción, el descargo es necesario para el demandado.
- d) Corresponde a ambas partes, ya que alegada la simulación, si bien la iniciativa debe partir del actor, si este aporta antecedentes demostrativos de la simulación, corresponde al demandado producir la de descargo, por cuando por el mero hecho de alegarse la simulación, la carga no se invierte sino que sigue las alternativas de los hechos constitutivos, extintivos, convalidativos e impeditivos que se aleguen.
- e) El principio de que la prueba incumbe al actor, sufre una relativa derogación en juicios de esta índole porque no puede exigírsele a este la producción de una prueba para el imposible, por referirse a actos y constancias a los cuales ha sido en absoluto ajeno. Al demandado, que para corroborar la realidad del acto atacado invocó el hecho de las obras y el pago del saldo de precio debido por ellas mediante la transferencia del bien que le hicieron, incumbía traer la prueba de sus asertos. El no haberla traído autoriza a descartar su explicación. Y descartada esta, el acto jurídico en cuestión es



indefendible, pues la compraventa queda privada de precio. Fuera de que el hecho de haber ofrecido una explicación que luego no ha sido fehacientemente probada, constituye una nueva presunción en contra de los demandados y de la realidad del acto jurídico de que se trata.

- f) El principio sustancialmente recogido en el Código Civil, ha de ser entendido conforme a los dictados de las más autorizadas doctrinas relativas a la carga de la prueba, en el sentido de que el demandado habrá de probar también aquellos hechos que por su naturaleza especial o carácter negativo no podrían ser demostrados por la parte adversa sin grandes dificultades.

Claro está que la adopción del *principio de colaboración*, que es tanto como hablar de conducta procesal de las partes, se aleja cada vez más del auténtico concepto de carga de la prueba, y se aproxima recíprocamente al área de las presunciones, en tanto que la violación de este deber de colaboración, concretado, por ejemplo, en el hecho de que el demandado no puede limitarse a la mera negativa de la pretensión del actor, sino que debe concretar la propia resistencia, coadyuva a la formación de la convicción judicial mediante el uso de máximas de experiencia (Michelli, 2004, p. 169).

Es decir, la presunción de hecho, como señala Rosenberg, “no modifica las normas sobre la distribución de la carga de la prueba, sino que permite que el



juzgador considere producida la prueba que incumbe a una de las partes” (1955, p. 227), de donde se colige la gran dosis de razón que le corresponde a Schonke al vaticinar que “la progresiva aplicación de las presunciones de hecho hará que cada vez pierdan más valor los principios sobre carga de la prueba” (1950, p. 204).

Para explicar con palabras de Carnelutti, puede decirse que “puede suceder que el juicio dependa del conocimiento de un hecho que, pese a toda la diligencia de las partes y del propio juez, cuando sea libre su iniciativa, no se sepa si ha existido o no” (1959, p. 347).

Para tal supuesto deberá acudirse necesariamente a una regla distribuidora del *onus* y que en el derecho actual no cabe ninguna duda que gravará al accionante de simulación, pues ni la ley ni la jurisprudencia permiten aseverar otra cosa. Pero adviértase que se ha partido del presupuesto de una previa y plena *diligencia de las partes*. Es decir, si el desconocimiento final del hecho se debe a la falta de actividad probatoria del presunto simulador, tal conducta, en tanto que se repute consciente, podrá valer como indicio que lleve precisamente a inferir la existencia de ese hecho desconocido, que en este caso será la simulación.

Y, dado, por otra parte, que generalmente los simuladores oponen a la afirmación contraria, una negativa genérica, cuando no un tono contestatorio muy



débil, operando además pasiva y oclusivamente en la fase probatoria, de ahí se desprende que los llamados *indicios endoprocesales* (entendidos como el comportamiento exteriorizado por las partes en el desarrollo del proceso) adquieren una importancia considerable en el relegamiento del *onus probandi*.

Todo ello, salvo en el caso de que esta regla de la carga no se maneje como expediente que se ofrece al juzgador para fijar en la sentencia los hechos desconocidos, sino como escapatoria legal para zafarse de la responsabilidad y complejidad de un razonamiento presuncional. Cuando el juez se encuentra moralmente convencido de la simulación, pero fija sobre el papel de la sentencia los indicios que le condujeron a ella empieza a sufrir de ese mal que los historiadores llaman *hipercrítica* o *prejuicio hipovaluatorio*, entonces, dado que no puede pronunciar un *non liquet*, lo más seguro es que acuda a la regla del *onus*.

3. Tasas de prueba

Aparte del hecho de que actualmente subsisten ya muy pocas manifestaciones de prueba legal, bien se comprende que la simulación nunca ha podido ser campo a propósito para una estricta regulación probatoria, y mucho menos de signo negativo. El principio *probationes non sunt coartandae* (las pruebas no se relegan) ha gozado aquí de un amplio predicamento, el cual debía



corresponder, en definitiva, a un tema afectado ya desde antiguo por la *probatio diabólica* (prueba diabólica o inquisitorial) consiguiente al tema de una intención o de un *animus*.

Por lo que el particular atañe en general al derecho positivo, cabe afirmar que la simulación puede demostrarse a través de cualquier medio de prueba y además sin trabas ni condicionamientos de ninguna especie.

En primer lugar, la circunstancia de que muchos de los negocios jurídicos simulados consten en escritura pública no es óbice para que no puedan atacarse y redargüirse de simulados empleando para ello cualquier instrumento o técnica probatoria, sin lastimar para nada el principio de la fe pública, en tanto que insistentemente se ha venido proclamando en la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 14 de mayo de 1960 que:

- a) El Código Civil, al dar valor probatorio, aun contra terceros, a los documentos públicos, entre los que se encuentran las escrituras otorgadas ante notario, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de este, no lo hace con carácter preferente cuando se contrastan con otras pruebas ni coarta la libertad de los Tribunales para juzgar en vista de todos sobre la veracidad o simulación de los contratos en ella contenidos, y por ello, aunque como en el caso presente ocurre, al estar



revestida de las solemnidades externas den vida aparentemente a la convención que contienen, cabe que esta se destruya en su eficacia jurídica sin mengua para la fe notarial, si se justifica que la estipulación no responde a la realidad y es ficticia.

- b) El pleno crédito que se concede a lo testificado por el notario solo alcanza en materia de contratos a aseverar lo que los contratantes han realizado o declarado en presencia del fedatario, pero no a la veracidad intrínseca de tales declaraciones ni a la intención o propósito que ocultan o disimulan, porque este y aquellos se escapan a la apreciación notarial, como en el caso de entregarse una cantidad ante el propio notario para simular un préstamo.

Además, y para facilitar mejor las cosas, el ataque al contenido intrínseco de la escritura puede realizarse sin necesidad de interposición de la denuncia de falsedad, y sin acudir tampoco a un previo pronunciamiento en sede penal donde no exista aquel dispositivo, de modo que el mismo juez civil puede y debe valorar dicha falsedad ideológica en la propia sentencia que resuelva el juicio de simulación.

Una vez desvanecido el aparente obstáculo representado por la fuerza probatoria del instrumento público quedan, sin embargo, otros problemas que resolver derivados en síntesis de la prueba de testigos. No obstante, su marginación

sería imperdonable en un estudio probatorio de la simulación que quisiera tener verdadero carácter científico.



Así, es sabido que algunos ordenamientos prohíben la prueba de testigos en algunos casos aquellos casos en que se trata de probar el contenido de un negocio jurídico de valor determinado. Tales prohibiciones dieron precisamente pie a un sector de la doctrina para suponer que si por testigos y presunciones no podía demostrarse el contenido de un negocio jurídico, era evidente que al reportar la simulación el encubrimiento de un negocio disimulado, probar dicha simulación con base en presunciones era tanto como probar la existencia de un negocio jurídico encubierto, de modo que con ello venía a conculcarse el sentido de dichas prohibiciones.

Respecto de terceros, es decir, cuando la simulación era alegada y denunciada por un tercero, la cosa no tenía suma importancia porque en definitiva para dicho tercero la simulación no es precisamente un acto sino un hecho jurídico, de modo que como tal, puede valerse de todos los medios de prueba para acreditar su existencia. Pero el aspecto del problema variaba por completo en los supuestos de que el accionante hubiese intervenido como parte en dicha simulación, y de ahí que en tales casos, comúnmente se le exigiera un *contradocumento* (una declaración de voluntad por la cual las partes declaran por escrito que han realizado un acto simulado, manifiesta la real intención de las partes y posee fines

probatorios) que probara la existencia de una real voluntad discordante con la aparentemente manifestada en el negocio simulado.



La presencia de ese contradocumento es requisito probatorio casi obligado en todas las resoluciones judiciales que deben decidir acerca de la simulación alegada *inter partes*. Por ejemplo, la Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones de la Capital Federal de la República Argentina del 4 de junio de 1967 manifiesta que:

- a) Es pacífica y uniforme la doctrina que exige el contradocumento para probar entre los intervinientes que el acto fue simulado y que encubre otro distinto o inexistente. Si las partes no han otorgado el contradocumento, cuando pudieron hacerlo, debe presumirse que ellas quisieron realizar un acto serio y efectivo.
- b) Sería excesivo conceder a tales notas valor bastante para desprenderse de ellas, tan solo, la inexistencia de la compraventa, la cual, de ser simulada, es lógico suponer que hubiera hecho exigir al padre que medio en su otorgamiento, un documento de garantía, que pusiera salvo en su día, los derechos del recurrente.
- c) Don F. podía tener en su poder el contradocumento que habitualmente se redacta en casos de simulación para garantía del supuesto transmitente.



Pero en honor a la verdad se debe 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 haga 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, supuestos extensibles además al caso en que deban demostrarse vicios contractuales afectados de fraudes o dolo (Muñoz, 1993, p. 228).

Puede entonces, probarse la existencia de simulación sin necesidad de contradocumento, cuando ha sido concertada *in fraud legis*, porque supone que quien simula para eludir una ley prohibitiva no documenta su propio fraude.

En principio, la simulación entre partes debe demostrarse mediante el respectivo contradocumento, salvo que exista principio de prueba por escrito, imposibilidad moral de proveerse de tal contradocumento, y otra causa que justifique su omisión.



Si bien en algunos ordenamientos no rigen esas tasas de prueba, en tanto que la presunción es admisible para la prueba de cualquier negocio jurídico (salvo que la forma sea un requisito *ad solemnitatem*), afirmación que se corrobora por el sentido puramente admonitorio algunos códigos al presuponer la prueba de testigos para negocios en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados o algún principio de prueba por escrito. Ello no obstante, la máxima de experiencia jugará en todos estos casos un importante papel, ya que la ausencia de contradocumento en aquellos supuestos cuya confección pudiera resultar norma y corriente *inter partes* valdrá tal vez como indicio contrario a la simulación.

4. La fórmula heurística

Ya se ha visto cómo la prueba de la simulación comporta casi exclusivamente una actividad presuncional, además muy profunda, lo cual a su vez significa que la principal labor probatoria habrá de consistir en ir fijando en autor los diversos indicios sobre los cuales se asiente aquella inferencia. Pero como este trabajo de fijación requiere el previo empleo de múltiples instrumentos heurísticos de los que componen la trilogía documento-testimonio-pieza, de ahí se desprende que toda la fórmula de prueba se halla intensamente cuajada de instrumentos y de indicios, aquellos para fijar a estos, y estos para



desencadenar la presunción. Cabe afirmar en consecuencia que la fórmula heurística de la simulación es una de las más floridas que se conocen (Muñoz Sabaté, 1980, p. 184).

De entre los instrumentos de prueba, naturalmente que los documentos y los testimonios surten la casi totalidad de indicios, pues difícilmente se hallarán piezas en esta clase de temas. Estos documentos y testimonios pueden a su vez descomponerse en varias subespecies (documentos, informes, libros de comercio, contradocumentos, confesión judicial, testigos, etc.) y de esta amplísima base surgirán después los indicios en número y calidad muy variable según los casos (Michelli, 2004, p. 172).

Adviértase que el admitir que un indicio pueda fijarse en autos por *cualquier* instrumento, equivale a rechazar todo tipo de tasación, ya que si la fijación puede realizarse mediante prueba testifical, la presunción, por más presunción que sea no dejará de tener una base testifical que tal vez repudiaran otros ordenamientos. Con ello se quiere significar que en la prueba de la simulación no cabe hacer discriminaciones entre una clase y otra de indicios, ni exigir por tanto que determinado indicio tenga una base documental, equivalente al llamado *principio de prueba por escrito*.



Es indudable que la fórmula heurística podrá confeccionarse mejor gracias a la experiencia semiótica, puesto que en esto consiste precisamente una de las principales aplicaciones de esta disciplina, mas ello no debe hacernos perder de vista que junto al problema de búsqueda y ordenación indiciaria subsisten todavía los problemas de información de datos y aportación de instrumentos o medios de prueba, a cuya insolubilidad actual, generalmente por deficiencia jurídicas, se debe en gran parte la materia de la simulación.

Ahora bien, si la semiótica es capaz de proporcionar un amplio cuadro indiciario de la simulación, cabe preguntarse si dicho cuadro presenta unas determinadas constantes que permitan hablar de un síndrome característico de tal simulación. A estas alturas, parece que la respuesta debiera ser afirmativa. Ciertamente que pueden darse innumerables indicios, algunos muy selectos o todavía exóticos, pero la contemplación de centenares de casos, junto con los precedentes semióticos del derecho intermedio han llevado a la convicción de que el cuadro gira en torno a una gran cantidad de categorías indiciarias, que en cada supuesto presentarán naturalmente su particular fisionomía.

Se hace referencia a los temas integrantes de la tipología simulatoria y casi se considera superfluo advertir, que no es usual ni necesario, que en cada fórmula de prueba se acumulen todos los indicios constituyentes de dicho cuadro. Lo que sí empero cabe observar es que, a medida que tales indicios se van sistemáticamente



integrando en categorías superiores surge un cuadro más nítido y necesario, visible siempre en toda especie de simulación, y al que pudiera denominarse *síndrome axial*.

Este síndrome axial se puede describir de la siguiente manera:

- a) Indicio de *causa simulandi*. Se trata del factor típicamente motivacional de la simulación, y sin el cual esta resultaría absurda de comprender. Dejando por un momento al margen el problema de su naturaleza, es evidente que la *causa simulandi* abre cualquier itinerario lógico en la prueba de la simulación.
- b) Indicios endoprosesales. Se basan en la necesidad de conservación del *telos* perseguido por la simulación. El proceso judicial incide agudamente como un bisturí sobre el negocio simulado, y en principio le sería fácil averiguar la verdad, pero el simulador se apresta enérgicamente a la defensa impidiendo brutal o sutilmente toda la labor heurística del contrario, sin parar en que por la fuerza, esa cerrada y necesaria defensa de la información habrá de repercutir en su contra a través de los desprendimientos indiciarios que arroje su conducta procesal. Se trata de un efecto axiomático: la simulación obliga a una defensa cerrada, pero este cerrojo actúa como indicio de aquella.



c) Indicios pragmáticos. Son aquellos relativos a la subrepticia ejecución del negocio disimulado (cuando la simulación es relativa) o a la inejecución del negocio simulado (cuando la simulación es absoluta). Atañen por lo tanto a la economía de la simulación en tanto que su ausencia vendría a indicar que tal supuesta ficción no sería útil o rentable a sus autores. Así, por ejemplo, en el alzamiento de bienes, de alguna forma debe dar la *retentio possessionis* y en la donación encubierta de compraventa la *causa donandi* se habrá de reflejar en alguno de los indicios de pago ficticio, como asimismo en el préstamo disimulado se encontrará algún capítulo de rentas, alquileres o precios equivalentes al interés del dinero.

Si los indicios endoprocesales se ha visto que respondían a la necesidad de conservar la apariencia, se puede concluir afirmando que los indicios pragmáticos responden a la necesidad de conservar o mantener el bien jurídico escondido o camuflado. Una simulación que una vez hallada de la *causa simulandi* no sea capaz, al menos potencialmente, es decir, como desiderátum lógico, de reportar la utilidad concebible en una tal maniobra, es tan absurda de comprender como aquella otra a la que precisamente le faltare dicha *causa simulandi*.

Una vez visionada la naturaleza indiciaria de la fórmula heurística se debe pasar al estudio individualizado de los diversos instrumentos de fijación.



Antes se puede decir, sin embargo, que la fijación de muchos indicios se realiza por propia alegación o admisión del contrario al contestar a la demanda, de una forma expresa o tácita, de modo que sobre los mismos no nacerá controversia probatoria alguna. Tal es, por ejemplo, el caso de los indicios *affectio*, *pretium vilis*, *pretium confessus*, *compensatio*, *retentio possessionis*, *tempus* y *disparitiesis*. Claro está que el demandado puede soslayar el definirse incluso sobre tales extremos a base de una *infitiatio* o negativa genérica, pero indudablemente lo que se evitará por un lado, igual habrá de repercutir en su contra en forma de conducta procesal indiciaria.

4.1 Confesión judicial

De este medio probatorio se puede decir lo que constantemente se ha venido afirmando para cualquier tema de prueba: le falta espontaneidad, ductilidad y acometividad, cualidades que jamás poseerá hasta tanto no se convierta en interrogatorio libre. En la prueba de la simulación, concretamente, el interrogatorio por posiciones viene a aparentar algo así como un ingenio o entretenimiento infantil del que a veces se acierta por casualidad y otras merced a la benévola tramposidad de los mayores que contemplan el juego.



Si al simulador, por ejemplo, no se le puede preguntar en dónde invirtió el dinero que obtuvo de la venta, sino que el accionante debe previamente averiguar dicho destino para preguntar luego al demandado si ello es cierto o no es cierto, fácil resulta colegir la inocuidad de este medio para desarrollar cualquier mínima y modesta labor heurística o probatoria.

Cierto que algunos juzgadores, hace ya tiempo que confieren a la confesión un tratamiento hartamente obsequioso, sobre todo en materias de difícil prueba como la simulación, pero impresiona pensar que durante mucho tiempo haya habido quienes con la excusa de un virtuosismo legal a veces discutible se han limitado a censurar y eliminar posiciones hasta convertir el pliego y toda la prueba de confesión en un farrago de inútiles palabras tachadas e insustanciosas, que a la postre han valido más como prueba en contra de su redactor que no como declaraciones emanadas del deponente.

De la Colina alude a este respecto a un caso muy ilustrativo.

En cierta ocasión atacaba como de simulada la compraventa de una casa, celebrada entre dos franceses, padre e hijo. No tenía más que débiles indicios, pero esperaba de las posiciones prueba completa. De ahí que preguntase al vendedor en qué moneda y en qué forma y fecha recibió el



precio. Observó el juez que no podía formular la pregunta por no estar concebida de conformidad al ritual, a lo que el abogado contestó que se trataba de buscar la verdad, como una necesidad superior de justicia. Se hizo por fin la pregunta y el interpelado dijo que recibió el pago en moneda nacional, en diversas cuotas y con anterioridad al acto de la celebración de la escritura. Vino enseguida el comprador y dijo que entregó el dinero en billetes del Banco de Francia, en una sola vez y en el acto de celebrar la escritura. Mediante esas contradicciones se consiguió demostrar y frustrar la simulación que se perseguía (De la Colina, citado por Alsina, 1942, p. 268).

Este ejemplo no solo pone de manifiesto el lado malo de una política probatoria demasiado estricta, sino que a la vez evidencia la positiva consecuencia que, pese a todo, ello reporta la prueba de un tema en el que generalmente intervienen como demandados dos individuos: el simulador y su cómplice.

Pues si como vislumbrara Dellepiane, “lo que quita al testimonio singular el valor decisivo e indudable que algunos pretenden darle, es, precisamente la imposibilidad en que se está de controlar y contraprobar la declaración única” (2011, p. 158), la simulación es uno de los escasos temas en que está dado dirigir las posiciones contra dos personas, que a la par que unidas por el *constilium fraudis* se hallan susceptiblemente expuestas a incurrir en múltiples contradicciones al rendir



su declaración. Naturalmente que en estos casos siempre resultará aconsejable respetar una misma unidad de acto.

Desde un punto de vista semiótico, las contradicciones de los codemandados constituyen una fuente de valiosos indicios, como se puede colegir del texto de alguna jurisprudencia:

- a) Debe tener muy especialmente en cuenta, que dada la importancia de la operación, si ella hubiera sido real, no hubiese sido posible que las partes contradijeran de tal manera el objeto de compraventa, en la forma en que lo hacen los demandados en sus posiciones.
- b) En lo relativo a la simulación de la venta se desprenden graves presunciones contra los demandados, entre ellas sus contradicciones sobre el particular al absolver posiciones.
- c) La falta de seguridad sobre hechos que debieran naturalmente ser recordados por los contratantes, además de las contradicciones en que incurrían sobre los mismos, permiten la afirmación absoluta de que en realidad no existió tal entrega de precio..., si a ello se agregase las flagrantes contradicciones y equívocos en que también incurrían al referirse a la tradición del inmueble y demás detalles de la operación.



- d) Contradicción en las declaraciones de dichas dos hermanas, asegurando una, que medió precio por la cesión cobrado al otorgamiento de la escritura mientras que la otra dijo que la cesión fue gratuita.

Ni qué decir tiene que cuando la simulación se alega *inter partes*, caso de probar un negocio fiduciario, uno de los más valiosos mecanismos que ofrecen algunas leyes procesales será al careo *sui generis*, que no por menos utilizado carece empero de importancia en tales supuestos. La presión psicológica potenciada por la presencia del contralitigante, y la espontaneidad que habrá de ofrecer el cruce de preguntas y de respuestas ofrecen una ocasión única solo equiparable al libre interrogatorio.

Todavía más significativa resulta la confesión asertiva del cómplice que a veces se produce en algunos procesos, desbaratando y perjudicando con ello los planes del simulador. No debe perderse de vista, que la complicidad en la simulación constituye un fenómeno sociológico muy usual y corriente, que muchas veces se presta por pura complacencia, es decir, sin perspectivas de lucro, y en donde el sujeto difícilmente valora la gravedad de la desviación, juzgándola como una cosa normal y plausible.



Pero por lo mismo que no existe una previa toma de conciencia acerca de la gravedad o la ilicitud, dicho cómplice ante los tribunales sufre un aldabonazo traumatizante que le impele a desasociarse del simulador y buscar su propia defensa por caminos a veces divergentes, alguno de los cuales pudiera consistir precisamente en la confesión de su complicidad, sobre todo si la acción se plantea en sede civil. Digamos que el cómplice no tiene ganas ni motivos para resistir al ataque adverso, se constituye en rebeldía y si por casualidad acude a rendir posiciones, admite lisamente la verdad o confiesa de una forma asaz negligente.

Naturalmente, que en estos casos jamás puede descartarse la posibilidad de una connivencia torticera entre el supuesto cómplice y el accionante de simulación, declarando mendazmente el primero que el negocio es simulado y que su intervención en el mismo como comprador, socio, arrendatario, etc., no fue real sino aparente.

La contraalegación por el simulador de este concierto fraudulento suele ser materia obligada en tales casos, pero aparte de que no es usual que una persona declare la comisión de un hecho ilícito, que incluso pudiera llegar a ser delito, sin de verdad haberlo realizado, es evidente que tales aseveraciones, de ser falsas, no se conciliarían con el perjuicio económico que habría de sufrir el falso cómplice.



Prueba corroborante de gran importancia la proporciona la postura en el pleito, y aún antes, al promover una acción de nulidad contra el simulador, el demandado puede producir un reconocimiento amplísimo de que el acto no tuvo nada de real. Y ese reconocimiento puede provenir nada menos que de la persona que acusaría el perjuicio mayor con la declaración de nulidad, porque es quien perdería el precio, si lo hubiera pagado, y la cosa adquirida.

Ello parte de que la posición procesal del supuesto simulador siempre sería inmejorable para cargar voluntariamente con la prueba de la realidad del negocio, de modo que el simple hecho de acusar de mendacidad a su codemandado no habrá jamás de ser bastante para desvanecer el impacto de la confesión de este último.

Por ejemplo, el demandado A, pretende en su alegato que hay connivencia de la actora y otra persona para hacerle aparecer como comprador solo aparente. Pero si A fue comprador real, ¿quién si no él, podría demostrarlo acabadamente? ¿Qué connivencia hubiera sido capaz de neutralizar una prueba que debía estar exclusivamente en sus manos? El supuesto podrá no ser verosímil porque una tal connivencia no sería imposible, pero es la actitud de A precisamente, al no producir una sola prueba eficaz de la realidad de la operación, lo que la hace inverosímil.



En otro orden, no puede creerse que la acusada rebeldía de dicho cómplice codemandado incitare sin más a disponer su *ficta confessio*, tratándose como se trata de una materia tan delicada y que a la postre aparecerá ya seguramente defendida por el otro demandado. Sin embargo, puesto que dicha contumacia no puede por menos que valorarse como dato demostrativo de la simulación, los efectos habrán de ser prácticamente muy parecidos.

Pese a todas sus imperfecciones, la confesión judicial representa, ello no obstante, el instrumento más económico y seguro para la fijación de innumerables indicios o subindicios, que de otra forma habrían de demostrarse a través de dispendiosos medios documentales o testificales con gran pérdida de tiempo y de dinero.

Piénsese que la semiótica de la simulación permite jugar con una gran amplitud de datos fácticos, cada uno de los cuales equivale a un potencial indicio, desapercibido inicialmente por el contralitigante, quien por esta misma razón y la necesidad de no aparecer como demasiado falsario, se verá obligado a admitirlos y confesarlos al rendir la pertinente prueba.

Así, por ejemplo, para fijar el indicio de la *affectio*, no será necesario que el actor demuestre con un certificado del Registro Civil que el simulador y su cómplice

son hermanos, sino que bastará que articule una posición con este temario, pues es casi seguro que ninguno de ambos se atreva a negar tal extremo.



Y lo mismo podría predicarse de una diversa e infinita gama de otros datos fácticos, aparentemente intrascendentes pero que el abogado preparará con exquisita meticulosidad para tenerlos en reserva en vistas a próximas o futuras inferencias. Ni qué decir tiene que en todos estos casos, el disponer de unas tablas de exposición semiótica constituirá para el jurista una estimable ayuda, puesto que la rígida preclusividad que reina en el proceso civil no permite improvisar demasiado sobre la marcha.

4.2 La confesión extrajudicial

“La confesión extrajudicial no es propiamente un instrumento de prueba sino un dato fáctico proporcionado por algunos de los instrumentos clásicos (testimonio o documento)” (Muñoz, 1993, p. 263), presenta -sin embargo- unas peculiares características por tratarse de una declaración *contra se* emanada, en este caso, del propio simulador, sin olvidar por ello que el vehículo de su adquisición procesal habrá de ser, alguno de los otros medios de prueba.



Son infinitas las circunstancias en las que el simulador pueda efectuar extrajudicialmente, y por regla general, antejudicialmente, frente a otras personas o en forma escrita, una confesión clara y directa del hecho simulatorio, o la revelación de antecedentes significativos para inferir de ellos tal simulación. Aunque tal vez solo la confesión lisa y directa pudiera encasillarse en este apartado, en tanto que la revelación de otros datos con potencial indiciario no equivale, técnicamente hablado, a la propia *contra se declaratio* que ha dado origen al concepto de confesión extrajudicial, no hay inconveniente alguno para que se englobe ambas posibilidades bajo un solo título, habida cuenta de gozar ambas de un mismo denominador común, el cual es, de tratarse de manifestaciones vertidas por la contraparte fuera y antes del proceso, en periodo incluso que se podría reputar *non suspecto*.

Cierto que por este camino cabría considerar incluso como confesión extrajudicial los datos escritos aportados por el simulador a una libreta de ahorro o cuenta corriente bancaria, pero si en confesión judicial se le puede interrogar al adversario sobre este extremo, no se ve porque *latu sensu* no deba tener igual carácter confesorio si el dato se revela extrajudicialmente, ello aparte de que, muchas de las circunstancias intervinientes en la confesión extrajudicial pueden ser sistemáticamente trasladadas al momento en que se estudie la prueba documental.



En otras palabras: no se va a estudiar tanto las *propiedades* jurídicas de las manifestaciones extrajudiciales del simulador, sino las *oportunidades* más sobresalientes en que tales manifestaciones se producen. Esto es lo que en definitiva interesa a la semiótica.

Marginando ahora la correspondencia, libros de comercio y diversos actos o declaraciones administrativas del simulador, son importantes cuatro oportunidades muy significativas, dos de ellas espontáneas, y provocadas las restantes:

Confesión espontánea:

- contradocumentos
- testamento.

Confesión provocada:

- requerimientos notariales
- actuaciones judiciales en otro proceso.

Del contradocumento conviene añadir que cuando la acción de simulación es deducida por un tercero, difícilmente tendrá la oportunidad de que caiga en sus manos el tal contradocumento, pudiendo incluso llegar a ser sospechosa dicha tendencia.



El testamento o sus secuelas, como el codicilo, pueden constituir también una interesante base de confesión extrajudicial que el simulador hace acerca de su conducta antijurídica, bien sea por arrepentimiento, bien para desvanecer posibles dudas o controversias después de su muerte. Quien regula su propia sucesión se siente a veces inclinado a dejar clara constancia sobre la verdadera patrimonialidad de ciertos bienes o la titularidad de obligaciones cuya apariencia es muy otra.

Algunas donaciones encubiertas y que luego pretenden revocarse suelen fenecer también merced a estos artilugios. En otras ocasiones, estas manifestaciones testamentarias no son tan explícitas pero integran actos dispositivos referentes a bienes objeto de la simulación, valiendo en tal sentido como indicio *retentio possessionis*.

En todo estos supuestos no se oculta, naturalmente, que una de las dificultades de la presente prueba radica en la probable falta de información acerca de lo confesado testamentariamente, si bien en un proceso de tipo inquisitorio y dada la premoriencia del simulador, pudiera tantearse la oportunidad de traer a los autos su testamento, pese a la aparente impertinencia de esta prueba. En las demás circunstancias habrá de contentarse generalmente con la azarosa probabilidad de una informática y la no menos insegura admisibilidad judicial. Solo aquellos casos

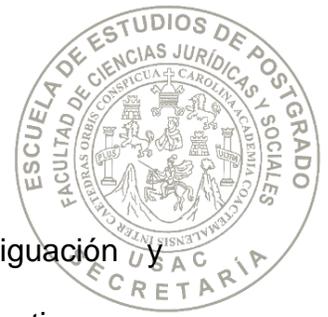


en que las partes pertenezcan a un íntimo círculo parental podrán suministrar alguna información segura sobre el hecho testamentario.

Pero la confesión puede asimismo ser provocada en período prelitigioso, a veces con una clara finalidad heurística, cual sucede con los requerimientos, actas y notas, y en ocasiones con otros fines no tan inmediatos. Toda esa labor entra de lleno en la informática y en la técnica preconstitutiva que debería desplegar el abogado encargado de atacar la simulación.

Referente a las actas notariales, es posible que el requerimiento sorpresivo al simulador proporcione la fijación de algún indicio, pero no es fácil que se obtenga de él un reconocimiento expreso de la simulación, ya que esta conducta, por su carácter ilícito, es de las que mantienen en sus autores un constante estado de vigilia. En algún caso aislado, sin embargo, ha dado resultado el practicarlo al cómplice del simulador, de modo que si las circunstancias lo permiten vale la pena intentar con él dicho requerimiento (Muñoz, 1993, p. 340).

Lo que sí en cambio deviene a veces útil y necesario es el faccionamiento de actas de presencia, que no recogen declaraciones sino hechos y situaciones, pero esto forma parte de la prueba típicamente documental.



Por último, otra de las grandes oportunidades de averiguación y preconstitución heurística la ofrece el proceso judicial, de cualquier tipo, que previamente al de la simulación haya tal vez mantenido el simulador deduciendo acciones o excepciones cuyo sustrato fáctico presente concomitancias y relaciones con los hechos propios de la simulación. Lo mismo puede ser un juicio laboral por despido, que un juicio de desahucio que un expediente contencioso administrativo por expropiación o un juicio sumario. Lo único esencial para la finalidad probatoria es que tales autos contengan alegaciones y confesiones del simulador que puedan ser utilizadas posteriormente en la prueba de la simulación.

No es forzoso que la provocación de estas manifestaciones se deba al propio interesado en este segundo juicio, ya que pudiera muy bien suceder que el mismo no hubiese sido parte en el primer proceso, pero hay casos, como el de alzamiento de bienes, que la provocación no solo procede de la víctima de la simulación sino que además la incoación del juicio forma parte de una común y más vasta estrategia. Cabe naturalmente preguntarse qué eficacia podrán tener las manifestaciones de un litigante vertidas en anterior proceso, en los ordenamientos positivos, el principio de libre apreciación de la prueba permite la valoración de este tipo de confesiones extrajudiciales. Es obvio que a dicha confesión no podrá dársele un significado de prueba plena (que por lo demás sobra incluso en la propia confesión judicial), pero indudablemente tendrá una fuerza indiciaria nada

despreciable, sobre todo en una materia de derecho penal. Ello sin mentar otras ventajas heurísticas, en el campo ya de la mera informática.



4.3 Testigos

En la simulación, como en otros muchos temas, resulta necesaria la prueba testifical, habiendo además podido comprobar que en este caso, suele amenguar bastante el clásico prejuicio hipovaluatorio, en aras precisamente a la materia de derecho penal de que se compone dicho tema (Michelli, 2004, p. 102).

No se pretenda, claro está, demostrar con esta prueba el dato directo de la simulación (no entrega del precio, confesión del simulador, trama del *consilium*, etc.), pues, como hecho oculto e íntimo, esta adveración de los testigos indudablemente resultaría asaz sospechosa, pero lo que sí pueden ayudar con su testimonio tales instrumentos es a la fijación de innumerables indicios, de entre los cuales la experiencia resalta particularmente estos que siguen:



- a) *Affectio*. Los parentescos por afinidad o de lejanía, la amistad íntima, las relaciones de vecindad, el *metus reverentiatis*, la dependencia doméstica, el concubinato.
- b) *Causa simulandi*. Algunas de las circunstancias del clima motivacional, particularmente el amor y el odio.
- c) *Retentio possessionis*. Toda la infinita gama, positiva o negativa, de actos materiales de posesión y que en definitiva habrán de evidenciar si se dio o no el *constitutio possessorio*.
- d) *Subfortuna*. Las situaciones y conductas del simulador y sus cómplices que representen signos externos de riqueza o pobreza, cuyos datos ayudarán a su vez a comprender si existió capacidad económica para realizar el negocio o para justificarlos.
- e) *Habitus*. Se alude principalmente a la personalidad moral y datos caractereológicos del simulador.

No se crea, sin embargo, que el testimonio directo haya que rechazarlo por mera dogmática, pues en ocasiones se dan casos en que el negocio simulado se fragua en presencia de testigos, quienes luego al darse cuenta de la trascendencia judicial adquirida, prestan lealmente su colaboración para desenmascarar la realidad de los pactos. Ello ocurre particularmente en los casos de testigos instrumentales, que igual pueden figurar en documentos públicos que en privados, y cuya sola suscripción documentaria ya acredita por lo menos la veracidad de su

razón de presencia. No hará falta que se remarque la conveniencia de preconstituir notarialmente testimonio de esta clase, en evitación de una posterior reticencia.



Otros testigos cualificados lo son, en ocasiones, aquellas personas a quienes el simulador solicitó primitivamente su complicidad en la simulación y que por razones de moralidad, miedo, económicas, etc., se la negaron.

En este caso de negocios por testafarro vale también tomar en cuenta el testimonio del tercero, es decir, del contratante auténtico. Por ejemplo, en el caso de fijación del indicio *retentio possessionis*, un tercero que compró las fincas declara que la operación la contrató exclusivamente con el señor X, a quien creía único dueño y al que entregó la totalidad del precio, sin que entregase cantidad alguna el testafarro, a pesar de haber intervenido también en el otorgamiento de la escritura.

Ni qué decir tiene que si se puede contrainterrogar a los testigos que el simulador traiga a la causa para probar alguna información o coartada, su deposición podrá facilitar mucho la labor del otro litigante. Así, por ejemplo, el caso en que el tribunal encontró sospechosamente lacónico el testimonio de la persona que decía haber prestado al supuesto comprador el dinero del precio de la compraventa.



Testigos de mayor cualidad y de gran eficacia probatoria pueden ser los técnicos juristas que de algún modo intervinieron, asesoraron o presenciaron la simulación (abogados, notarios, empleados de notaría, etc.) aunque naturalmente, dado que el secreto profesional les vedará en la mayoría de las veces rendir su testimonio, debe concluirse que los temas más viables para su deposición serán aquellos en los que la simulación se alegue *inter partes*.

Así, la Sentencia de la Cámara de Apelaciones de Rosario, Argentina de 14 de agosto de 1942 establece que:

- a) El escribano X, declara, igualmente, que todas las operaciones que se relacionan en el escrito de demanda son simuladas y lo sabe porque con posterioridad a todos los enunciados actos públicos, así se lo manifestaron Y y Z, y muchas otras personas que conocen esos hechos; que es cierta la existencia del contradocumento, pues él lo redactó a pedido de P y de H en dos ejemplares de un tenor y por el cual P reconocía en favor de aquel la propiedad de dominio de los inmuebles y de los derechos y acciones, obligándose a escriturarle tan pronto como H se la requiriese. Relaciona a continuación las circunstancias de tiempo y lugar en que P



firmó el contradocumento, escrito que él guardó en su caja fuerte y que H retiró más tarde a su regreso de un viaje.

- b) La clara y expresa manifestación del abogado D, testigo en el otorgamiento y poderes del señor X, que al declarar al folio YYY reconoce haber indicado aparentar dicha compraventa para dar eficacia a la voluntad de realizar la donación del marido a su esposa, ineficaz por expreso precepto legal.

Con respecto al testimonio de referencia, y en particular al rumor, se ha sostenido su escasa eficacia individual, si bien dentro de la presunción polibásica que siempre habrá de constituir la prueba de la simulación, dicho medio ni debe ser rechazado ni subestimado sistemáticamente, así la Sentencia de la Cámara de Apelaciones de Rosario, Argentina de 14 de agosto de 1942, afirma lo siguiente:

- a) El hecho de ser *vox populi* en la localidad de M, la de que no existe tal venta sino una manda.
- b) El rumor público era de que don A tenía hipotecadas las dos fincas de autos a la actora.
- c) Los hechos de la simulación eran de pública notoriedad.



Aunque de lo dicho pudiera colegirse y, en parte es obvio, que la valoración del rumor será tanto más positiva cuanto más reducida fuese a su vez la comunidad donde los hechos se desarrollaron, existen actualmente otros tipos de simulación, particularmente de sociedades y de grandes negocios financieros, que merced a los modernos medios de comunicación de masas (radio, prensa, etc.) pueden devenir factibles y resultar adversables a través de dicho rumor, que a veces se entresacará de las fuentes que convencionalmente se han venido en denominar *oficiosas* o *dignas de crédito*. Conviene analizar, empero, la pureza de dichas fuentes, ya que en ocasiones se llegan incluso a preconstituir *noticias*.

4.4 Libros de contabilidad

Si bien se trata de una prueba sustancialmente documental, ofrece algunas características que aconsejan su individualización. Su administración procesal es diferente a la documental típica, presenta tasas que no tienen los documentos y además, desde el punto de vista semiótico, constituye la base de inferencias que generalmente no desarrollará el juez sino unos facultativos especializados. En esta nomenclatura, por tanto, los indicios que se desprenden de esta prueba serán casi siempre indicios *técnicos* y la actividad valorativa tendrá un primer estadio pericial. “Ciertamente que el juez y el abogado podrán, en muchas ocasiones, valerse de sus propios conocimientos para explorar dicha prueba, pero a medida que el tema gane

en complejidad, la intervención de auditores o ejecutivos de comercio se hará imprescindible” (Muñoz, 1993, p. 347).



Aquí se tomará en cuenta exclusivamente el estudio de su potencia indicativa y el análisis de los principales indicios que pueden proporcionar tales libros, complementados, claro está, con los demás documentos mercantiles (facturas, letras, talonarios de cheques, etc.) que seguramente requerirá y habrá de utilizar el perito.

Solo cabría añadir que, moviéndose esta prueba en el ambiente presuncional típico del tema de la simulación, el juzgador no da tanta importancia al hecho de su oficialidad y legalidad cuanto al de su autenticidad. Esto es: se toman igualmente en cuenta los libros no sellados, las libretas y notas informales, las fichas manuales y mecanizadas, y cualquier otro sistema con la única condición naturalmente de que no exista constancia de que hayan sido falsificados tales documentos.

Y por falsificación se alude aquí solo a la material, es decir, no importa que ideológicamente la contabilidad sea falsa; lo que sí es necesario es que, por ejemplo, los libros o fichas no se hayan enmendado con vistas a la prueba, borrando, intercalando, añadiendo o suprimiendo datos y hojas. Circunstancia que



al fin de cuentas, de ser comprobada en autos, también vale como indicio endoprocesal.

Por otro lado, bien se puede imaginar que esta prueba no siempre es posible, al no llevar muchas personas, sobre todo en la esfera familiar o doméstica, ninguna contabilidad. Pero en contrapartida resulta esencial en la simulación de los grandes negocios financieros.

Aparte de todo ello, “es evidente que los libros de contabilidad acostumbran ser a veces vehículo primordial para ciertos tipos de simulación, bien mediante una sobrevalorización contable, bien a la inversa” (Jenny, 1941, p. 133).

Las técnicas fraudulentas más usuales en el primero de los casos suelen constituir en la compensación de distintas cuentas o su agrupación bajo un nombre común muchas veces dudoso; anotación de valores que no pueden considerarse, en absoluto, como en propiedad de la empresa (inventariar como propias, mercancías recibidas en consignación); dejar pendientes algunas de las cuentas; amortización insuficiente o inexistente; inflaciones de inventario; considerar los efectos como efectivo en caja; mantenimiento en el activo de créditos reconocidos ya como incobrables; llevar al balance valores destinados a simular una mejor situación del negocio; contabilizar



simplemente en las cuentas respectivas, en lugar de pasarlas a una cuenta transitoria, las sumas recibidas a cuenta de las facturaciones, alquileres, intereses, etc., del próximo ejercicio; la costumbre de no contabilizar las aceptaciones en el momento de su establecimiento, sino solo a su presentación; contabilizar los préstamos en la cuenta de capital, como participación social; y transferencias fraudulentas de asientos entre varias empresas (Jenny, 1941, p. 134-135).

Cuando se trata de obtener una presentación desfavorable se suele recurrir a amortizaciones exageradas; omisión de anotar la entrada de nuevos valores; inventarios incompletos; ocultación de beneficios, falso mantenimiento de acreedores ya saldados, omisión o aplazamiento de anotación de ingresos especiales, como honorarios, indemnizaciones, siniestros, etc. y transferencias contables entre dos empresas.

4.5 Documentos

Resulta evidente a todas luces que la prueba documental es la que más contribuye a la fijación de indicios en el tema de la simulación, y que raro será el juicio, en el que no se vea intervenir alguna representación de este medio probatorio. Incluso en el supuesto, por lo demás anómalo, de una simulación

perpetrada por conductos exclusivamente verbales, siempre existirá alguna huella estampada documentalmente, de modo que si bien es imaginable una *litis* simulatoria sin testigos ni confesiones directas, lo que ya no resulta concebible es suponerla sin documentos.

Adviértase, empero, que los documentos a que se hace referencia no deben consistir forzosamente en documentos preconstitutivos o quirográficos, de los que tal vez precisamente, y a salvo la propia escritura simulada, abundan muy poco, ya que la simulación por regla general vendrá accionada por un tercero. La abundancia documental en este tipo de pleitos suele ser de otra índole, es decir, consiste usualmente en comunicaciones, certificados, dictámenes y oficios emanados de organismos públicos o personas privadas y se canaliza procesalmente a través de lo que se ha venido denominando *prueba de informes*, que sin embargo en algunos ordenamientos positivos carece de regulación expresa.

Estos informes, cualitativamente muy valiosos, son los que mejor contribuyen a fijar los indicios más estimables del síndrome presuncional: precio vil, falta de realidad de su entrega, potencia económica, *causa simulandi*, *tempore suspecto*, *affectio*, *retentio possessionis*, *habitus*, etc.

Naturalmente, el documento fijativo por antonomasia es casi siempre la propia escritura, pública o privada, en la cual se haya plasmado el negocio jurídico





simulado. Se ha querido discutir por algún sector doctrinal, la validez de unas inferencias extraídas *ex re ipsa*, pero la objeción carece de consistencia si se advierte que el documento no deja de reflejar una conducta, y es precisamente la conducta la fuente siempre más inmediata de indicios, ello parte de que dicho documento jamás equivale, como debieran pretender tales autores, a una conducta molar en la que se constate un solo acto de voluntad simulado, sino que comprende, todo lo contrario, un comportamiento molecular saturado de múltiples enunciativas y dispositivas, muchas de las cuales no son ni representan el propio consentimiento viciado, aunque permiten inferirlo.

Aparte de estas dos modalidades operan también con bastante eficacia las cartas emanadas generalmente de alguno de los litigantes, pese a que su adquisición procesal resultara difícil en la mayoría de los casos. Muchas de estas cartas contienen elementos indiciarios, pero en ocasiones proporcionan incluso verdaderas confesiones extrajudiciales.

Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo español del 1 de febrero de 1956 señala que:

- a) En un supuesto de reconocimiento de deuda simulado, encubridor de una donación, se aportó una carta de la supuesta acreedora, relacionada



sentimentalmente con el deudor, y que dirigida al arrendador de la finca decía: “Todo lo existente en dicha habitación era de la exclusiva propiedad del señor G., quien ha tenido la atención y confianza de poner el simulado piso a mi nombre, por causas solamente de orden particular”. Dicha persona había remitido asimismo otra carta al banco sobre unos depósitos a su nombre afirmando que “debo a usted señalar, para todos los efectos legales y en general, de todo orden, presentes y futuros, que los citados 66 títulos... son de la exclusiva pertenencia de don E G, de 47 años de edad, casado y separado judicialmente, quien por circunstancias afectas a orden puramente familiar se ve precisado a tomar estas previsiones”.

- b) Cartas anteriores del acreedor (comprador con fines de fiducia) diciendo a un tercero y hablando del deudor, su hermano “hasta cobrarme lo que me debe, esto es en consecuencia lo que debe de hacer, pues si se liquidara y quedara un sobrante, como que no quiero más que lo mío, se lo remitiría”.

- c) La carta de fs. 90, dirigida a Galli por la señora Sosa, dice en la parte pertinente: “Enterada de su tarjetita debo decirle que si yo mandé para hablar con usted, fue porque me trajeron una notificación de pavimento que se adeuda del terreno de Sayago. La deuda es de XXXX cantidad más el interés del 8 % de 3 años. Usted bien sabe que la escritura la llevó el empleado al juzgado, de esto hace más o menos 3 años, así que yo



desconozco por completo lo que hay y qué curso siguió este asunto. Hasta fin de mes esperan el pago del pavimento. La intervención que después le den ellos en caso de no pagar usted, ya la sabe. Así que mi situación ha cambiado, por lo tanto, cómo yo voy a acceder a una entrevista que sería tan violenta hoy por hoy, por más reservado que fuera. Así por lo tanto, espero me conteste lo más pronto o si es posible por la portadora misma, a ver qué es lo que usted desea”. De todos los términos de esta carta, se desprende que la señora YYYYYY, sometía toda la cuestión relativa a la deuda por pavimento del terreno de Sayago, a lo que decidiera XXXX, pero no a título de asesor o consejero, sino como único interesado por dicho bien, a quien se da cuenta del estado de gestiones en que ella se ve envuelta al parecer sin consentimiento de su marido.

Valen igualmente las notas manuscritas, como por ejemplo, la nota que tenía en su poder un subarrendatario demandado y que había sido redactada por el propietario otorgante de un arrendamiento simulado. Quedan también en esta área documental los testamentos y los contradocumentos.

Ahora bien, de todos los problemas y cuestiones que pudieran ser objeto de consideración, el más delicado a efectos probatorios tal vez sea el extremo referente a la traslatividad documental, es decir, a los mecanismos de la aportación procesal, que en la praxis jurídica se ven entorpecidos, a veces por una desmesurada



prevención antiinvestigatoria y siempre por una falta de deberes de exhibición de terceros.

En el estado actual del derecho positivo es muy difícil combatir ambos problemas con armas legales, y aun cuando el primero pudiera vencerse en algunas ocasiones invocando el principio *probationes non sunt coartandae* que tal vez pudiera prosperar en más de una oportunidad, no se escapa que la exigencia de un deber de exhibición es hoy imposible frente a los particulares, debiendo suplirse esta deficiencia a base de inferencias endoprosesales contra la parte favorecida por la negativa de exhibición de los terceros, o mediante una labor heurística antejudicial (Muñoz, 1993, p. 106).

5. El proceso penal como medio de información y preconstitución

Tratándose esencialmente la simulación de un hecho oculto, realizado además de acuerdo con una técnica de ocultación un tanto depurada, circunstancia esta que precisamente tipifica su prueba como de materia de derecho penal, bien se comprende que muchos de los indicios que componen el síndrome presuncional no podrán ser descubiertos a simple vista, sino que requerirán una labor investigativa profunda, que de optar la víctima por una acción civil le habrá de plantear seriamente este dilema: o bien espera investigar con los medios procesales



que le facilite la *litis*, en cuyo caso correrá el peligro de que el juez declare la impertinencia de muchas pruebas por suponerlas pesquisatorias, o bien se decide por averiguar antes del pleito, solución esta que habrá de tropezar con el inconveniente de que muchos registros públicos y otras fuentes probatorias le estarán vedadas en tanto no se provea de una orden judicial.

¿Cómo averiguar entonces si hubo algún cargo o abono en las cuentas corrientes bancarias de los simuladores, si ha habido altas y bajas en el abono de la luz eléctrica, si el prestamista tiene antecedentes penales por usura, si las acciones suscritas se han cedido sigilosamente por medio de algún agente, o si en el protocolo notarial figuran otros documentos que se silencian? ¿Y qué no habrán de revelar estos informes, al suministrar infinitos datos inimaginables a la hora de redactar la demanda?

Se sabe que la absoluta facultad dispositiva de las pruebas por parte de los litigantes en el proceso civil está quebrando por muchos lados, pero resulta todavía necesaria una nueva ley que venga a confirmarlo de una manera formal y normativa, otorgando al juez facultades que no posee actualmente, si bien recordándole también otros poderes de los que, con todo, dispone ahora, difícilmente usa.



En el caso concreto de la simulación es evidente la necesidad de un acercamiento entre la heurística y la prueba, entre averiguación y demostración dentro del área y los cauces del propio proceso. La complejidad, la ocultación y la técnica de coartadas hacen muy difícil, por no decir imposible, que la víctima se persone ante el tribunal civil disponiendo de toda la información y de todos los instrumentos para probar la simulación.

Su relato tendrá forzosamente muchas lagunas a no ser que quiera aventurar hipótesis, y además, muchas de las posiciones que articule, de las preguntas que formule, y en general, de las pruebas que proponga, al dirigirse hacia la provocación y fijación de indicios, habrán de aparecer muchas veces como absurdas o desligadas del problema fáctico, con grave riesgo de que un juez poco impuesto del curso de los autos, de la simulación y de su semiótica las declare masivamente impertinentes.

En esta situación actual y aparte de confiar en una generosa aplicación del principio *probationes non sunt coartandae*, ¿qué es lo que deberá hacer un abogado cuyas fuentes de información sean las que únicamente le proporcione el cliente, con más, algunos pequeños indicios particulares o ayudados por un investigador?



Antes de contestar directamente a la pregunta hay que señalar el hecho de que muchas de la especies de simulación coinciden en todo o en parte con elementos tipificados penalmente, sobre todo con las figuras de alzamiento de bienes y simulación de contrato, amén de aquellas otras especies conectadas con la estafa, apropiación indebida, falsedad, malversación, usura, o delitos fiscales o monetarios. Si ello es así, resulta obvio que, al menos *prima facie*, aparecen ingredientes criminales suficientes para intentar la previa acción penal a través de denuncia o querrela. Tal vez dicha acción deba a la postre fracasar en el juicio al lograrse una sentencia absolutoria, pero al menos habrá permitido una eficaz labor heurística sin las cortapisas que para el proceso civil representan la ausencia del principio inquisitorio y la falta de un deber de exhibición.

Múltiples confesiones, deposiciones de testigos y obligados informes emanados de particulares nutrirán los folios hábilmente conducidos por quien previamente haya calibrado aquellas dificultades y el modo de vencerlas.

No se trata, compréndase bien, ni de una acción temeraria, pues en todos los supuestos se partirá casi siempre de una mínima pero seria informática, habilitante para cualquiera de estas acciones penales. Lo que se trata simplemente es de completar esa información (no se olvide que según la ley bastan 'indicios racionales' es decir, *semiplena probatio*), preconstituir pruebas y condicionar los medios defensivos del simulador es un posterior

proceso civil, caso de que el proceso penal no se valga y se sobre para satisfacer la pretensión de resarcimiento (Hijas, 1969, p. 82).



Y ello sin que una posible absolución en este último proceso perjudique para nada la valoración civil de los hechos, puesto que, admitida la realidad de una determinada conducta puede muy bien ser estimada como no delictiva y, sin embargo, devenir calificada de simulatoria en una posterior *litis* civil. Este ha sido desde hace tiempo el criterio sostenido por alguna jurisprudencia.

Algunas sentencias penales tocan de paso el problema del valor probatorio de las actuaciones penales de un posterior juicio civil, que resuelve positivamente, al amparo del principio de la llamada apreciación conjunta y que representa una confirmación de la eficacia preconstituyente del proceso penal en casos como la simulación de negocios jurídicos tan saturados de materias de derecho penal. Ni qué decir si la sentencia penal fuese condenatoria, sus efectos en cuanto a la apreciación de los hechos declarados probados resultarían vinculantes en la jurisdicción civil, pero en tales supuestos no será muy frecuente la necesidad de acudir a esta última esfera, a no ser que el tribunal penal hiciese reserva de acciones civiles.



6. Prevención de coartadas

Se han hecho esfuerzos por manifestar que la simulación equivale a una ocultación técnica, lo cual deberá alertar del tipo de conducta antijurídica que se enfrenta a la acción antisimuladora. El simulador generalmente sabe lo que se hace al urdir y crear el negocio ficticio y habrá por ello de poner un especial empeño en enmascararlo, porque de dicho enmascaramiento depende la economía de la simulación. Digamos que los fines de un asesino o de un violador pueden satisfacerse muchas veces independientemente del descubrimiento del crimen y su autoría, pero que los de un simulador jamás se satisfacen sin ese ocultamiento.

El arma preconstituyente del simulador suele ser por regla general la coartada, entendiendo por tal lo que se ha estudiado más arriba. El simulador conoce, si va asesorado, o incluye en otro caso, algunos de los indicios más elementales de la presunción de simulación, y no será tan ingenuo como para no procurarse una coartada, esto es, un falsamiento de tales indicios a efectos estrictamente probatorios. En otras palabras: “Este tipo de falsedad no va específicamente dirigida a engañar a la víctima para obtener de ella la prestación lucrativa (tal sería el caso de algunas estafas) sino a engañar al juzgador en un futuro e hipotético proceso” (Betti, 1959, p. 224).



Así, no es raro que para coartar el indicio del precio vil se escribiera un precio paritario al de mercado, o incluso superior, a despecho tal vez de las contingencias fiscales; que para rehuir el sistema de precio confesado se acuda al artificio del circular de metálico ante notario; que para desmentir la impotencia económica de los contratantes se subsimulen previos contratos de préstamo, o que al objeto de neutralizar la *affectio* se urdan juicios de faltas u otros procesos entre el simulador y su cómplice.

Pensar, por lo tanto, que la prueba de la simulación debe dar siempre un síndrome presuncional puro y completísimo equivale a ignorar las técnicas de coartada y subestimar la inteligencia del simulador suponiéndola a un nivel demasiado primitivo como para ubicarla en la estructura socioeconómica de nuestros días. Conviene en consecuencia no dejarse deslumbrar por la aparente corrección del negocio jurídico que se combate.

Cuando se trata de simular un acto jurídico en perjuicio de tercero, los actores del acto o agentes de la simulación toman tranquilamente las medidas y adoptan con tiempo y, en lo posible, las precauciones para ocultar el acto, a la par que se especializan en borrar las huellas que el vicio pudiera dejar.



Se supone que en un hecho de simulación –o atacado mejor dicho, de ese defecto– han de existir llenadas formas legales aparentes como, por ejemplo, en el caso, la visación de un certificado, pero el problema de la *litis* no es comprobar si existen o no las formas exteriores sino la comprobación de una realidad bajo ellas. O que por lo contrario, ha existido un abandono o descuido de esas formas externas, pero una fuerte y resaltable realidad se impone a ese abandono y descuido. Lo importante es el estudio de la situación real, despojada de apariencias o de precauciones ficticias.

En este caso, el actual demandado de simulación, poniéndose con tiempo a cubierto de los efectos de la acción respectiva, pudo, por ejemplo, seguir un juicio de reivindicación contra el agente pasivo de la simulación (su cómplice, el ahora tercerista) dejándose vencer en forma naturalmente maliciosa.

Es importante aconsejar que lo que el análisis probatorio debe tener siempre presente es el síndrome axial general y no todos y cada uno de los indicios inventariados por la semiótica, pues si bien la coartada podrá borrar o hacer difícil la adquisición de algunos de ellos, no podrá jamás destruir los lineamientos típicos de dicha presunción axial (Ferrara, 1961, p. 127).



Aparte de ello, los interrogatorios y demás averiguaciones heurísticas deben esforzarse en descender a cotas muy profundas, no conformándose jamás con los resultados que arrojan los primeros niveles, susceptibles siempre de la técnica de coartada. Se quiere significar con ello que si para aparentar potencia económica el comprador simulador presenta un contrato de préstamo, se deberá por un momento abandonar la prueba de la simulación principal y adentrarse lo más intensamente posible en la averiguación de este segundo negocio reforzador del primero.

Aunque para que la prueba pueda sufrir un grado tal de dispersión y no entorpecer la marcha de la *litis*, será necesario que tenga verdadero interés semiótico dicha digresión y que además el juez se halle profundamente impuesto del curso de los autos y de la propia semiótica del tema.

Declarar simplemente que un contrato de préstamo no es materia que se debate en la *litis*, para acto seguido decretar la impertinencia de las pruebas encaminadas a su fijación positiva o negativa, revelará una predisposición muy modesta en orden a hacerse con la verdad histórica.

Conclusión



La simulación es un tópico de prueba difícil, porque ella consiste en el acuerdo, colusión o concierto de dos o más personas para dar a un negocio jurídico apariencias de otro, o bien para ocultar su existencia en absoluto, por lo que los elementos subjetivos del contrato o negocio hacen extremadamente difícil probar los elementos que la constituyen: declaraciones de voluntad disconformes con la intención, esa intención concertada de acuerdo entre las partes y la intención de engañar a terceros.

Por ello, entre la tesis voluntarista y la tesis objetivista, resulta casi igual la dificultad probatoria de la simulación y se necesita recurrir a los indicios de la causa de la simulación que únicamente pueden ser llevadas a prueba por medio de las presunciones, aun cuando existan principios de prueba generados por otros medios como los documentos, las declaraciones testimoniales o de parte y otras clases de prueba; aunque en realidad, se pueden utilizar todos los medios de prueba que la ley permita para tratar de probar la existencia de un negocio simulado.

El problema principal que resulta en la materia probatoria de la simulación es que la información que permite su prueba está siempre en manos del simulador, y por el principio de que *la carga de la prueba compete a quien afirma* (y no se permite



la inversión de la carga de la prueba) se está ante la imposibilidad material de acceder a tal información por vía directa.

Por otro lado, el indicio de la causa de la simulación es difícilmente evidenciable, por lo que en la mayor parte de los casos llega únicamente a presumirse y el concierto para engañar o defraudar no obstante encontrarse en todos los casos de simulación se tiene que buscar en una tipología indiciaria bastante heterogénea.

Por otro lado, el engaño no refleja a veces o por lo menos de inmediato, ni la ilicitud ni un evento dañoso y, en todos los tipos de engaño, la amplia gama de indicios posee una extensión tal, que casi siempre los mismos indicios que se emplean para la prueba de una figura sirven igualmente para la prueba de otra. Esto, debido a que los elementos esenciales son difícilmente identificables permitiendo que la falta de certeza probatoria se haga permeable.

No obstante ello, las incongruencias, las contradicciones, la falta de pruebas subyacentes a la transacción y la situación jurídica, civil y material del simulador y de su cosimulador o cómplice, así como el resto de medios de prueba contemplados en el ordenamiento jurídico introducidos al proceso, diligenciados y valorados de forma científica y jurídicamente correcta o verosímil, permitirían de alguna manera, demostrar la existencia de un negocio jurídico simulado, sin perjuicio de otros indicios que constituyan principio de prueba, con los cuales el juzgador pueda realizar confrontaciones objetivas.



Respecto de la hipótesis planteada al inicio de la investigación, se puede decir que se ha comprobado su verosimilitud y que en materia probatoria, la simulación continúa siendo una de las materias de prueba más difícil, mientras que la carga de la prueba de compete al demandante o actor.

Bibliografía



Alonso Olea, M. (2010). *Derecho del trabajo*. Tomo II. Madrid, España: Editorial Civitas.

Alsina, Hugo. (1963). *Tratado práctico de derecho procesal, civil y comercial*. Buenos Aires, Argentina.

Altavilla, E. (1962). *La dinámica del delito*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Betti, E. (1959). *Teoría general del negocio jurídico*. Madrid, España: Editorial Comares.

Bonnier, E. (1928). *Tratado de las pruebas en derecho civil*. Madrid, España: Editorial Civitas.

Carnelutti, F. (1959). *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Casals Coldecarrera, M. (1996). *Estudios de oposición cambiaria*. Barcelona, España: Editorial Bosch.

Dagot, M. (1987). *La simulación en el derecho privado*. Madrid, España: Editorial Tecnos.

De Castro, F. (1955). *Derecho civil de España*. Madrid, España: Editorial Civitas.

De Castro, F. (1967). *El negocio jurídico*. Madrid, España: Editorial Civitas.

Dellepiane, A. (2011). *Derecho procesal, nueva teoría general de la prueba*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.



Ferrara, F. (1961). *La simulación de los negocios jurídicos*. Madrid, España: Editorial

Marcial Pons.

Finz, M. (1995). *La posesión del derecho*. España: Centro de Estudios Políticos y

Constitucionales.

García Faile, D. (1960). La prueba presuntiva en los procesos rotales de nulidad matrimonial por simulación total y parcial. En: *Revista española de Derecho*

Canónico. No. 43. España: Universidad Pontificia de Salamanca.

Gorphe, F. (1953). *Las resoluciones judiciales*. Buenos Aires, Argentina: Editorial

Marcial Pons.

Herrero Nieto, B. (1958). *La simulación y el fraude a la ley en el derecho del trabajo*.

Barcelona, España: Editorial Bosch.

Hijas Palacios, J. (1969). *Notas para el estudio de una sociología judicial*. Madrid,

España: Editorial Civitas.

Jenny, E. (1941). *Los fraudes en contabilidad. Cómo se practican y descubren*.

Barcelona, España: Editorial Bosch.

Langlois, C. & Seignobos, C. (2003). *Introducción a los estudios históricos*. Alicante,

España: Universidad de Alicante.

Michelli, G. A. (2004). *La carga de la prueba*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Muñoz Sebaste, L. (1993). *Técnica probatoria*. España: Editorial Wolters Kluwer

Educación.

Navarro Martorell, M. (1950). *La propiedad fiduciaria*. Madrid, España: Editorial

Bosch.



Puig Brutau, J. (1997). *Nueva enciclopedia jurídica*. Tomo XII. Barcelona, España: Editorial Bosch.

Regelsberger, Karl. (1942). *El negocio jurídico fiduciario*. Madrid, España. Editorial Bosch.

Rosenberg, L. (1955). *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Schönke, A. (1950). *Derecho procesal civil*. Barcelona, España: Editorial Bosch.

Serick, R. (1958). *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*. Barcelona, España: Editorial Ariel.

Serra Domínguez, M. (1969). *El juicio jurisdiccional*. En: *Estudios de derecho procesal*. Barcelona, España: Ariel Editorial

Silving, H. (1964). *Ensayos sobre procedimiento penal*. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Verdera y Truells, E. (1949). La simulación en la anónima. *Revista de Derecho Mercantil*. Madrid, España: Editorial Arazandi.

Vizcarro, F. (1963). *El préstamo usurario*. Barcelona, España: Editorial Bosch.

Jurisprudencia

Sentencia de la Cámara de Apelaciones de Rosario, Argentina de 14 de agosto de 1942.

Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones de la Capital Federal de la República
Argentina del 4 de junio de 1967.

Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones de lo Civil de la Capital Federal de
la República Argentina de 1961.

Sentencia del Tribunal Supremo español del 1 de febrero de 1956.

Sentencia del Tribunal Supremo español del 14 de mayo de 1960.

