



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

INSUFICIENCIA DE MEDIOS PROBATORIOS EN EL JUICIO DE SIMULACIÓN EN EL
DERECHO ECUATORIANO

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República.

Profesor Guía

Dra. Miren Josune Torrontegui Martínez

Autor

Esteban Sebastian Borja Moya

Año
2015

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el/la estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Miren Josune Torrontegui Martínez

DOCTORA EN JURISPRUDENCIA

C.C. 170805763-1

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

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

Esteban Sebastian Borja Moya

C.C. 171621220-2

AGRADECIMIENTO

Agradezco a la Doctora Miren Torrontegui Martínez, por el trabajo constante y su valiosa ayuda en la elaboración del presente trabajo de titulación.

DEDICATORIA

A mis padres.

RESUMEN

El presente trabajo de titulación, es un estudio sobre la simulación de los actos jurídicos, la acción así como los medios probatorios que deberán ser usados en un proceso por simulación.

El lector podrá entender el concepto de la figura, misma que ha sido desarrollada por varios tratadistas especializados, la cual ha tenido una evolución en el tiempo, así como concebir los elementos fundamentales necesarios, para que un acto jurídico sea considerado como simulado, distinguiendo sus clases.

La ausencia de norma con relación a la simulación ha hecho que la acción de la misma no tenga lineamientos específicos, los cuales se desarrollan en la propuesta de ley que a nuestro criterio es la ideal para acoplar a la normativa ecuatoriana.

La simulación generalmente es confundida con otras figuras afines, las cuales han sido estudiadas en particular, obteniendo las diferencias con la simulación para un mejor entendimiento.

La prueba en los procesos de simulación, es de suma importancia, debido a la astucia de los simulantes, lo que ha hecho que encontrar una prueba directa y plena, sea una labor casi imposible para quien esté interesado en la declaración de simulación. Por lo tanto, se encontrarán los parámetros probatorios por los que se deberá encausar la investigación, para poder determinar por medio de pruebas indirectas, que el negocio ha sido simulado.

Se ha especificado una guía por la cual, un profesional en derecho que busca la declaración de simulación, puede basarse para lograr su fin.

ABSTRACT

The present work, is a study about the simulation of acts with effects on law, the action itself and the means of proof that must be used in a trial on simulation.

The reader will be able to find the concept of simulation as it were developed by numerous experts, concept that has evolved on time, and the fundamental elements for distinction between a simulation and a real act, along with classified types of simulation.

The absence of a specialized norm on relation with simulation, makes the simulated action hard to judge, so to our criteria the proposal of law that is presented on this work meets the requirements to be used on Ecuador.

Simulation is generally confused with other close figures, which have been studied particularly. We have exposed the differences with simulation for a better understanding.

The proof on the trials about simulation is critical. Simulation is considered hard to be proved because of the cleverness of the simulators. It is almost impossible for the person that has the interest on the declaration of a simulated act to find a direct and efficient proof. Therefore, on this work the reader can find the parameters to conduct an efficient research and obtain the means to prove by indirect proof that the act was simulated.

It has been specified a guide on which, lawyers that are seeking for the act to become declared a simulation can base on.

ÍNDICE

Introducción	1
1. La Simulación, Concepto, Acto Simulado, Caracteres, Elementos, Configuración, Causa Simulandi....	5
1.1.- Concepto de Simulación.....	6
1.2.- El Acto Simulado sus Caracteres y Elementos.....	10
1.2.1. El acuerdo entre las partes.....	13
1.2.2. Intención de engañar	15
1.2.3. Disconformidad de la voluntad interna y la exteriorizada	16
1.3.- Analogías y Diferencias con figuras afines	17
1.3.1. Diferencias entre la simulación y la reserva mental.....	17
1.3.2. Diferencias entre la simulación y el dolo.	18
1.3.3. Diferencias entre la simulación y el error.....	19
1.4.- Configuración: Formas de Simulación	20
1.4.1. Simulación Absoluta	21
1.4.2. Simulación Relativa	23
1.4.3. Simulación lícita.....	30
1.4.4. Simulación ilícita	32
1.5.- Causa <i>simulandi</i>	33
2. Acción de Simulación.....	35
2.1.- Formas de Alegar la Simulación.....	36
2.2.- Características, Naturaleza de la Acción de Simulación.	39
2.3.- Prescripción de la Acción de Simulación.....	42
2.4.- Legitimación:	47
2.4.1. Legitimación activa:	47
2.4.2. Legitimación pasiva:	48
3. Prueba de la simulación	50
3.1.- Generalidades.....	50

3.2.- Carga de la Prueba.....	52
3.3.- Medios de Prueba	56
3.3.1. Confesión judicial:	56
3.2.2. Testigos:.....	58
3.2.3. Documental	62
3.2.4. Pericial.....	63
3.3.- Indicios y Presunciones.....	65
3.3.1. Indicios	66
3.3.2. Presunciones.....	69
3.3.3. Conclusiones sobre los indicios y las presunciones.....	74
3.3.4. Exposición Semiótica	75
4. La Simulación en el Ecuador	93
4.1.- Proyecto de Ley para Regular a la Simulación en el Ecuador:.....	97
5. Conclusiones y Recomendaciones.....	99
5.1.- Conclusiones.....	99
5.2.- Recomendaciones	104
REFERENCIAS	106

Introducción

La investigación se centrará en responder el siguiente problema jurídico: ¿Es adecuada la normativa existente en el Ecuador, para una acción de Simulación sobre un acto jurídico?

Con respecto a la pregunta general, cabe plantearse: 1) ¿Qué se entiende por Simulación? 2) ¿Cuáles son las características de la Acción de Simulación? 3) ¿Cuáles son los medios adecuados de prueba en un proceso por Simulación? 4) ¿Se mantiene la tradicional carga de la prueba en el actor o existe un dinamismo? 5) ¿Cuáles son los aspectos que debe tomar en cuenta un juez a la hora de juzgar en una acción por simulación? 6) ¿Se encuentra debidamente delineada la simulación en la normativa ecuatoriana?

El trabajo tiene como objetivo general estudiar la estructura de la simulación, y analizar esta figura desde el sistema legal ecuatoriano, ya sea en la normativa sustantiva o adjetiva, así como, definir los medios probatorios necesarios en el Juicio de Simulación.

La presente investigación tiene los siguientes tipos de metodología: analítica, exploratoria, análisis documental y sistemático.

El método de análisis consiste en descomponer los elementos de la materia a ser estudiada. Este procedimiento va de lo concreto a lo abstracto mediante el recurso a la abstracción.

El método exploratorio, por cuanto, en el Ecuador, la figura de la prueba en la simulación no ha sido revisada con la importancia debida, y esta metodología permite una profundización en situaciones o problemas que tenemos dentro de estos procesos denominados por la doctrina “complejos”.

Sistemático, que se centra en estudiar la simulación desde el punto de vista de la doctrina y luego evaluar la legislación vigente en el Ecuador.

Puesto que las fuentes principales de la investigación son textos normativos, jurisprudenciales y doctrinarios, se emplea el análisis documental, que incluye

la elaboración de fichas o resúmenes con citas textuales, resúmenes de las principales ideas aportadas por la bibliografía secundaria y comentarios críticos sobre cada parte del estudio.

Al final del trabajo, se podrán obtener propuestas y conclusiones sobre el problema que enfrenta el Ecuador frente al tema de la *simulación*.

Para el doctrinario Guillermo Borda la simulación ocupa un lugar muy importante en la vida de los humanos, según afirma es un recurso de autodefensa y de escalamiento al simular coraje, carácter, virtud, conocimiento, talento, entre otros; pero así también llega a los negocios jurídicos y al ámbito del derecho (Borda, 1989, p. 526 – 527).

La Constitución de la República menciona

“La relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa. Se prohíbe toda forma de precarización, como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora, la contratación laboral por horas, o cualquiera otra que afecte los derechos de las personas trabajadoras en forma individual o colectiva. El incumplimiento de obligaciones, el fraude, **la simulación**, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley” (2008, art. 327)

Así como en el Art. 335: “El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, **simulación...**” [negrita añadida] (Constitución de la República, 2008, art. 335). A pesar de este mandato constitucional, el legislador ecuatoriano, aún no ha desarrollado la normativa específica para poder controlar y sancionar la simulación, ni se ha establecido con claridad el significado ni las implicaciones de la simulación como una figura jurídica.

De una manera ligera se menciona la simulación en las normas jurídicas como el Código Monetario y Financiero, la Ley de Mercado de Valores, Código Civil entre otras normas diversas. Pero tales menciones no desarrollan claramente las implicaciones de este comportamiento, la escasa normativa existente en la legislación ecuatoriana sobre la simulación, hacen que el jurista ecuatoriano no tenga más remedio que recurrir a la doctrina y a la jurisprudencia.

Por lo cual el presente trabajo, será una guía práctica para los operadores jurídicos, abogados y jueces, sobre los lineamientos de la figura de simulación, así como aclararemos los caminos por los que se debe ejercer la acción de simulación y especial énfasis en la manera de probarla.

Para el efecto se deberá profundizar el estudio de los temas mencionados, en las dificultades de la prueba de estos procesos, que dará como resultado la posibilidad de una flexibilización de los principios procesales probatorios, la alteración y adecuación de la carga de la prueba, que deben responder a la cooperación y al juego oscilante de las cargas dinámicas, en virtud de la incorporación de pruebas científicas que deben ajustarse a la realidad y la verdad jurídica.

Se analizará la denominada prueba indirecta, como la ponderación de indicios y el armado de la construcción presuncional, la prueba liviana y el peso de la conducta de las partes dentro de un proceso (Morello, 2004, p.11).

En los juicios de simulación es poco probable encontrar una denominada prueba plena, por lo cual al litigante se le hace difícil probar la misma. La doctrina establece parámetros, que deben ser tomados en cuenta por el juzgador a la hora de ejercer una sana crítica, con relación a la valoración de la prueba practicada dentro de una acción de simulación. Frente a un acto jurídico simulado, no es menester la exigencia por parte del juzgador de una prueba directa. Se debe construir una prueba compuesta, mediante la combinación de simples pruebas imperfectas que, si se consideran aisladamente, no llegarían a ser pruebas que determinen que un acto fue simulado, pero si se las toma en

su conjunto llevan a un plano de presunción y luego llegan a producir una certeza absoluta (Durigón, 2008, p. 108).

Finalmente se analizará la figura, en los procesos accionados en el Ecuador por declaraciones de simulación.

1. La Simulación, Concepto, Acto Simulado, Caracteres, Elementos, Configuración, Causa Simulandi.

En el trayecto de la existencia de la humanidad, no solo en los actos que son de importancia para el Derecho, sino en todos los actos que realiza el ser humano, se ha utilizado con frecuencia la simulación en sus distintas apariencias como el engaño, falsedad, astucia, fraude, traición. Estos comportamientos humanos se emplean hasta estos días.

Afirmación que es compartida por el profesor Morello, quien manifiesta que

“El Derecho y las instituciones están en el epicentro de ese remolino porque nuestra inconfundible idiosincrasia, la soberbia y la viveza nacionales continúan gambeteándole a la ordenación jurídica y a la disciplina social. Gozamos colisionando con la Constitución, a la que no vivimos, ni respetamos y, por supuesto, amamos, y desmantelando a la seguridad jurídica de la que se nos dice, una y otra vez, que es un principio esencial” (2004, p. 9).

Ya lo dijo el doctor Borda citado en Gagliardo, al manifestar que

“el concepto de simulación es uno de los más debatidos en doctrina y no es de extrañar que así sea por el ingenio y la sutileza puesta en práctica para eludir la aplicación de la ley o engañar a terceros han sido fecundísimos en recursos. De ahí la dificultad en hallar una definición unitaria de todas las infinitas formas de simulación” (2008, p. 45).

Al ser tan amplio el concepto de simulación en el significado general, se debe detallar los conceptos escritos por diferentes autores expertos en la materia, debido a que es necesario dejar en claro la figura, para una mayor estabilidad en los negocios y evitar numerosos litigios, en virtud de la enorme confusión y frecuentes contradicciones que se han dado en la doctrina y jurisprudencia, sobre el tema que nos atañe (Cámara, 1958, p. 26).

De acuerdo a lo expuesto, se concluye que al no encontrarse un consenso sobre lo que significa simulación, se debe ensayar un concepto que pueda

incluir los parámetros fundamentales de la misma y sea útil a la investigación propuesta.

1.1.- Concepto de Simulación

Debido a sus diversas formas de manifestación en donde los recursos empleados para materializar el acto simulado son demasiado diversos, además por los nuevos y sutiles procedimientos que usa el ser humano para simular, ha dado como resultado la dificultad para los juristas y doctrinarios de derecho de tener un concepto unitario.

Etimológicamente la expresión simulación proviene del vocablo en latín *simulatio*, que significa fingir, hacer aparecer una cosa distinta de la realidad (Ayluardo, 2014, párr. 44).

Así señala Herrero, que el origen etimológico de la simulación confirma que simular es hacer similar, dar aspecto y semejanza de verdadero a lo que no lo es. Es necesario hacer una diferencia entre los conceptos: que mientras en la simulación se hace aparecer lo que no es, en el disimulo lo que se trata es de ocultar lo que verdaderamente es, ya que “en la simulación lo que se pretende es crear una ilusión externa, mientras que en el disimulo lo que se intenta es realizar simplemente una ocultación” (1958, p. 14).

Por lo tanto, la simulación es el acto en el cual, las partes de mutuo acuerdo, hacen aparecer de una manera intencional al mundo exterior una realidad diferente a la realmente querida, en el disimulo el fin es mantener siempre bajo la luz a dicho acto.

La simulación es un vicio propio del acto jurídico y no vicio de la voluntad. Uno de los elementos fundamentales es el acuerdo simulatorio entre los contratantes que no puede concretarse sino por las personas dotadas de discernimiento, quienes simulan son plenamente conscientes de lo que están acordando simular y quieren crear la apariencia para ocultar su verdadera intención (Durigón, 2008, p.9). Al ser un vicio del acto jurídico, no es admisible

que en la simulación una de las partes no tenga conocimiento pleno del acto simulado, ya que de ser el caso estaríamos ante otra figura jurídica.

La simulación es

“la declaración de un contenido de voluntad no real, emitido conscientemente y habiendo acuerdo entre las partes, para producir, con fines de engaño, la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo” (Ferrara citado en Herrero, 1958, p. 11).

Con relación a esta definición existe un conflicto entre los pensamientos de los maestros Ferrara y Messina, en virtud que el primero sostiene que la simulación debe ser examinada en su estructura misma ya que en principio esta figura no tiene un fin específico y que la calificación que depende siempre del objetivo que tengan las partes para ejecutar el acto simulado, mientras que el segundo doctrinario sostiene que la simulación siempre tiene por fin el engaño o daño a terceros, y que en consecuencia ésta es siempre fraudulenta. Se considera que el criterio de Ferrara es acertado, en función que las partes pueden pactar libremente, siempre y cuando no viole la ley o afecte a terceros.

Otra postura tiene más énfasis en la denominada “contradeclaración”, en la cual, simular consiste en:

“celebrar públicamente un acto o contrato, pero al mismo tiempo celebrar con la misma persona un acto secreto que adicione, modifique, altere o descarte los efectos del acto público o aparente. Suele llamarse al acto público o aparente u ostensible y al acto secreto privado, oculto o disimulado” (Rocha citado en Núñez, 2008, p.33).

La legislatura peruana coincide con el maestro Ferrara al decir que la Simulación no es reprobada por la Ley, cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito. El autor Mariano Gagliardo en su obra Simulación Jurídica manifiesta que la simulación es

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

No compartimos el criterio de Gagliardo, al determinar que el único objeto de la simulación es perjudicar a un tercero, cuando en la simulación puede existir objetivos lícitos.

La legislación portuguesa, define a la simulación como el acto o contrato en que las partes declararan o confiesan falsamente algo que en realidad no ha sucedido o que no se contrató entre ellos. La expresión simulación consiste en el acto simulado en el que existe un acuerdo entre las partes, de dar una declaración de voluntad divergente de sus pensamientos reales internos, con el fin de engañar inocuamente, o en perjuicio de la Ley o de terceros que puedan tener interés, el vicio que afecta a este acto se llama simulación (Cámara, 1958, p. 28-29).

Abeliuk dice que

“La simulación se caracteriza porque las partes, de común acuerdo, crean una situación jurídica aparente que difiere de la real; en ella existen dos acuerdos de voluntad: uno, el real, y el otro, que está destinado a crear una situación aparente, ficticia y distinta de la verdadera que permanece secreta entre las partes” (2001, p. 145).

Para Dagot (1967) la palabra apariencia reviste el doble significado que le asigna el lenguaje corriente: por una parte, la simulación conduce a la creación de apariencia, de una situación ostensible que todo el mundo conoce o puede conocer, por otra parte, en oposición a la realidad que permanece oculta si no de todos los que por lo menos de muchos (p. 446).

Por lo dicho, para considerar a un acto como simulado, se debe cumplir ciertos requisitos, como la creación de una apariencia misma, que puede

caracterizarse como simulación absoluta o relativa, en la cual se configuran dos realidades, la primera que es exteriorizada por medio del acto que las partes de mutuo acuerdo la realizan; y, la segunda, la que verdaderamente es querida por las partes, en la cual no se da a conocer al mundo sus detalles, teniendo objetivos diversos, de los cuales depende la clasificación que se dé a la simulación pudiendo ser lícita o ilícita, esta clasificación será tratada más adelante.

Para Coronel, un acto jurídico es simulado cuando tiene apariencia contraria a la realidad, ya sea porque es distinto a como aparece o porque definitivamente no existe en lo absoluto, mismo que está destinado a producir una ilusión en el público, por lo que puede inducir a creer de su real existencia cuando su naturaleza jurídica es contraria a la que se declara (1989, p. 22).

La jurisprudencia ecuatoriana manifiesta que “Efectivamente, la simulación consiste en que la voluntad formalmente declarada es divergente de la voluntad real que lleva en el fondo a las partes al acuerdo de voluntades” (CNJ, Resolución 389-2009, Casación, p. 4).

Por lo tanto, se puede concluir que la simulación es el acto en el cual existe un acuerdo entre las partes, para declarar conscientemente una cosa diversa a la realmente querida (simulación absoluta), o que lo utilizan para encubrir otro acto que se mantiene en silencio (simulación relativa); con el ánimo de engañar, cuyos fines pueden ser diversos, como perjudicar a terceros, defraudar las normas o por simple vanidad.

Para ejemplificar estos conceptos, Gagliardo trae el siguiente ejemplo: el deudor enajena todos sus bienes a su amigo de confianza, para evitar que los acreedores persigan sus bienes para el cobro de sus créditos y que estos puedan extinguir la obligación pendiente. En el presente caso dice Gagliardo “es un supuesto de simulación absoluta donde bajo el acto aparente nada existe, nada puede valer, acreditada que fuere la simulación” (2008, p. 63) donde nunca existió la verdadera transferencia de dominio de los bienes.

Mientras tanto, el padre e hijo que disfrazan a una donación con una compraventa, cuando la donación es la realmente querida pero la ocultan, por medio de la compraventa, utilizándola como medio para lograr su objetivo, que en el presente caso, podría configurarse en una defraudación de impuestos o en perjuicio a un tercero, en consecuencia este acto se consideraría como simulación relativa, en donde los fines son diferentes a los buscados en el acto.

1.2.- El Acto Simulado sus Caracteres y Elementos.

Cuando se ha ejecutado el acto simulado, se lo ha realizado mediante verdaderos negocios materiales que asumen la forma jurídica deseada, que se configuran en actos plenamente válidos para el derecho y para la sociedad, con total eficacia jurídica. Para la doctrina estos actos son denominados “antiactos”, que son actos que contravienen el recto ordenamiento de su generalidad, sin perjuicio que su causa sea lícita, dado que el negocio jurídico que se celebre es diferente al que se instrumenta, esto no quiere decir que el negocio simulado es un negocio inexistente, sino es un negocio sin consecuencias jurídicas (Durigón, 2008, p. 12).

Así mismo, es necesario analizar el comportamiento de los contratantes con posterioridad al acto atacado en un juicio, ya que muchas veces la posición fáctica de los mismos no cambia de posición jurídica, en otras palabras las partes siguen actuando como si el acto no existiera.

Una vez entendido los caracteres de la simulación se analizarán sus presupuestos esenciales, para el maestro Cámara, los presupuestos son: a) el acuerdo entre las partes; b) el propósito de engañar, ya sea inocuo, en perjuicio de terceros o de la Ley; y, c) La disconformidad consciente entre la voluntad y la declaración (1958, p. 29).

Durigón señala que

“para que exista simulación es preciso que se den tres elementos: 1) discordancia entre la voluntad real y la declarada; 2) acuerdo entre las

partes otorgantes del acto, y 3) ánimo de engañar, de lo cual puede o no derivarse en perjuicio para terceros o para la ley” (2008, p. 24).

Ferrara citado en Mosset dice que

“el primer elemento de la simulación es la divergencia deliberada y consciente entre la voluntad y su declaración. El entendimiento o acuerdo simulatorio entre las partes [...], el segundo elemento de la simulación está dirigido a generar la divergencia entre la voluntad que se expresa en el negocio simulado y la voluntad real” (2001, p. 32).

Los pensamientos doctrinarios, con relación a los elementos de la simulación son casi uniformes, ubicando al acuerdo entre las partes, como uno de los elementos principales, como se ha mencionado que, para nuestro criterio, es necesario que exista el acuerdo en el cual intervienen todas la voluntades participantes en el acto; así mismo, se menciona a la divergencia deliberada y consciente entre la voluntad y su declaración, como elemento de la simulación, ya que dicha declaración, obligatoriamente deberá ser consciente, lo cual diferencia de otras figuras que más adelante serán analizadas; y, por último el ánimo de engañar, que puede tener diversos fines sean lícitos o ilícitos.

Para Borda no es posible señalar todos los elementos de la simulación al existir multiplicidad de formas en la simulación, sin embargo delinea las tres más generales como hemos indicado:

“a) Todo acto simulado supone una declaración de voluntad ostensible y otra oculta, destinada a mantenerse reservada entre las partes, es esta última la que expresa la verdadera voluntad de ellas; b) el acto simulado tiene por objeto provocar un engaño, adviértase que engaño no supone siempre daño, puesto que algunas simulaciones son perfectamente inocuas; c) la simulación se concierta de común acuerdo entre las partes...” (pp. 527-528).

La jurisprudencia ecuatoriana dentro de un juicio de simulación ha manifestado que:

“la doctrina y jurisprudencia han establecido que para que se configure la simulación lícita deben darse tres elementos: a) La disconformidad entre la voluntad interna y la declarada; b) La disconformidad en la simulación debe ser deliberada y consciente; pues en caso contrario se trataría de un error; c) Debe haber un acuerdo entre las partes” (CNJ, Resolución 0154-2008, Casación, p.7).

Conjuntamente la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana han señalado los mismos tres elementos básicos de la simulación, poniendo al pensamiento del juzgador ecuatoriano acorde a lo que manifiesta la mayoría del pensamiento doctrinario, con relación a este aspecto.

Sin perjuicio, en el estudio de ésta figura existe otra postura, en la cual se considera que no es requisito que exista obligatoriamente un acuerdo de voluntades, para Fourcade citado en Cámara, manifiesta que puede existir “una especie de simulación unilateral, para ejemplificar su teoría plasma un ejemplo: Primus vende a Secundus un inmueble, pero por convención anterior, entre Secundus y Tertius, constituyen a Secundus prestanombre del último” (1958, p. 30).

Para entender, dicha postura está equivocada, ya que la venta del inmueble es real, la parte vendedora no conocía sobre el acuerdo que tenía un tercero con el comprador, en este caso se podría configurar otra figura como manifiesta como la reserva mental o el dolo.

Por lo tanto, se puede decir que los elementos fundamentales del acto simulado son: en primer lugar, el acuerdo entre todas las partes intervinientes en el acto; segundo, se habla de la disconformidad de la voluntad interna y la exteriorizada que se la efectúa con plena consciencia, no se aceptaría como excepción el error; y, por último en tercer lugar, el ánimo de engañar que puede resultar o no en una afectación a terceros o a la Ley.

1.2.1. El acuerdo entre las partes.

El Código Civil, manda que: “Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración” (Código Civil, 2005, art. 1476).

Así señala el maestro Cámara al decir que “la ficción supone una relación bilateral entre los que efectúan el negocio, quienes cooperan juntos en la creación del acto aparente, en la producción de la falsa imagen constitutiva del acto simulado”. Este acto simulatorio, es el medio técnico que preexiste o coexiste al contrato simulado (1958, p. 30).

Para Trabucchi (1967) quien entiende que “se da simulación cuando la recíproca declaración de las partes no corresponden a sus querer común interno” (p. 162).

Para Borda la simulación “se concierta de común acuerdo entre las partes con el propósito de engañar a terceros” (1989, p. 528). Al respecto de la tesis el autor, como como ya se ha dicho, la simulación no necesariamente tiene por fin engañar a terceros, puede tener diversos fines, por lo tanto no se comparte el pensamiento de este autor.

Núñez considera que el acuerdo entre las partes es un elemento esencial de un negocio simulado al manifestar que:

“debe entenderse como la manifestación de voluntad de ambas partes en el sentido que desean celebrar un acto puramente ficticio que no tendrá efecto jurídico. Por lo común, esta voluntad se expresará con una contradecación llamada también contra escritura, contradocumento o declaración secreta” (2008, pp. 69-70).

Para el autor Mosset (2011) señala que en las decisiones judiciales argentinas se manifiesta que es requisito indispensable para la configuración del acto simulado, la concurrencia de voluntades de las partes, con el fin de engaño, dar

a creer de la existencia de un negocio jurídico inexistente, diferente del que en realidad lo es (p. 48).

La jurisprudencia argentina señala que

“la simulación requiere el acuerdo de las partes, es decir, que el tercero debió conocer la intención de estar de acuerdo en la realización del acto en esas condiciones. De lo contrario solo hay reserva mental, que no afecta la validez del acto” (C.C. Rosario, s.f, p. 569).

Sin embargo Fourcade citado en Cámara (1958) sostiene que, hay muchas hipótesis en las que no todas las partes participan en el acto simulado, citando por ejemplo: “Primus vende a Secundus un inmueble, pero por convención anterior entre Primus y Tertius constituye a Secundus prestanombres del último” (p. 43).

Para entender este ejemplo se interpreta que Primus no conoce sobre el acto simulado, que a criterio de Cámara, lo que manifiesta este autor es erróneo, al constituir este una reserva mental o en último caso dolo.

Para Mosset “En el procedimiento simulatorio existe un solo designio, que se va cumpliendo por grados o etapas. Las partes en la simulación, los simulantes, convienen o acuerdan, en un primer momento, exteriorizan un negocio falso con la finalidad de engañar” (2001, p. 43).

Para que exista un acto simulado, conforme la doctrina y la jurisprudencia, se debe tener obligatoriamente una pluralidad de declaraciones, un acuerdo entre las partes contratantes, en consecuencia, si una de las partes desconocía sobre la verdad fáctica del acto a celebrarse no se puede decir que existe una simulación, es imprescindible que exista la deliberada conformidad de todas las partes.

1.2.2. Intención de engañar

Otro de los elementos que debemos desarrollar para entender la figura de la simulación, es la intención de engañar, que se ha visto confundida con otras figuras tales como el dolo ya que en todos los casos los intervinientes en el contrato simulado miran hacia el exterior y no contra el otro contratante; incluso se confunde con figuras como las que tienen divergencia intencional entre la declaración y la voluntad, sin embargo son diferentes a la simulación.

Para la jurisprudencia chilena, el ánimo de engañar a terceros se encuentra dentro de los requisitos de la simulación, ya que en el Repertorio de Legislación y Jurisprudencias Chilenas, se establece en un caso que “tales hechos determinan la nulidad de la compraventa en referencia, por adolecer de causa ilícita; pues, aparece claramente la intención positiva de perjudicar a los otros herederos” (Citado en García, 1997, pp. 258-260). En el caso mencionado se hace notar que la intención de los vendedores del bien querían engañar a terceros para su propio beneficio.

El profesor Cámara establece que no hay que confundir la figura *animus nocendi* con el *animus decipiendi*, ya que el primero tiene el propósito de engañar, perjudicar, lesionar a un tercero, con la segunda figura se tiene el propósito de engañar al público en general y hacer conocer a este por real dicha apariencia. Por esta razón define a la intención de engañar como “el fin de engañar inocuamente o en perjuicio de la ley o de terceros” (1958, p. 33).

Ya lo dijo Carnelutti que “incluso si la simulación es *con fines de engaño*, ello no significa que siempre será con fines de fraude, así como la causa simulandi es distinta de la causa decipiendi, así [ésta] no se confunda con la causa fraudandi” (Citado en Núñez, 2008, pp. 76 – 79).

Al referirse a la intención de engañar, se puede decir que es el *animus decipiendi*, es decir el ánimo de engaño ya sea con fines lícitos que no hacen daño a terceros como en perjuicio de terceros o simplemente para falsear a la Ley.

1.2.3. Disconformidad de la voluntad interna y la exteriorizada

En efecto en tercer lugar, la simulación es la consecuencia de la disconformidad intencional de las partes, hay que poner énfasis al manifestar que esta diferencia entre la voluntad real y la exteriorizada es voluntaria entre las partes y de mutuo acuerdo como ya lo hemos manifestado, siendo el rasgo que diferencia de otras figuras anteriormente explicadas.

Para Cámara se debe poner énfasis, en diferenciar a la figura de la simulación, en que ésta mantiene a la disconformidad de la voluntad como libremente consentida, ya que en la violencia física también existe disconformidad consciente, pero no es libremente aceptada, al citar la obra del escritor Del Vecchio “el sujeto pasivo de la violencia no obra, constituyendo el instrumento y objeto de las acciones ajenas” (1958, pp. 26-36).

Entre las características fundamentales en la figura de la simulación es la diferencia entre la voluntad interna de los todos los intervinientes en el acto simulado, entre el contrato realmente deseado y lo que se exterioriza es decir lo que se da a conocer al público, en el que se oculta su real voluntad (Deik, 2010, p. 338).

La realidad de este acto es ocultado, mediante el engaño en el cual el público entiende al negocio como normal, al producir los intervinientes en el acto una ilusión que hace creer a cualquier persona que es un acto real.

Para un mejor entendimiento de la figura dice Cortés que, la simulación está caracterizada por la divergencia entre la realidad y lo que aparentan los contratantes, que mediante un acto simulado, el propósito de los simulantes, es realizar un acto diferente al que en realidad crean, para hacer aparecer a la sociedad como un acto cierto, que en realidad no tiene nada de real (1939, p. 12).

Con relación a la voluntad y su declaración, el pensamiento de Savigny, plantea que le es indiferente las diferencias que puedan existir entre la voluntad real y la declaración hecha, ya que para éste si existiría conflicto debe

prevalecer siempre el primer elemento, en cuanto la voluntad es el verdadero principio animador del acto jurídico.

Para Nieto, en materia de simulación no puede ser factible la teoría del maestro Savigny, ya que la base fundamental de la simulación es una divergencia consciente y secreta que realizan las partes de mutuo acuerdo, entre lo intencionalmente querido y lo verbalmente expuesto. De tal manera que surge la doctrina de la declaración que tiene influencia sobre los Códigos Civiles de Portugal, Brasil, entre otros; en los que se manifiesta que se llaman simulados los actos en los cuales las partes declaran falsamente algo que no existe, ya sea que no existen o son diferentes (1958, p. 25).

Es decir, en efecto el acto simulado es la consecuencia de un proceso que en acuerdo de las partes deciden producir una mera ilusión, haciendo creer a terceros la existencia de dicho acto.

1.3.- Analogías y Diferencias con figuras afines

1.3.1. Diferencias entre la simulación y la reserva mental.

La característica principal de la reserva mental es que solo debe existir la voluntad de una parte para engañar, para tener un mayor entendimiento sobre un concepto de reserva mental se puede citar que

“es un hecho puramente psíquico, consistente en querer intencionalmente una cosa contraria a la manifestada como deseada; el encubrimiento voluntario de la divergencia entre la intención y lo manifestado, frente al destinatario en una declaración recepticia, y simplemente la desfiguración consciente de la disconformidad del propio querer, en la declaración no recepticia, y simplemente la desfiguración consciente de la disconformidad del propio querer, en la declaración no receptida” (Cámara, 1958, pp. 40 – 41)

Núñez manifiesta que:

“no basta que se manifieste en desacuerdo con su fuero íntimo, sino que es menester que la otra parte declare la suya, igualmente fingida, y en inteligencia (“intente”) con el primero. Es pues, necesaria la bilateralidad de la ficción en la creación del acto simulado. De lo contrario, solo hay reserva mental, que no afecta a la validez del acto” (2008, p. 70).

Según el maestro Muñoz (2011) dice que la reserva mental es

“Concebida generalmente como simulación unilateral, ello ya nos demuestra que el factor diferencial típico radica precisamente en la ausencia de *consilium fraudis* por cuanto como decía Ferrara, la reserva se desenvuelve en el retiro secreto de la mente de uno de los contratantes, sin que exista el concierto con el otro” (p. 4).

De lo expuesto, podemos concluir que las diferencias entre la simulación y la reserva mental es que, en la primera se necesita obligatoriamente el acuerdo de todas la partes intervinientes en el acto simulado, en la segunda conocida como una supuesta simulación unilateral, una de las partes induce a la otra por medio del silencio al engaño a la otra, es decir no existe un acuerdo de las partes para engañar.

1.3.2. Diferencias entre la simulación y el dolo.

Este es un elemento que generalmente es confundido con la simulación pero no son semejantes, ya que el dolo en todo momento es personal, siempre es obra de uno de los contratantes, en tanto que la simulación siempre es obra de varios. La simulación es el resultado de un común acuerdo entre las partes que van a realizar el acto simulado, mientras que el dolo es producto exclusivo del comportamiento de una de las partes para inducir al otro a obtener su consentimiento. (Cámara, 1958, p. 31)

El Art. 1467 del Código Civil, menciona que los vicios que puede tener el consentimiento son tres: error, fuerza y dolo. Así mismo en el Art. 1474 del

mismo cuerpo legal nombrado, señala que “El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de **una de las partes**, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado” [negritas añadidas] (Código Civil, 2005, art. 1474).

El Código Integral Penal define al dolo como: “Art. 26.- Dolo.- Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 26).

Borda define al dolo como:

“la acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción de lo que es falso [...] El dolo supone siempre engaño: es inducir deliberadamente en error a una persona con el propósito de hacerla celebrar un acto jurídico” (1989, pp. 512 – 513).

Para Alessandri el dolo consiste en “la intención positiva de engañar o de mantener en el error a una persona para inducirla a consentir” (2009, p. 194).

En la simulación, si bien es cierto que su fin es el engaño, no implica que, se utilice obligatoriamente la mala fe o dolo en sus actos, tanto es así que los autores manifiestan que el dolo siempre implica la intención de dañar, en perjuicio para que el co-contratante, induciéndolo con cualquier artificio manifieste para ejecutar el acto; por lo tanto, podemos diferenciar con la simulación, que uno de los caracteres principales de la simulación es el mutuo acuerdo de las partes para exteriorizar conscientemente su voluntad de ejecutar el acto simulado, salvo que en este tienen una disconformidad entre lo querido internamente con lo declarado. En conclusión el dolo siempre implica mala fe, mientras que en la simulación no es requisito indispensable, ya que su fin es crear apariencia.

1.3.3. Diferencias entre la simulación y el error

El Art. 1467 del Código Civil establece que el vicio que puede tener el consentimiento también es el error.

Definido el error como “el concepto equivocado que se tiene de la ley, de una persona o de una cosa; es el falso concepto de la realidad. Consiste en creer verdadero lo que es falso, y viceversa” (Alessandri, 2009, p. 163).

Sin embargo es menester diferenciar el error con la ignorancia, ya que el primero es el pensamiento equivocado de algo y el segundo se entiende como el desconocimiento total de lo apreciado.

Entendiendo a la simulación como el acuerdo consciente entre las partes para realizar un acto en el que se oculta la verdad y se da a conocer una supuesta verdad, en el error también existe esa disconformidad entre los sujetos del contrato, con la diferencia que es involuntaria al no conocer de las incongruencias del contrato (Cámara, 1958, p. 36).

Es decir, en el error no existe la voluntad real de engañar, se realiza el acto por desconocimiento de lo que se hace.

1.4.- Configuración: Formas de Simulación

La simulación se puede presentar en diversas presentaciones, conforme transcurre el tiempo va evolucionando, el ser humano mejora sus técnicas de engaño, al tener una fecunda imaginación, debido a “La subida de la estructura social con un mayor conocimiento por parte del hombre del común” (Morello, 2008, p. 31).

Por lo tanto, resulta casi imposible para el Derecho poder delimitar su clasificación, por tal motivo se debe analizar a las situaciones más relevantes, tratadas en la doctrina y jurisprudencia hasta la actualidad.

Según la legislación Argentina, misma que tipifica a la simulación cuando

“se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten” (Cámara, 1958, p. 85).

Cámara, coincide con el criterio, en cuanto que la disposición no tiene carácter de limitativo, sino enumera solamente varias de las formas en las que se puede incurrir en simulación, en general las más usadas para su criterio (1958, p. 85).

En el presente estudio, se analizarán las diferentes clases de simulación, ya que sus efectos son diferentes en cada caso, se tiene en primer lugar a simulación absoluta y relativa; y, en segundo lugar a la simulación lícita e ilícita.

1.4.1. Simulación Absoluta

La simulación se puede concebir bajo la modalidad de absoluta, entendida cuando las partes de mutuo acuerdo se proponen en efectuar un acto de apariencia exclusiva, lo que se muestra al mundo no tiene contenido real alguno, en tales contratos el negocio es ficticio e ilusorio, en realidad las partes en su voluntad interna nunca han deseado que el acto se produzca, como en una compraventa en la cual las partes no están interesadas en transferir el dominio del bien a enajenar, en general este tipo de actos no tendrían validez jurídica alguna (Herrero, 1958, p. 91).

La simulación absoluta es en la que “el intento práctico de las partes no está dirigido a negocio alguno: no hay acuerdo más que sobre la no realidad del negocio y sobre la voluntad de producir ficción” (Messina citado en Mosset, 2001, p. 192).

Ferrara citado en Mosset, dice que “el negocio absolutamente simulado es aquel que existe sólo en apariencia, faltando todo contenido de verdad y de seriedad; se trata de un negocio ilusorio vacío de contenido” (Mosset, 2001, pp. 191-195). Para criterio del escritor, “entiende que la simulación es absoluta y no relativa, porque además de ser puramente ficticia la modificación del estado jurídico de las partes, no existe nada debajo de la apariencia; no se puede calificar de otro negocio” (Mosset, 2001, pp. 191-195).

Para la jurisprudencia colombiana, recalca que:

“SIMULACION - Absoluta y relativa: —La simulación puede ofrecer diversas modalidades, que en esencia sustentan su clasificación general

en absoluta y relativa. Es absoluta cuando el acuerdo de las partes esté orientado a crear la apariencia de un negocio jurídico que no es real, porque entre ellas se ha descartado todo efecto negocial” (CSJ-C, Resolución 073-2004, Casación, p. 33).

En la Jurisprudencia Española manifiesta que:

“La simulación absoluta ("simulatio absoluta") supone haberse creado la apariencia de un negocio y, en verdad resulta que no se quiso dar vida a tal negocio, sino tan sólo a su apariencia engañosa; se oculta la carencia de la causa. Como destacó Francisco Ferrara, al estudiar *La Simulación de los Negocios Jurídicos* (edición de la Editorial "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1960), "la simulación absoluta tiene carácter fraudulento y tiende a causar un perjuicio a terceras personas, en cuanto que la apariencia creada se utiliza de ordinario para frustrar la satisfacción de legítimas expectativas" (CT, Resolución: 445/1999, Apelación, p. 1).

Cámara (1958) manifiesta que:

“la simulación es absoluta cuando las partes no quieren en realidad concluir ningún negocio, deseando solamente la declaración y no sus derivaciones, sus consecuencias (...) El negocio jurídico simulado en forma absoluta, al cual los autores intitulan diversamente, como fantasma, negocio ilusorio, figura vana, acto vacío, etc.. es algo efímero, inexistente jurídicamente, es decir, nulo por falta de sustancia” (pp. 86-88).

Acorde a lo manifestado por la doctrina y la jurisprudencia, podemos decir que, para diferenciar entre la simulación absoluta y relativa, se deben ver dos aspectos en el primero, teniendo un negocio “no querido” por las partes, negocio inexistente, fantasma y aparente, obteniendo por debajo de este una realidad totalmente diferente a la expresada por los contratantes que efectúan el acto simulado; en segundo término si el negocio jurídico tiene una

denominada máscara, es decir oculta el verdadero negocio que las partes quieren, se consideraría al mismo como una simulación relativa.

1.4.2. Simulación Relativa

Para poder explicar sobre la figura de la simulación relativa, debemos referirnos al concepto mismo de lo que la doctrina y jurisprudencia, tanto como en codificaciones de diferentes países tipifican sobre simulación, misma que es entendida como:

“el acto simulado consiste en el acuerdo de partes, de dar una declaración de voluntad a designio divergente de sus pensamientos íntimos, con el fin de engañar inocuamente, o en perjuicio de la ley o terceros; llamándose simulación el vicio que afecta ese acto” (Cámara, 1958, pp. 28-29).

La simulación relativa consiste plenamente en un acuerdo entre las partes, para formar un acto jurídico que es diferente al realmente querido, diferenciándose de la simulación absoluta en la cual las partes no desean la creación de ningún acto, mismo que no tiene validez jurídica, mientras en la simulación relativa el acto disimulado o aparente no tiene validez jurídica, sin embargo, el acto realmente querido por las partes, el acto oculto es totalmente válido en el ámbito jurídico y con una declaración de simulación por parte de un juez tendría todos los efectos mismos del acto real encubierto.

El profesor Cámara manifiesta que “El acto aparente carece de fuerza obligatoria; en cambio, el convenio oculto, si no afecta intereses de terceros o no infringe la ley tiene plena eficacia, como se reconoce uniformemente” (1958, p. 93).

Este tipo de simulación normalmente son de tipo ilícito, en el cual se quiere perjudicar a un tercero, poniendo como ejemplo, para mejor entendimiento, las donaciones en vida que realiza un otorgante a un heredero para beneficiar al mismo.

Sin embargo, existe una postura en la cual, se dice que el acto es válido, acorde al principio de libertad contractual, en el cual el o los individuos pueden ejecutar cualquier tipo de negocio siempre y cuando no afecte a terceros o viole una ley, dichas afirmaciones coinciden con el criterio otorgado a la simulación lícita, que va a ser tratada en este trabajo más adelante.

Cortes se pronuncia sobre el Código Civil Argentino, el cual dice:

“la simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto, bajo apariencia de otro, o cuando el contrato tiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se transmiten o constituyen derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten” (1939, p. 14).

Para Cortés (1939) este artículo contempla los ejemplos de simulación relativa, ya que a pesar de que el acto aparente no tenga existencia real, existe un acto (p. 14).

Sin embargo este tipo de enumeración de casos de simulación relativa que da la legislación argentina, son meramente enunciativos, como se ha manifestado el fenómeno de la simulación es cambiante, conforme avanza el ingenio y creación del ser humano para engañar.

En la simulación relativa a diferencia de la absoluta, la tarea del investigador no debe quedarse en el negocio simulado, sino que existe un plus: el negocio disimulado, en el cual lo que las partes quieren es disimular la verdadera naturaleza jurídica del acto, en este caso lo que corresponde es la declaración judicial de cuál es la verdadera naturaleza jurídica y dar validez al real (Mosset, 2001, pp. 197-198).

Entendido al negocio simulado como

“el hecho o negocio real o efectivo, que se llama también oculto o disimulado, por cuanto las partes emplean, conscientemente, el acto o

negocio simulado como pantalla o máscara para ocultar, ante los ojos de los terceros, el acto real y verdadero” (Herrero, 1958, p. 92).

Acorde menciona la doctrina, en el momento que las partes crean el acto, nacen dos contratos: el primero, el cual las partes manifiestas al mundo exterior como real (acto disimulado); y, un segundo el cual permanece oculto que es realmente querido, que de mutuo acuerdo es el que se efectúa y perfecciona con sus efectos entre las partes.

Tanto en la simulación absoluta como en la relativa, cuando se acciona un proceso para la declaración de simulación de un determinado acto, el juez debe tener suficientes elementos agregados al proceso como indicios o presunciones en los cuales llegue a tener certeza de que el acto ha sido simulado por los contratantes, como se ha dicho con diferentes fines, en la simulación relativa es normal ver que se la realizan por la existencia de un vínculo ya sea afectivo o de sangre, esto con el deseo de beneficiar, dando como ejemplo las compraventas que se efectúan, cuando su naturaleza jurídica real es de una donación, que juntos con el ánimo de simular se convierten en indicios que deben ser tomados en cuenta a la hora de resolver por un juzgador.

Según García no quiere decir que en todos los casos que existan negocios jurídicos entre parientes o personas de afinidad personal exista una simulación, en un proceso el accionante debe tener en consideración que éste indicio es importante pero no fundamental si se lo toma aisladamente, se debe considerar éste y a otros indicios como prueba en conjunto, para que exista un nexo entre la pretensión y las pruebas introducidas en el proceso (1997, pp. 219-220).

En este trabajo se desarrollarán los tipos especiales de prueba que existe en estos procesos judiciales.

Entendido el concepto de la simulación relativa, se deberá hablar sobre la clasificación que tiene ésta en tres categorías que son por su naturaleza, contenido del contrato y por interposición de personas.

1.4.2.1. Naturaleza del Contrato.

Cuando se trata sobre la naturaleza jurídica del contrato, se debe tomar en cuenta el carácter jurídico que tiene el acto disimulado, en el cual se oculta un acto real, que son de naturaleza diferente. En esta forma de simular existe una gran variedad de casos en los cuales se puede llegar a formar una simulación relativa, por ejemplo en las compraventas cuando en realidad son una permuta, en las donaciones entre parientes de sangre entre otras.

Para el profesor Cámara este tipo de simulación es muy utilizada y como se ha manifestado, coincide que casi siempre tiene objetivos ilícitos “ya sea para eludir algún impedimento legal o defraudar el impuesto a las donaciones, etc” (1958, p. 98).

Sin embargo, la simulación relativa puede perseguir fines lícitos. por ejemplo para no levantar suspicacias entre los posibles herederos, cuando un padre demuestra la preferencia de uno de ellos al realizar compraventas simuladas, cuando el comprador (heredero) no realiza ningún pago sobre el bien enajenado.

Cortés también ejemplifica sobre este tipo de contratos, el mismo que dice: “a) Encubrir un acto bajo la apariencia de otro; como cuando se transmite el dominio de un inmueble al solo efecto de garantizar un préstamo” (1939, p. 14).

Cuando analizamos la naturaleza propia del acto, se debe ver que existen dos actos con propia naturaleza, características y efectos. En donde se establece una conexión lógica entre los dos contratos.

La naturaleza jurídica de estos contratos, deben ser analizados por el juzgador a la hora de resolver, al ser éstos escondidos generalmente por las partes por medio de nombres de contratos ya sea compraventa, donación, permuta, préstamo, leasing, comodato entre otros; el juez deberá ver la verdadera intención de las partes al realizar estos actos y determinar la real naturaleza jurídica querida, dando totalmente validez jurídica al real y desestimando los

efectos ya sean contrarios o no a terceros del acto disimulado que exteriorizaron las partes al mundo.

1.4.2.2. Contenido del Contrato

En los actos jurídicos que contienen simulación jurídica relativa, con respecto al contenido del contrato puede tener diversos ámbitos, los casos más comunes que ocurre son: simulación en el precio, fechas y cláusulas (Cámara, 1958, p. 98).

La simulación en el precio del contrato es muy frecuente, por los fines que tiene el mismo, por ejemplo la defraudación de impuestos al fisco, fijando un precio de mutuo acuerdo entre las partes, obteniendo así como resultado una base imponible menor para el cálculo de pago de tributos al Estado; y el perjuicio de los acreedores.

Esta práctica según afirma Auricchio “es un antiguo dato de la experiencia, hoy completamente adquirido por la costumbre comercial” (Citado en Mosset, 2001, p. 206). En el Ecuador, se ha considerado y se ha tratado de remediar éstas prácticas, mediante resoluciones de las entidades de control, como el Servicio de Rentas Internas, en las cuales se prohíbe tributar por debajo de los niveles de precios que se registran, por lo que estas regulaciones son muy pobres a la hora de evitar y controlar la simulación en el precio, debido a que utilizan listas de precios de determinados bienes como los automóviles y bienes inmuebles, estos últimos evaluados por catastros a cargo los Gobiernos Autónomos Descentralizados, precios en los cuales se fijan la base imponible mínima para la tributación de dichos bienes, incluso es de conocimiento público, que éstas no son actualizadas conforme el valor de mercado.

Este tipo de simulación es muy frecuente en el Ecuador con relación a la comercialización de automóviles usados, si bien es cierto que existe una base para la imposición mínima en el Servicio de Rentas Internas del Ecuador, los automóviles se venden por precios sumamente superiores a las registrados.

Mosset señala que la validez del contrato oneroso del precio o valor de la contraprestación debe guardar proporción y equilibrio con el precio de la prestación, que de lo contrario sería procedente la acción por lesión enorme (2001, p. 207).

Nuestra legislación manifiesta en el Código Civil que los contratos pueden rescindirse por lesión enorme

“El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador, a su vez, sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato” (Código Civil, 2005, Art. 1829).

Por lo que no existiría lesión enorme, en virtud que en simulación, uno de los elementos fundamentales es el acuerdo de las partes, no daría lugar a lesión enorme, por cuanto el vendedor y el comprador mutuo acuerdo han pactado las partes simular con el precio del contrato, y no una de ellas ha engañado a la otra.

Sin perjuicio de lo establecido, una vez que sea demostrada la simulación relativa de un contrato con respecto al precio, Cámara dice que “el acto queda perfectamente válido, ejecutándose todos sus derechos y obligaciones, con la sola salvedad de que deberá abonarse el impuesto correspondiente al precio efectivo” (1958, p. 99). Esto a diferencia que en la simulación absoluta, teniendo su declaración como efectos la nulidad absoluta del mismo y de todos los actos subsiguientes.

Puede existir simulación relativa con relación a una parte del contrato, específicamente en las fechas, en las que se pueden postdatar o antedatar, que conjuntamente las partes deciden poner una fecha diferente a la real en la que se efectúa el acto simulado incluso pudiendo modificar las fechas de exigibilidad o los plazos en los cuales se transa en el contrato.

El Art. 955 del Código Civil Argentino manda que “La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas” (Código Civil Argentino, 1869, art. 955). En el concepto que tiene la legislación argentina tipifica como una clase de simulación a la alteración de fechas.

Cortés manifiesta que cuando se refiere a modificación de fechas generalmente se da por antedatación, es decir con antelación a la fecha real querida por las partes (1939, p. 14). Así mismo, Mosset (2001) manifiesta que “la fecha de un negocio jurídico, el momento verdadero de su celebración, se puede ocultar antedatando o posdatando” (p. 210).

Sin perjuicio de lo dicho, en cuanto los instrumentos públicos, el fedatario tiene la obligación legal de poner la fecha real del acto, diferente a los instrumentos privados en donde el problema es que las partes de mutuo acuerdo, pueden modificar las fechas reales del contrato.

Por último con relación a la simulación del contrato mediante el contenido del mismo se pueden modificar las cláusulas del mismo o a su vez insertar cláusulas ficticias, Cortés da un ejemplo “como si una persona en un acto serio de reconocimiento de deuda, se declara deudora de mayor suma que la que adeuda” (1939, p. 14).

Estas alteraciones tienen como propósito modificar los efectos que tendrá el acto, incluso puede deformar la esencia misma del acto, modificando a un contrato típico definido por la ley en un atípico que tiene diversas consideraciones que no dan configuración a unos de los contratos positivados en la legislación.

1.4.2.3. Interposición de personas

El Código Civil ecuatoriano habla sobre la interposición de personas en el Art. 1008 que dice “Es nula la disposición a favor de un incapaz, aunque se disfrace

bajo la forma de un contrato oneroso o por interposición de persona” (Código Civil, 2005, art. 1008).

Conocida en la doctrina como simulación relativa subjetiva, dicho por Cámara que:

“en la interposición de personas aparece un sujeto que no es el verdadero, real, quien toma aparentemente la obligación que emana del acto jurídico (...) se cumple cuando se transmiten derechos o bienes a personas que sólo aparentemente tienen la calidad de intervinientes en el acto, ya que el verdadero sujeto del derecho a quien se transmite es otro que no figura como parte” (Cámara, 1958, pp. 100 – 102).

Glasson manifiesta que cuando existe interposición de personas no solamente hay simulación, sino que se agrega a esta un mandato especial (Citado en Cámara, 1958, p. 102).

Gagliardo dice que en un acto simulado se enmascara a otro (simulación relativa) del realmente querido y que existe interposición de persona cuando el sujeto interesado en la consumación del acto simulado se mantiene oculto o secreto, que se hace reemplazar por otro mismo que se denomina interpuesto (2008, p. 110).

En consecuencia, la simulación por interposición de personas se ve inmersa en el acuerdo de tres o más sujetos, para variar los reales sujetos intervinientes en la relación contractual, es decir compareciendo a la celebración del contrato un sujeto diferente al real, para engañar al mundo exterior con fines diversos que pueden ser el evitar un impedimento legal o perjudicar a terceros.

1.4.3. Simulación lícita

La legislación peruana con relación a la simulación lícita coincide con la posición de Ferrara, al dictar: “que la simulación no es reprobada por la Ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito” (Herrero, 1958, p. 31).

En lo que se refiere a simulación lícita, su clasificación se ve reflejada por el fin que tengan los contrayentes del acto simulado, considerando que en los actos simulados como ya se ha manifestado, entre sus elementos primordial se tiene al ánimo de engañar, sin embargo no necesariamente éste engaño persigue fines ilícitos.

Ya lo ha manifestado así Josserand

“el móvil al cual obedece la simulación, puede ser de valor moral muy distinto: ya es a la exigencia del fisco que se intenta sustraer, en tanto que otras veces el ocultamiento se explica muy simplemente por el deseo de no poner al público al corriente de los negocios privados o de evitar indiscreciones” (citado en Cámara, 1958, p. 110).

Este autor menciona que, las partes pueden tener diversos fines al momento de simular y que estos pueden tener fines que no afecten a la legislación o perjudiquen a alguien, incluso llegando a la vanidad de las partes.

Los actos lícitos que provienen del acuerdo entre las partes para simular, son aquellos en los cuales existe una declaración de la voluntad de los participantes en el acto para simular, que tienen importancia para el derecho pero que no contravienen ninguna disposición legal vigente o pueda constituir un engaño para terceros; en consecuencia son los actos simulados, que si bien es cierto que engañan al mundo exterior, no tienen fines que puedan infringir una norma o perjudicar en los derechos de terceros posibles interesados.

Una simulación lícita no tendría como consecuencia la declaración de nulidad del acto, ya que no afecta a ningún interés ni de sociedad ni particular, claro es que en el derecho privado se puede efectuar cualquier tipo de negocios jurídicos que no contravengan disposición legal.

Sin embargo, Bevilacqua se niegan a concebir la simulación lícita de un acto jurídico simulado, manifestando “el vicio debe condenarse en todos los casos, aun cuando no existiera perjuicio ni violación de leyes” (citado en Mosset, 2001, p. 64).

Postura que no la compartimos, al tener por parte del Derecho Privado un campo abierto en el cual las personas naturales y jurídicas observando el principio de libertad contractual, criterio que es ratificado por la jurisprudencia argentina, la cual dice que “La simulación no es reprobada por la ley cuando no tiene un fin ilícito” (Durigón, 2008, p. 269).

1.4.4. Simulación ilícita

La simulación ilícita es la más común, ya que tiene por fin el engaño para perjudicar a un tercero o violentar la ley, esta clase de simulación debe ser declarada como tal en un proceso judicial, el cual debe buscar tutelar los derechos afectados del actor, el juez tendrá que velar por estos derechos.

Para ejemplificar podemos decir que un padre de familia quiere beneficiar a un heredero, violando las disposiciones establecidas en el Libro III del Código Civil, en este caso los posibles perjudicados tendrán su derecho de accionar para hacer valer sus derechos establecidos en la normativa.

Sin embargo, en cuanto a la simulación ilícita, no podrán ejercer acción judicial uno en contra de otro, es decir las partes que celebraron el contrato no tendrán reclamo alguno (Mosset, 2001, p. 65).

Al cometer un acto simulado ilícito no sólo se ven afectadas las personas titulares de derechos que pueden ser afectados, también se ven afectados intereses sociales ya que se está violentando el ordenamiento legal establecido por una sociedad a través de los mecanismos pertinentes (Durigón, 2008, p. 276).

Por lo que se afecta la fe pública al cometer un acto de éste tipo, por consiguiente el Estado por medio de su régimen jurídico, organismos de control y sanción, debe tutelar los derechos de todos los ciudadanos evitando estos actos jurídicos simulados ilícitos.

En conclusión, en un acto simulado ilícito las partes convienen de mutuo acuerdo, realizar un negocio jurídico relevante para el derecho, con el ánimo de

engañar y vulnerar derechos de terceros o violentar una disposición legal vigente.

1.5.- Causa *simulandi*.

Es importante analizar la conducta humana, a la cual responsabiliza de la motivación que cumple a la hora de generar un acto simulado (Muñoz, 2011, p. 95).

Para realizar un acto, el ser humano se ve impulsado por algún móvil, siendo la razón por la cual el hombre desempeña todos sus actos en su vida. Al momento que dos personas o más se reúnen para configurar un acto simulado, ven como presupuesto una razón por la cual les impulsa a preparar el acto simulado.

Este principio determinante para realizar el acto simulado, se le ha llamado causa *simulandi*, que es “el interés que lleva a las partes a hacer un contrato simulado, el motivo que induce a dar apariencia a un negocio jurídico que no existe o presentarlo en forma distinta a la que corresponde” (Ferrara citado en Gagliardo, 2008, p. 75).

Cámara (1958) considera que la causa *simulandi* se entiende como el interés que lleva a las partes a formalizar el acto simulado, es decir el por qué del ánimo de engañar, mismo que tiene un objetivo que los induce a efectuarlo (p. 199).

Sin perjuicio de lo manifestado, se debe considerar que no es necesario la comprobación de esta causa *simulandi* al accionar un proceso, ya que en el juicio de simulación, lo que se busca es dar a la luz que el acto carece de existencia o tiene otros efectos jurídicos diferentes a los que las partes han planteado en el contrato, llámese simulación absoluta o relativa.

En consecuencia, la parte accionante que demande simulación, no está en la obligación de demostrar dicha causa *simulandi*.

Durigón establece que “la causa simulandi arroja una luz esclarecedora sobre todo el negocio controvertido y facilita de modo relevante la interpretación de la conducta de las partes” (2008, p. 49). La causa *simulandi* se la debe tomar como un indicio que motivó la consumación del acto, debe ser la vía por la que se debe investigar, debe ayudar para conjuntamente con otras pruebas el juez tenga el convencimiento de que el acto impugnado es simulado. En el presente trabajo se tratará sobre los tipos de prueba que se aceptan en un juicio de simulación para la declaración de simulación, mismas que aceptan a la causa *simulandi* como un indicio.

Con relación a la importancia que tiene la causa *simulandi* dentro de la prueba de simulación, Garibotto dice que “la simulación se prueba con indicios y presunciones; es decir la “causa simulandi” funda la prueba indiciaria, si bien aquella se admite que no es categórica” (Garibotto citado en Gagliardo, 2008, p. 76).

Muñoz en su obra manifiesta que “Quien simula, simula casi siempre por algo bien concreto, racional y económico. Quien simula es un estratega nada inmaduro” (Muñoz, 2011, 95). Que de aquí la importancia que tiene averiguar los motivos que tienen las partes para llegar a simular (Muñoz, 2011, 95).

Se debe considerar que dicha causa debe ser contemporánea, manifiesta Cámara (1958, p. 200), ya que no se justificaría que las partes justifiquen y aleguen la perfecta validez jurídica del acto impugnado, con el cambio de circunstancias que se sufra en el tiempo, la causa *simulandi* debe ser observada en el tiempo en la que se configuró el acto simulado, y por ningún motivo debe ser requisito indispensable su comprobación para la declaración de simulado un acto en juicio, al ser una herramienta que tengan los accionantes para conseguir el nexo entre las pruebas aportadas y el criterio del juez a la hora de resolver.

La causa *simulandi*, será analizada con relación a su importancia en la etapa probatoria.

2. Acción de Simulación.

En la simulación ilícita, ya sea considerada absoluta o relativa, los posibles interesados pueden acudir a la Justicia para que en un proceso judicial, mediante la tutela efectiva estatal, aleguen que existe simulación del acto que les puede perjudicar, debido a que vulneraría derechos de estos, incluso del Estado.

Definida a la forma de alegar la simulación por Llambías como:

“se da el nombre de acción de simulación a la que compete a las partes del acto simulado o a terceros interesados, a fin de que se reconozca judicialmente la inexistencia del acto ostensible, y con ello quede desvanecidos los efectos que se imputaban a dicho acto” (citado en Núñez, 2008, p. 113).

Criterio que no se comparte, al manifestar que la acción de simulación podrían interponer las partes, argumentos que van en contra de la definición y los elementos mismos de la simulación, al entenderse simulación como el acuerdo de voluntades para realizar un acto que no existe, en su defecto que tiene otros efectos o tiene otras características, con el fin de engañar.

Las partes intervinientes en el acto simulado no podrían comparecer en juicio alegando simulación ya que han sido parte del negocio, con plena voluntad a pesar que la voluntad real no ha sido exteriorizada sino la disconformidad de la misma, no podría beneficiarse de su propio engaño para obtener réditos, peor aun podría comparecer a juicio con ésta pretensión cuando se podría perjudicar a terceros.

El maestro Carnelutti ratifica nuestra postura al decir que:

“A mí me parece que el carácter necesario y suficiente para que se pueda hablar con cierta corrección de proceso simulado está en que el proceso y su resultado (la sentencia) tiene que existir y operar solamente en relación a los terceros, no entre las partes” (1952, p. 70).

Así mismo esta definición de Llambías es incompleta, al decir que la finalidad de estas pretensiones es que se reconozca la inexistencia del acto, cuando ya se ha manifestado que la simulación no solamente puede ser absoluta, es decir que nunca existió, sino que puede existir la simulación relativa, en la cual en realidad si se dio vida jurídica a un acto pero es diverso del realmente querido.

En el presente capítulo se analizará las vías por que las personas pueden ejercer su derecho, para que un acto simulado que les perjudica, sea judicialmente declarado como tal.

2.1.- Formas de Alegar la Simulación.

Entiéndase a la acción como: “La Acción procesal es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, consistente en la facultad de acudir ante los órganos de jurisdicción, exponiendo sus pretensiones y formulando la petición que afirma como correspondiente a su derecho vulnerado” (Illanes, 2014, p. 4).

Así mismo manifiesta Hugo Alsina al decir que “La acción es la facultad que corresponde a una persona para requerir la intervención del Estado a efecto de tutelar una situación jurídica material”, “La acción es un derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica” (citado en Illanes, 2014, p. 4).

La acción al ser un derecho subjetivo que poseen personas para comparecer ante un juez competente, para ventilar una pretensión, ésta en materia de simulación, el fin es llegar a determinar la verdad del contrato ya sea si existe o es diferente al declarado.

El que crea que sus derechos han sido vulnerados, por un acto simulado, puede comparecer ante la autoridad jurisdiccional, para que dentro de un proceso, el juzgador llegue a determinar la verdad sobre negocio jurídico impugnado, mediante las pruebas introducidas en el proceso, que para estos procesos tienen un tratamiento especial.

Devis Echandía dice que la finalidad de la acción de simulación:

“consiste en postular la prevalencia de la verdad del contrato sobre la apariencia del documento que los disfraza; no es que prevalezca la voluntad privada sobre la externa, sino que prevalezca la única voluntad de las partes sobre la ficción contenida en el documento” (citado en Mosset, 2001, p. 252).

Para Ghersi, la acción de simulación tiene como fin principal que “el juez sentencie que el acto objeto de la pretensión sea declarado nulo”, esto con relación a la simulación absoluta; cuando se trate de simulación relativa “tendrá un doble efecto; por un lado, declara la nulidad del acto ostensible y, por otro, la existencia del acto que estaba oculto” (2002, p. 578).

Criterio que no se comparte, siendo la simulación absoluta para Ferrara como “es negocio absolutamente simulado el que, existiendo en apariencia, carece en absoluto de un contenido serio y real. Las partes no quieren el acto, sino tan sólo la ilusión exterior que el mismo produce” (citado en Lievano, 1978, p. 92).

Al tener una acción por simulación y dentro del proceso se llegue a determinar que este acto sufre de simulación absoluta, el juez no podría declarar la nulidad de algo que no existe, ya que nunca se dio vida a un negocio jurídico que pueda tener efectos entre las partes, lo que se buscó es una simple apariencia, que los intervinientes dan a la luz simulando que existe un acto cuando no lo hay; dado caso el juez lo que debe es declarar al acto como simulado absolutamente, en el cual se reconocería judicialmente que el acto que dieron a la luz pública no tiene vigencia, ya que nunca ha existido un real acto jurídico y se aclararía la verdad.

La acción de simulación se diferencia por sus elementos, es así equivocado para el criterio, creer que la acción de nulidad, colusión o pauliana tienen las mismas implicaciones, si bien es cierto que en la simulación se puede tener fines ilícitos para perjudicar a un tercero, como ya se ha dicho no necesariamente la simulación tiene fines dolosos.

Sin perjuicio en los actos dolosos las partes no crean un negocio “fantasma” conocido como disimulado, no hay una disconformidad de la voluntad entre lo

querido y lo exteriorizado, en ese caso las partes realmente quieren hacer daño a un tercero, utilizando éste acto como el instrumento real para ejecutar lo querido por los intervinientes, figura que hemos hecho relación en el primer capítulo, al diferenciar la simulación con el dolo.

La acción de simulación en nuestra legislación no está regulada con un trámite específico, se la encausa mediante un proceso de declaración, es decir un juicio ordinario, en el cual la o las partes accionantes interesadas en la declaración de simulación, comparecen ante la justicia para que mediante la tutela efectiva y demás principios consagrados en la Constitución y normas, se declare el acto como simulado.

Declaración que puede tener diferentes efectos, si se considera que existe una simulación absoluta, se tendrá como resultado una declaración judicial que el acto nunca ha existido, en consecuencia las cosas vuelven al estado anterior de la celebración del acto simulado; mientras que si se llega a determinar que el acto se configura en una simulación relativa, el juez en sentencia y luego de analizar la prueba en su conjunto, declarará la inexistencia del acto expuesto a la sociedad, mientras que el acto por el cual se ocultaron los verdaderos fines, se declarará como cierto, teniendo todos los efectos legales correspondientes.

La declaración de simulación beneficiará a toda la sociedad, no solamente a favor del que accionó, no se podrá alegar que por no ser parte del proceso, en el cual se declaró la simulación, no se podrá beneficiar de la misma.

Incluso el Estado, en representación de la sociedad, puede comparecer en calidad de tercer perjudicado, como titular de derechos a un juicio de simulación, ya que los fines del acto simulado pueden ser la defraudación de impuestos o la evasión de una ley.

En conclusión, las formas por las que se puede ejercer el derecho subjetivo de alegar simulación son:

1. Impulsando un acción, misma que tiene como pretensión la declaración de simulación del acto en análisis; que se la ejecutará

mediante una demanda, que tendrá el trámite ordinario declarativo de derechos;

2. Por medio de excepción al contestar una demanda;
3. Planteando una reconvencción.

2.2.- Características, Naturaleza de la Acción de Simulación.

En la acción de simulación o alegación de la misma, se busca que a través de un proceso judicial, el juez en sentencia reconozca que el acto es simulado.

La naturaleza de esta acción es declarativa, Rocco manifiesta que las acciones se dividen en cuatro clases, la primera en una mera declaración que es la que corresponde a la simulación, segunda acciones ejecutivas; en tercer lugar al juicio que busca condena; y, cuarta a las preventivas que son dirigidas a obtener por medio de un juez una medida cautelar para tutelar derechos que se pueden vulnerar (citado en Cámara, 1958, p. 313).

Con respecto a la clasificación de las acciones mencionada por Rocco, debemos decir que para accionar un proceso judicial por simulación la única alternativa que tendríamos es la acción declarativa, en virtud que en las acciones ejecutivas no se podría plantear una simulación, ya que no se podría tener los amplios y suficientes medios probatorios que se necesita en simulación, además de las características rígidas que se tiene para el juicio ejecutivo.

Así lo ha dicho Cámara (1958) “lógicamente necesita las amplias defensas del juicio ordinario, como también una prueba amplísima, para poder llevar al ánimo al juez la convicción de la apariencia, imposible producirla en el trámite brevísimo y sumario de esta clase de juicio” (p. 310).

Con relación a los procesos de condena no se podría buscar la declaración de simulación, ya que los objetivos mismos de los procesos de condena no son de reconocimiento o declarativos.

Como hemos manifestado, generalmente esta acción es confundida con la acción de revocatoria o conocida como acción pauliana, en la cual se tienen

diferentes fines, al considerar a la acción pauliana como “una acción de nulidad limitada y peculiarísima, próxima a la de indemnización” (Davis Echandía citado en Cámara, 1958, p. 313).

Por un lado, en la acción pauliana la pretensión del actor es declarar la nulidad de un acto real, que ha sido fraudulento, con el ánimo de perjudicar a los acreedores, en el cual, los bienes que han sido enajenados, realmente han salido del patrimonio del deudor, constituyéndose un acto sincero pero con fines fraudulentos.

Por otro lado, en la simulación no se podría demandar nulidad de algo que no existe, sin embargo es confundida al momento que el deudor ha realizado contratos para no ser propietario de estos bienes que posiblemente van a ser atacados por los acreedores, en los cuales ese traspaso de dominio ha sido simulado, es decir nunca ha salido de su patrimonio y los supuestos compradores no tienen el ánimo de señor y dueño, en ese caso se configuraría simulación.

Herrero manifiesta que para que se configure una acción pauliana los requisitos son:

1. La existencia de un crédito anterior, que pueda ser ejecutado judicialmente;
2. Que el posible demandado haya celebrado uno o más contratos posteriores al otorgamiento del crédito, éstos contratos deben beneficiar a un tercero que resulta siendo cómplice;
3. Que por estos actos el acreedor se perjudique en razón que no tendrá las garantías necesarias para el cobro efectivo de su acreencia;
4. Que el acto que sea impugnado sea posiblemente fraudulento (1958, pp. 199-200).

En este sentido se puede ver que la acción pauliana se remite siempre a la existencia de una obligación, en el cual el interesado solamente va a ser el acreedor, en cambio en la acción de simulación puede comparecer a un

proceso cualquier persona que considere que estos actos simulados puedan perjudicar en sus derechos.

Con referencia a la simulación declarativa, su finalidad es el reconocimiento judicial que el acto es simulado como ya se ha manifestado, mal se puede entender que dentro de ésta misma acción se busque sancionar a los simulantes o condenar a pagar daños y perjuicios; estas pretensiones una vez que el acto ha sido declarado como simulado, se tendría que efectuar por cuerdas separadas, sin perjuicio que se desencadene posibles denuncias penales, si llegare a configurarse un delito tipificado y sancionado por la ley.

Es decir no se podría plantear en la misma acción una acción por simulación y otra por fraude, al tener una prejudicialidad de declaración de simulación y que el juez por medio de las pruebas introducidas por las partes en el proceso califique y declare la simulación. Incluso si el tema se derivaría a una acción penal, mal se podría solicitar al juez de competencia es decir al Juez Civil, una sanción penal.

Sobre este tema los doctrinarios Alessandri, Samarriva y Vodanovic manifiestan que:

“la simulación puede dar origen a una acción civil y a una penal: la primera para dejar sin efecto el contrato y obtener la correspondiente indemnización de perjuicios, y la acción penal para exigir el castigo de los que han celebrado el acto simulado en perjuicio de terceros” (1998, p. 365).

La competencia de esta acción se ve reglada por las disposiciones comunes, sin perjuicio de lo manifestado en materia de simulación en primer lugar se debe buscar la declaración del mismo y posteriormente el interesado podría planear una acción en búsqueda de sanciones o indemnizaciones.

Con relación a los efectos que surgen al ser declarado un acto como simulado, existen diferentes posturas, como la de Rabinovich, el cual manifiesta que: “Si hubo una simulación relativa, el objetivo de la acción es descorrer el velo del

acto ostensible y dar a conocer la esencia del negocio oculto, el cual, **a partir de ese instante**, cobra plena vigencia” [negritas añadidas] (2011, p. 523).

Criterio que no se comparte, el doctrinario pretende manifestar que los efectos del real contrato surgirán desde la declaración de simulación, argumentos que se van en contra de la esencia de la simulación, dando a entender que en el momento que se celebró el contrato ostensible hasta la declaración de simulación surgirán los efectos del acto simulado y, solamente desde la sentencia ejecutoriada tendrán validez los reales.

Al declarar un acto simulado lo que se pretende es el reconocimiento del verdadero acto, que en el caso de simulación absoluta se entenderá que nunca ha existido un acto jurídico, respecto de la simulación relativa se daría a luz el verdadero contrato reconociendo los efectos de éste, desde la suscripción al ser declarado judicialmente.

Es decir, si un acto ha sido declarado judicialmente, que tiene simulación relativa, los efectos del verdadero acto oculto, existirán desde el momento de la celebración del acto simulado, y no desde su declaración.

2.3.- Prescripción de la Acción de Simulación.

Acorde a lo establecido en la doctrina, existe un análisis especial sobre la prescripción en la simulación, teniendo diferentes visiones que han producido una confusión general. Al tratarse de una acción declarativa, nuestra legislación no tiene un tratamiento específico del trámite que se le dará a un juicio como estos, siendo un juicio ordinario entonces, tendríamos que prescripción de esta clase de acciones son diez años conforme establece el Código Civil “Este tiempo es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias” (Código Civil, 2005, art. 2415).

Se debe aclarar que ésta prescripción solo deberá ser analizada en materia de acción y no como excepción, ya que como ya se ha manifestado la simulación podrá alegarse por medio de excepción, Salvat considera que “porque aceptar en principio que el derecho de alegar la nulidad prescribe en dos años, admitir

que después de ese plazo puede hacerse valer por vía de excepción, implicaría hacer revivir indirectamente un derecho que se encontraba extinguido” (Salvat citado en Cámara, 1958, p. 394). Al respecto el profesor Cámara considera que siempre se podrá alegar simulación como excepción (1958, p. 394).

Ahora bien, como ya se ha dicho, la acción de simulación se diferencia de la acción de nulidad en el fin específico, teniendo en la acción pauliana como fin la declaración de nulidad del acto que esté viciado, en simulación lo que se busca es un mero reconocimiento judicial que el acto impugnado es simulado por las partes con fines diversos.

En la acción pauliana, se tiene un acto real que las partes intervinientes en el contrato, han creado con el fin de perjudicar a los acreedores y que éste está viciado, entendido como un acto real puede ser impugnado a través de una acción cuya prescripción establece el Código Civil, surgen varias interrogantes, ya que en simulación se tiene un acto que no existe o es diferente al expresado, ¿es imprescriptible, corre el tiempo de prescripción de igual manera que las demás materias, y de ser el caso que tenga prescripción desde cuándo corre?

Nuestro Código Civil manifiesta que:

“Art. 2392.- Prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Una acción o derecho se dice que prescribe cuando se extingue por la prescripción” (Código Civil, 2005, art. 2392).

“Art. 2414.- La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. **Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible**” [negritas añadidas] (Código Civil, 2005, art. 2414).

El artículo citado menciona que se cuenta el plazo de la prescripción desde que dicha obligación sea exigible, en simulación cabe plantearse la interrogante ¿la obligación se vuelve exigible desde que el tercero perjudicado por el acto simulado se entera del hecho o desde la celebración del acto simulado?

Al respecto debemos diferenciar entre simulación absoluta y relativa, ya que en la absoluta las partes intervinientes nunca han creado un acto jurídico, esto causaría una contradicción con lo manifestado ya que no se podría contar la prescripción al momento que las partes realizan el acto simulado, ya que el negocio jurídico nunca existió, no correría el término desde la celebración de dicho acto. En cambio en la simulación relativa las partes efectivamente crean un contrato que es diferente del realmente querido, sin embargo nace a la vida jurídica un acto que tiene efectos jurídicos, solamente que los efectos son diferentes a los manifestados en el acto ostensible, en éste caso podríamos tomar que la prescripción corre desde que se ha celebrado el contrato simulado.

Por otro lado el Código Civil manifiesta que la prescripción es ordinaria y extraordinaria, al respecto hace una clasificación entre bienes muebles e inmuebles:

“Art. 2408.- El tiempo necesario en la prescripción ordinaria es de tres años para los bienes muebles, y de cinco, para los raíces” (Código Civil, 2005, art. 2408).

De no darse la prescripción ordinaria, se podría valer por la acción extraordinaria, bajo las reglas del siguiente artículo:

“Art. 2417.- Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho” (Código Civil, 2005, art. 2417).

En materia de simulación ilícita se configuraría supuestamente la Prescripción Extraordinaria de Dominio, misma que está regulada en el Art. 2410 que dice:

“El dominio de las cosas comerciales que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, puede serlo por la extraordinaria, bajo las reglas que van a expresarse:

1. Cabe la prescripción extraordinaria contra título inscrito;
2. Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno; basta la posesión material en los términos del Art. 715;
3. Se presume en ella de derecho la buena fe, sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio;
4. Pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias:
 1. Que quien se pretende dueño no pueda probar que en los últimos quince años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por quien alega la prescripción; y,
 2. Que quien alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo” (Código Civil, 2005, art. 2410).

Normativa que no regularía a la simulación absoluta, ya que en este caso no existe posesión del bien, que es requisito indispensable para que se pueda otorgar la prescripción, la Corte Nacional de Justicia en su Obra Corporativa de Jurisprudencia Ecuatoriana, manifiesta que:

“La doctrina y la jurisprudencia reconocen a la prescripción adquisitiva de dominio a base de cuatro requisitos: a) Prescriptibilidad; b) la posesión; c) El tiempo y d) que la acción esté dirigida en contra de quien conste en el Registro de la Propiedad como titular de dominio” (2013, p. 513).

Al respecto el Código Civil en el Art. 2398 regula que se gana por prescripción el dominio de las cosas por medio de la posesión. (Código Civil, 2005, art. 2398).

Uno de los requisitos básicos para la prescripción es la posesión, en materia de simulación absoluta nunca va a existir la posesión del bien, en consecuencia que nunca ha salido del patrimonio ni del control del simulante, es decir nunca se dio la entrega de la cosa, en virtud que el contrato ha sido simulado, configurándose así la *retention possessionis*, entendida como la “persistencia del enajenante en la posesión de la cosa” (Mosset, 2001, p. 332).

La jurisprudencia ecuatoriana manifiesta que “Los elementos necesarios para la prescripción son el corpus (material) y el animus (intencional)” (CNJ, Resolución 0264-2013, Casación, p.1).

No tendría lugar la prescripción de la simulación absoluta con referencia a la prescripción adquisitiva de dominio de las cosas, ya que no cumplen los requisitos indispensables para configurarla. Sin embargo en simulación relativa, se puede entender que si prescribe la acción de simulación, ya que en este caso se creó un acto jurídico, con fines y características diferentes al realmente querido pero nació a la vida jurídica un acto que tiene efectos jurídicos.

En conclusión, cuando se trata de simulación absoluta, la acción es imprescindible, ya que nunca es tarde para demostrar que un acto nunca existió, no cumple con los requisitos de prescripción adquisitiva de dominio, así mismo tiende a comprobar un hecho. En simulación relativa se establece los plazos comunes de prescripción que da nuestra legislación.

La prescripción debe ser alegada por las partes (Código Civil, 2005, art. 2393). Otro problema que surge es al momento que alguien se sienta perjudicado por una supuesta simulación, decide accionar para que por medio de una sentencia se declare simulado el acto y pueda reclamar sus derechos como corresponde, la dificultad ocurre cuando el juez debe determinar y resolver acerca de la alegación de prescripción, si dentro del juicio aún no se ha verificado por medio de pruebas, a qué clase de simulación pertenece la acción.

Es por este motivo, se cree que nuestros legisladores deben trabajar en un proyecto de reforma al Código Civil, en el que se introduzca la figura de simulación y sus implicaciones, en donde se regulen también prescripción de las acciones de simulación.

2.4.- Legitimación:

Como regla general observamos que para comparecer a una acción de simulación necesariamente deberá existir un interés, mismo que tiene relación con la legitimación dentro del proceso, diferenciando a la legitimación con la capacidad de una parte.

Carnelutti (1944) dice que “La noción de capacidad se funda en cualidad de la persona, es decir, en sus modos de ser, considerada en sí, independientemente de su posición en la sociedad” (p. 154).

Siendo la legitimación una cuestión de fondo que solamente deberá ser resuelta por el juez al momento de resolver la causa y analizar si las partes en el proceso tenían la debida legitimación ya sea activa o pasiva, y si se encuentran dentro del proceso todos los sujetos que deben defenderse, es decir si se cumplió con la litis consorcio necesario, temas que van a ser analizados en el presente trabajo.

2.4.1. Legitimación activa:

Acorde manifiesta Armenta (2013) “legitimación activa para referirse a quien ejercita una determinada acción o pretensión” (pp. 87-88). Como se ha manifestado, en un principio toda persona que crea verse interesada en la declaración de simulación de un acto, puede comparecer a un proceso judicial, pero al ser de fondo esta calificación de legitimado, el juez al momento de resolver deberá ver si la parte accionante tiene el interés legítimo, deberá considerarse si es perjudicado por el acto. Sobre este tema Durigón manifiesta que: “Debe considerarse “tercero no partícipe”, directamente perjudicado por el acto pretendidamente simulado” (2008, p. 79).

Incluso a nuestro criterio podrá comparecer el Estado en defensa de los intereses colectivos, al considerar a este acto como simulado mismo que lesiona actualmente o puede lesionar derechos, tendría legitimidad para actuar el estado al ser el responsable del cumplimiento de las normas establecidas, siempre y cuando no sean derechos individuales.

Armenta con relación a este tema manifiesta que, el Estado tiene poca intervención en esta clase de procesos, al entenderse que en materia civil los derechos tutelados generalmente son de interés privado, sin perjuicio que a la función pública le corresponde accionar una acción cuando se trate de promover la tutela en la defensa del interés público (2013, pp. 90-91).

Para Cámara “los presupuestos indispensables para intentar una acción son: 1º) un derecho existente regularmente constituido, por parte del actor; y 2º) que pueda ser afectado por la conservación del acto aparente” (1958, p. 330).

Es decir, quien acciona en simulación debe tener un derecho legítimo, que estaría siendo vulnerado por el acto simulado, el cual necesita la declaración judicial de simulación, para poder hacer valer sus derechos, no se podría demandar simulación por simples especulaciones o un derecho imaginario, esto deberá ser analizado por el juez a la hora de resolver. Ya que la definición de simulación es el acuerdo de las partes de crear un acto jurídico simulado, con el ánimo de engañar, en la simulación ilícita sería con el fin de perjudicar a un tercero, derecho vulnerado que deberá ser comprobado.

2.4.2. Legitimación pasiva:

Al manifestar que cualquier persona que sus derechos han sido vulnerados por el acto simulado puede comparecer a juicio, su pretensión será el reconocimiento judicial de simulación, la acción debe ser planteada contra todos los intervinientes en el acto.

Cámara manifiesta que:

“La razón de llamar al proceso a todos los actores del negocio simulado es lógica, ya que habría imposibilidad para declarar el verdadero estado

de una relación de derecho, respecto solamente a uno de los contratantes y no al otro, de lo contrario nos podríamos encontrar que mientras es real para una de las partes que lo celebraron, para la otra sería inexistente, lo que es inconcebible, un absurdo” (1958, p. 370).

Igualmente debemos remitirnos al concepto de la simulación, siendo el acuerdo de las partes, el elemento esencial de la simulación mal podría demandarse a una sola parte para que responda del negocio simulado que han creado todas las partes intervinientes en el contrato.

En la simulación obligatoriamente tendríamos una pluralidad de partes, al no poder existir una simulación unilateral, obligatoriamente deberán existir al menos dos demandados, esto es entendido en la doctrina como la litisconsorcio necesario e impropio.

También se debe analizar la intervención de terceros en el juicio de simulación, es decir que al tener un posible perjudicado por el acto simulado, éste comparece a juicio sin perjuicio que existan otros posibles perjudicados, quienes podrán adherirse al proceso, esta figura es denominada como intervención adhesiva.

3. Prueba de la simulación

3.1.- Generalidades

La prueba judicial es “el conjunto de motivos o razones que nos suministran el conocimiento de los hechos para los fines del proceso, que de los medios aportados se deducen” (Davis Echandía citado en Kielmanovich, 2010, p. 29).

La simulación es considerada como una materia difícil de probar, el conjunto de medios probatorios referidos por Davis Echandía, se vuelve difícil de introducir en un proceso judicial de este tipo, ya que las partes que intervienen en un acto simulado buscan no ser descubiertos, haciendo así todo lo posible para mantener ese sigilo, de este modo hace que para un accionante de simulación sea muy difícil de probar la simulación, casi imposible diríamos de tener una prueba directa, prueba plena. El tema de la prueba en la presente materia tiene un tratamiento específico.

Muñoz (2011) hace una comparación entre la simulación y el asesinato, manifestando que la diferencia entre las dos es que en la simulación no se dejan huellas materiales, ya que al momento de simular las partes utilizan mucho las áreas no físicas, ya que es muy verbalizada (p. 46).

Efectivamente en la simulación las partes no dejan rastro ya que el negocio es muy intelectual, muy bien planeado para no ser descubiertos y poder perfeccionar sus fines.

Por lo manifestado sería ilógico que dentro de estos procesos se exija a la parte accionante o que alega simulación que introduzca una prueba plena o única para poder llevar al convencimiento al juez que existe una simulación.

Coincide con nuestro criterio el Doctor García Falconí al decir que:

“La simulación es una maniobra que cuando se realiza al impulso de un móvil ilícito, el derecho y la moral condenan y reprueban, de ahí que quienes la empleen, usen toda clase de precauciones a fin de

no ser descubiertos, o al menos, que de serlo, no pueda probarla a quien se la llevó a cabo” (2007, p. 209).

Por este motivo el profesor Morello considera que “la mayor (necesaria) flexibilización de los principios procesales, la alteración y adecuación de la carga de probar dominada por las concepciones que responden al deber de cooperación y al juego oscilante de las cargas dinámicas” (2004, p. 11).

Cooperación que manifiesta el doctrinario es necesaria en esta clase de procesos en donde en muy pocas ocasiones se consigue probar lo argumentado en la demanda a través de una prueba convencional, sino que es necesario contar con otros presupuestos como la prueba indirecta, que deberá ser aceptada por el juez a la hora de resolver ya que es el camino por el que los sujetos procesales deberán caminar, para construir un criterio que vaya más allá de la duda razonable y se pueda llegar a probar una simulación.

De aquí se funda el criterio de De Luca al decirnos que existe un *favor probationes*, que consiste en un modo sistemático en una administración de presunciones (De Luca citado en Muñoz, 2011, p 46).

Es necesario considerar la prueba indirecta en estos procesos, pues si fuera necesario presentar una prueba directa se dejarían impunes muchos actos simulados.

En consecuencia, quien alega simulación no le quedaría más que esperar que el demandado reconozca que ha simulado un acto y nadie da un testimonio en contra de sus mentiras (Muñoz, 2011, p. 49).

Por tal motivo, la prueba indirecta no es considerada como una prueba semiplena; y, es necesario que la visión del juez no sea cerrada y se limite a valorar las pruebas convencionales.

Sin embargo no basta solamente con alegar simulación para poder probarla, como manifiesta Kielmanovich “Ciertamente que los hechos podrán preexistir con abstracción del proceso, pero en la medida en que de aquéllos se pretenda

extraer consecuencias jurídicas e interesen a la litis, menester será que se los pruebe” (2010, p. 41).

La prueba en la simulación necesariamente será por indicios, presunciones, toda clase de prueba indirecta, que sea plena y convincente para no tener duda de la configuración de simulación en un acto. Mosset se ratifica en ese sentido al manifestar “es innegable que la prueba de la simulación por terceros comporta casi exclusivamente en una actividad presuncional” (2011, p. 311).

Es muy particular en simulación hablar sobre la carga de la prueba, como hemos manifestado que no basta alegar simulación para declararla, se necesitará probarla dentro de un proceso judicial pero ¿la carga de la prueba es rígida como en los demás procesos? Al respecto se realizará un estudio en particular.

3.2.- Carga de la Prueba

Es conocido por todos que el principio *onus probando incumbit actori*, rige como regla general para los procesos judiciales, como manifiesta el Código Orgánico General de Procesos, Art. 169: “Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación” (Código Orgánico General de Procesos, 2015, art. 169).

La norma establece la necesidad de probar que ha afirmado en su pretensión, sin embargo en los procesos de simulación la doctrina ha establecido que en esta materia dichos principios de la prueba no son tan rígidos.

Al ser considerados estos procesos como difíciles, la justicia lo que debe buscar es la verdad de los actos, excepcionando a la regla del *onus* y abriendo la posibilidad que existan cargas dinámicas para poder llegar a la realidad de los actos impugnados.

El doctrinario Chiovenda manifiesta que “el dinamismo en materia de carga de la prueba, que, superando los esquemas clásicos, impone a ambas partes la carga de buscar la verdad y, para ello, aportar los elementos que ‘están en sus manos’” (citado en Mosset, 2001, p. 281).

Muñoz (2011) menciona que esta distribución de la carga de la prueba en los juicios de simulación se ve reflejada en criterios que responden a valoraciones muy racionales (p. 52). Esto para no dejar en la impunidad los actos simulados que pueden perjudicar derechos de personas que son tutelados por el Estado o derechos subjetivos.

Como hemos manifestado, no es lógico obligar a un tercero a presentar una prueba directa en un juicio de simulación, al respecto Mosset manifiesta “si el hecho, por su naturaleza, ofrece grandes dificultades de prueba para el obligado y en cambio, el adversario tiene facilidad para destruirlo y no lo hace, el juez resolverá a favor del primero” (2001, p. 282).

Compartimos el criterio de Mosset, al decir que el juez deberá fallar a favor del que pretende la declaración de la simulación al momento que el demandado no se ha descargado en el proceso, al no convencer al juez que su negocio goza de sinceridad y honestidad.

El Código Orgánico General de Procesos establece en el segundo inciso del Art. 169: “La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa” (Código Orgánico General de Procesos, 2015, art. 169).

En la acción de simulación, no se acepta una simple negativa de los hechos que pretende el actor, incluso dicha negativa pura y simple, al no colaborar en la contribución de las pruebas que tiene a su mano, llevaría a configurar una actuación de mala fe, que debe considerarse como un indicio de mala fe procesal, que lleve al juez a dudar de la realidad del negocio.

Así lo afirma Muñoz al decir que:

“la adopción del principio de colaboración, que esta tanto como hablar de conducta procesal de las partes, nos aleja cada vez más del autentico concepto de la carga de la prueba, y nos 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 del actos, sino que debe concretar la propia resistencia” (2011, p. 58).

Un viejo adagio dice que el que nada debe nada teme, esto podría considerarse que en estos procesos la carga de la prueba se invertiría, al respecto debemos manifestar que no lo es, solo que es indispensable la colaboración de ambas partes en el proceso, para llegar al convencimiento por parte del juez de que el negocio es real o simulado.

Al respecto las jurisprudencia Argentina, manifestó que:

“Si bien la regla consistente en el *onus probandi* incumbe al actor es aplicable a los supuestos de simulación, ella no puede ser llevada al extremo de exigirle la prueba de un hecho negativo, como la falta de percepción del pago del precio de una compraventa cuya simulación alega. El principio *actor incumbit probatio* no significa, en materia de simulación, que la parte demandada pueda limitarse a la negativa de la pretensión, debe concretar su propia resistencia y producir la prueba de descargo pertinente” (STJ de Corrientes, 8-9-96, citado en Mosset, 2001, pp. 282-283).

Compartimos igualmente el criterio de los doctrinarios Micheli, Rosenberg, Guasp y Serra Domínguez, al manifestar que el análisis de la prueba dentro de un proceso de simulación debe ser visto al final del proceso (citado en Muñoz, 2001, p. 55).

Siendo momento oportuno para que el juez analice todos los elementos procesales y obtenga una mayor claridad del acto impugnado, debiendo valorar bajo su sana crítica el comportamiento procesal de las partes así como la

colaboración que tenga cada uno en cuanto a la disposición de las pruebas que tenga a su alcance.

Para Durigón en su análisis sobre la sentencia de la Corte Civil y Comercial de Junín en el juicio de Cardigni, Alberto L. y otros, manifiesta que al considerar la prueba de la simulación, todas las partes procesales deberán estar obligados a aportar pruebas, sin perjuicio que el que invoca algo debe de demostrarlo pero la parte demandada también mantiene una obligación de colaborar para llegar a una verdad efectiva del acto impugnado, argumentando que quien sostiene que su acto es verdadero no debe escatimar esfuerzos para que se mantenga como tal, constituyéndose un deber moral para realizar estos aportes (2008, p. 126).

Con todo lo manifestado podemos concluir que, el juicio de simulación es considerado por la doctrina como difícil de probar, que si bien es cierto que el principio del *onus probandi* rige para los procesos judiciales en general, hay que tomar en cuenta que el proceso por simulación contiene caracteres específicos que deben ser apreciados y valorados. Este principio no debe ser tan rígido y extremo, siendo un proceso *sui generis*, la carga de la prueba debe tener un criterio razonable al no poder exigir una prueba directa que pueda concluir con el proceso. Los que simulan casi nunca documentan sus mentiras y si lo han hecho lo van a mantener bajo su cautela para que nunca lleguen a ser descubiertos.

Lo afirmado no se contrapone con los principios fundamentales ni atenta en contra de la seguridad jurídica de los contratos, ya que se mantiene que el actor deberá introducir pruebas que determinen la realidad de los actos, pero este principio no debe ser cerrado ni absoluto, solo que en estos procesos judiciales se hacen excepciones teniendo un juego oscilante de la prueba para llegar a la verdad real.

Sin bien es cierto que no se traspasa la carga de la prueba, existe un deber de colaboración por parte del demandado, para que con todos sus medios sea capaz de comparecer al proceso a contribuir en la formación del criterio del

juez siendo su objetivo demostrar la veracidad del acto. No podría el demandado comparecer al proceso con una negativa simple de la pretensión del actor, se consideraría una actuación de mala fe, tampoco estaría bien visto una actitud pasiva del demandado al no colaborar en lo que se le ha solicitado.

Al respecto, Muñoz:

“Es decir, si el desconocimiento final del hecho se debe a la falta de actividad probatoria del presunto simulador, tal conducta, en tanto se repute consciente, podrá valor como indicio que lleve precisamente a inferir la existencia de ese hecho desconocido, que en nuestro caso será la simulación” (2011, p. 59).

Con lo dicho sería factible considerar que estos procesos deben tener una carga dinámica de la prueba en donde se lleguen a determinar los reales actos, por supuesto quien mantenga bajo su poder una prueba que llegue a ser transcendental estará en la obligación de presentarla ya que es el único que tiene acceso a la misma.

Al ser una materia difícil de probar se debe guiar el estudio probatorio por presunciones, como hemos dicho imposible sería encontrar una prueba directa, por tal motivo estos procesos se deben investigar por el área de presunciones e indicios que juntos sean lo suficientemente fuertes para no tener duda que el acto impugnado ha sido simulado por las partes intervinientes.

3.3.- Medios de Prueba

La prueba en la simulación debe ser amplia y libre, se deben tomar todos los elementos probatorios, analizaremos algunos de ellos, contextualizando en relación a la simulación.

3.3.1. Confesión judicial:

La Confesión Judicial conforme manifiesta Lessona es

“la declaración judicial o extrajudicial, espontánea o provocada, mediante la cual una parte capaz de obligarse y con ánimo de

proporcionar a la otra una prueba en perjuicio propio, reconoce total o parcialmente la verdad de un hecho susceptible de producir consecuencias jurídicas a su cargo, vuelve innecesaria lógicamente la prestación de la prueba literal” (citado en Cámara, 1958, p. 166).

Efectivamente una de las alternativas que tiene alguien que quiere demostrar una simulación en un contrato, puede acudir a una confesión judicial, misma que puede terminar con la litis, al existir un reconocimiento que el acto impugnado fue simulado, con esto el juez tendría la plena convicción de declararlo como tal.

Sin embargo de ésta alternativa, es necesario hacer notar que a nuestro criterio, ésta prueba es muy delicada ya que al momento que las partes planearon dar vida a un negocio simulado, difícil es que dentro de un proceso judicial acepten sus mentiras, cuando alguien crea un acto jurídico simulado lo que planea es preservarlo en el tiempo para que no pueda ser descubierto y si lo es, no se lo pueda probar.

El Doctor Efraín Pérez señala que hay que tener mucho cuidado con la confesión judicial dentro del proceso ya que, si bien es cierto nos puede proveer de una prueba directa, puede perjudicar en lo absoluto, ya que la parte simulante va a ir preparada para mantener su secreto y va a dar argumentos convincentes que el juez a la hora de resolver no podrá irse en contra (comunicación personal, enero 16, 2014).

Muñoz dice que la confesión judicial ha sido transformada en un “pliego y toda la prueba de confesión en un fárrago de inútiles palabras tachadas e insustanciosas, que a la postre han valido más como prueba en contra de su redactor” (2011, p. 66).

Sin embargo, Muñoz señala que este tipo de prueba es importante, para demostrarlo plantea un ejemplo: Se impugnó la compraventa de un bien inmueble celebrada entre un padre e hijo, en el momento procesal oportuno se llamó a confesión judicial a ambos, a pesar que la prueba se configuraba a favor de los simulantes, en una pregunta precisa el abogado pregunta a través

del juez que digan las partes cuándo y en qué moneda se pagó la suma; Respondiendo el comprador que la transacción se realizó en un solo pago en dinero de un Bancó Francés, mientras que el comprador manifestó que ha sido pagado en diversas cuotas y con anterioridad al acto (2011, p. 67).

Al existir una contradicción, sumando las otras presunciones e indicios introducidos al proceso el juez decidió declarar simulado el acto, de ahí viene la importancia de esta prueba, que si bien es cierto puede resultar en contra, se debe manejarla inteligentemente, para convencer al juez que el acto que se impugna es simulado.

Debemos tomar en cuenta además que, las partes en un proceso de simulación deberán actuar en forma activa, es así que cuando una parte no asiste a rendir su confesión y por tal motivo ha sido catalogada como confesión ficta, la doctrina manifiesta que se debe tomar como una presunción de mala fe y no como una prueba directa. Al tener la responsabilidad moral de asegurar que su negocio es limpio, una conducta pasiva como el no presentarse a rendir su confesión es considerada como tal.

En tal virtud, la confesión judicial si debe ser tomada en cuenta en un proceso por simulación, sin embargo, deberá ser practicada inteligentemente, para que no sea una prueba en contra de quien quiere que se declare la simulación.

3.2.2. Testigos:

Una de las materias más tratadas en simulación es la prueba testimonial, existen diversos criterios con relación a la misma, ya que desde la antigüedad el testimonio ha sido considerado como un medio de prueba para poder reconstruir los hechos y que se pueda llegar a la verdad, así lo señala Alarcón al decir que: “un gran valor, porque era el único medio con el cual contaban los hombres para hacer constar los actos jurídicos que celebran o los hechos de los cuales derivan sus derechos” (citado en Kielmanovich, 2010, p. 192).

Es indispensable a nuestro criterio, el que reclama por simulación, actúe por medio de testigos que puedan dar fe que el acto ha sido simulado, ya que no

se puede obligar a presentar una prueba fehaciente que haga develar el acto real y así mismo no se le podría prohibir que use todo tipo de prueba ya que no se encuentran las partes procesales en igualdad de condiciones ya que el que alega simulación indudablemente está en desventaja por no tener acceso a toda la información que si poseen los simulantes.

El Código Civil manifiesta que “No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito” (Código Civil, 2005, art. 1725).

Con este artículo se borraría la posibilidad de presentar testigos en un juicio de simulación, la norma que hemos citado es de carácter general y no específico de tratamiento de la simulación, motivo por el cual este trabajo va a especificar por qué se debe plantear un análisis al artículo.

Las normas civiles y mercantiles son claras, protegen la seguridad jurídica de los negocios que existen, por eso es que el legislador ecuatoriano ha planteado que no se admitirá prueba testimonial en estos casos, sin embargo la simulación debe tener un *ius singulare*, que permita no dejar impune estos actos.

Muñoz manifiesta que si bien este artículo, equiparable al artículo 1342 del Código Civil Francés y artículo 2712 del Código Civil Italiano, prohíbe a los testigos en estas obligaciones han hecho

“suponer que si por testigos o 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 a base de presunciones era tanto como probar la existencia de un negocio jurídico encubierto” (2011, p. 61).

Ferrara objeta dicha tesis al argumentar que si bien es cierto que no es posible determinar una obligación que se deba demostrar por escrito por medio de testimonios en la simulación esta actúa de manera diferente, al no tener que

demostrar la vida de esta convención sino demostrar que el acto que se impugna es simulado (citado en Muñoz, 2011, p. 61).

En consecuencia, con estas declaraciones no se crea una nueva obligación, solamente se llega a determinar la verdadera obligación e implicaciones del acto jurídico simulado, diferenciándose la figura con las demás.

A pesar de la aclaración que realiza Ferrara, existen conflictos en materia procesal, ya que para poder llegar a determinar la verdad, la libertad probatoria en materia de simulación es fundamental.

Si el proceso judicial es estrictamente cerrado, pocos serían los casos en que se llegue a la verdad, por tal motivo es importante que los jueces tomen en cuenta y valoren los testimonios, para que sirvan como presupuestos presuncionales, que conjuntamente con la demás pruebas aportadas, vaya más allá de la duda y se determine que el negocio jurídico ha sido simulado.

El Art. 1728 en el tercer inciso manifiesta que la excepción a esta regla existe cuando: “haya sido imposible obtener una prueba escrita, y los demás expresamente exceptuados en este Código y en los códigos especiales” (Código Civil, 2005, art. 1728).

Sin embargo es confuso, ya que en simulación no se sabe si las partes que intervinieron en el negocio simulado han dejado plasmando su acuerdo oculto por escrito, generalmente es una escritura privada que mantienen en su poder, es muy subjetivo valorar si se puede o no conseguir una prueba por escrito en un negocio simulado.

Con los antecedentes expuestos, claramente se determina la lógica para que un juez no tome en cuenta lo manifestado en el Art. 1725 del Código Civil, sin embargo creemos que es necesario que la legislación deje en claro el tema, ya que el derecho es una construcción humana que cambia en el tiempo y se debe acoplar a las necesidades sociales, no creemos necesario la eliminación de tal artículo ya que, como hemos manifestado, este análisis es exclusivo para los juicios de simulación pero si entendemos que es necesario que se

introduzca esta postura en el derecho positivo para que los jueces y las partes tengan claros los caminos por los que se ventilarán esta clase de procesos.

Al respecto la jurisprudencia colombiana manifiesta que:

“Antes de entrar en vigencia el actual Código de Procedimiento Civil (Decretos 1400 de 6 de agosto de 1970 y 2019 de 26 de octubre del mismo año), la prueba de la simulación era bastante limitada en consideración al contenido normativo del artículo 1767 del Código Civil, que a la letra decía: ‘No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito’. Al derogar expresamente el artículo 698 del Código de Procedimiento Civil, el artículo 1767 del Código Civil, y consagrar en los artículos 175 y 187 los principios de libertad probatoria y persuasión racional (sistema de sana crítica), respectivamente, el estatuto procedimental abolió la referida restricción y por contera amplió el panorama probatorio del fenómeno simulatorio, quedando así establecida no sólo la posibilidad de acudir a la prueba por documentos, generalmente contraescrituras privadas, sino, aún interpartes, a cualesquiera otros medios probatorios, entre ellos el testimonio y los indicios” (CSJ Colombia, Resolución 082-2001, Casación, p. 146).

Se ve que en Colombia se ha retirado la barrera de la necesidad de una prueba por escrito para la simulación, otorgando a las partes libertad probatoria, incluso se habla de una ponderación de medios procesales, dejando a un lado la de prueba escrita, que en materia de simulación es casi imposible conseguirla, dando valor probatorio a los testimonios, peritajes y demás pruebas que puedan ser aportadas para una facilidad procesal de las partes.

Ratificando el criterio de Cámara que dice:

“Los *terceros*, es decir, quienes no ha sido partes en el acto simulado –ni directamente ni por mandatario, no siendo tampoco

sucesores universales de los contratantes-, a fin de demostrar la simulación que para ellos no es más que un hecho, están facultados para emplear siempre la prueba testimonial y presuncional, por su imposibilidad de obtener una prueba literal” (1958, p. 194).

Ahora bien, una vez que se ha dejado claro que obligatoriamente los jueces deberán aceptar la prueba testimonial en un proceso de simulación, debemos señalar lo que puede aportar dicha prueba en el proceso, ya que tampoco sería aceptable que con un solo testimonio se quiera probar la simulación, esta prueba debe aportar varios indicios o sospechas, que vayan configurando la prueba.

Para Muñoz los indicios que resultan de la prueba testimonial son: a) los parentescos por afinidad o amistad que tengan las partes que intervinieron en el acto simulado; b) *causa simulandi*, es decir la motivación que tuvieron los simulantes; c) *retentio possessionis*, que es todo acto positivo o negativo de posesión del bien materia de la simulación el cual puede ayudar a evidenciar si se perfeccionó o no el acto; d) *subfortuna* son las situaciones económicas que tienen las partes ya sea de pobreza o riqueza, que ayudarán a entender la capacidad económica de los intervinientes para ver si pueden ser reales o no los contratos celebrados; y, e) *habitus* entendido como la personalidad moral y antecedentes del supuesto simulador (2011, p. 75).

Los testigos pueden comparecer al proceso en virtud que la simulación se ha realizado en su presencia, que sin ser parte del mismo evidenciaron los actos, personas que fueron llamadas a colaborar en la simulación pero que se negaron, personas que se llegaron a enterar por algún medio legal de la simulación.

3.2.3. Documental

Si bien hemos manifestado que en los procesos por simulación no se debe obligar al accionante a presentar una prueba documental directa que demuestre la simulación, existen ciertos documentos que pueden aportar

indicios para la comprobación de la simulación, por ejemplo comunicaciones recibidas.

El accionante puede agregar al proceso, informes emitidos tanto por entidades públicas como privadas que señalen ciertas características del acto que puedan considerarse como indicios, por ejemplo estudios realizados por las entidades de control pertinentes.

Esta documentación suele ser muy valiosa para la sustentación del juez, para que no se sienta inseguro de tomar una decisión favorable para la parte que acciona por simulación.

La prueba documental debe ser introducida por el que desea probar simulación de una manera inteligente, es decir para poder verificar el real valor de las cosas en el mercado, el modo o costumbre de las transacciones pertinentes al acto simulado.

Siempre estas pruebas deben ir guiadas a seguir la causa simulandi, para poder entender el clímax de motivación que tienen las partes para simular, una vez entendida la causa por la cual realizaron, será mucho más fácil seguir el rastro del acto simulado.

Así mismo, la prueba documental sirve para evidenciar los pasos que dieron los simulantes, para exponer al mundo el negocio simulado, quienes buscan que parezca real y tenga todos los supuestos efectos jurídicos.

3.2.4. Pericial

La simulación al ser muy elaborada, para no ser descubierta, conduce a que los medios por los que se realizó el acto simulado, sean muy difíciles de comprender para una persona común, esto en consecuencia que si bien es cierto el juez y el accionante de simulación, pueden interpretar la prueba de cierta manera, la innovación del ser humano es amplia, por tal virtud es necesario contar con profesionales que hagan un estudio pertinente y expliquen al juez de una manera simple como han sucedido las cosas, incluso para que tenga validez jurídica.

Así la prueba pericial

“es el medio por el cual personas ajenas a las partes, que poseen conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o profesión, y que han sido previamente designadas en un proceso determinado, perciben verifican hechos, los ponen en conocimiento del juez, y dan su opinión fundada sobre la interpretación y apreciación de los mismos, a fin de formar la convicción del magistrado, siempre que para ello se requieran esos conocimientos” (Arazi citado en Kielmanovich, 2010, p. 573).

Al momento de simular puede que existan rastros de comunicaciones electrónicas, por vía correo y otros medios electrónicos que tenemos a disposición hoy en día, es por tal motivo que es importante que se plantee un análisis de las comunicaciones que tuvieron las partes, sin lugar a duda, los demandados se negarán y argumentarán que es información privada, si bien es cierto es un derecho tutelado, indica otro indicio de mala fe al tener una conducta pasiva dentro del proceso.

Si llega a existir una apertura por parte del demandado a acceder a la información electrónica que pueda existir es necesario que se realice un peritaje informático para que dicha documentación sea plasmada en un documento por medio de un perito debidamente acreditado por los entes de control y que el mismo sea nombrado por el juez.

Pueden existir diversos exámenes periciales, que pueden otorgar indicios como análisis contables, libros de comercio entre otros.

Este tipo de prueba, es una herramienta importante, ya que por medio de expertos en las diversas materias, el juez va a poder determinar la verdad procesal buscada, ratificando así Mosset (2001) que éstos “serán lo que mejor contribuya a fijar los indicios sobre la *causa simulandi, affectio, retentio possessionis, habitus, tempore suspecto*, etcétera” (p. 315). Indicios que serán analizados más adelante.

3.3.- Indicios y Presunciones.

Conocida es la confusión doctrinaria entre estos dos temas que se llegan a confundir y muchos piensan que se habla de lo mismo, si bien es cierto los dos temas son complementarios, no son lo mismo.

Por ejemplo:

“en cuanto a la identidad entre indicio y presunción es necesario admitir que los dos tienen una relativa diversidad inicial: el indicio es la causa (el hecho conocido), y la presunción el efecto (o sea el conocimiento del hecho antes ignorado); pero esto no impide que, en esencial, las dos palabras sean sinónimas” (Lessona citado en Núñez, 2008, p. 124).

Según este criterio, las presunciones y los indicios son sinónimos, criterio que no se comparte, si bien es cierto que guardan relación muy íntima, no son lo mismo.

Rivera (2009) manifiesta que:

“La presunción se basa en un hecho general, por tanto, en el razonamiento se aplica el método deductivo, de lo general a lo particular, por ejemplo, la presunción de paternidad. Nótese que se parte de una generalidad, mas no del caso particular. Ha sido construida con base de la experiencia humana sobre la base de la repetición constante de unos hechos que nos permite establecer una hipótesis de verosimilitud sobre una situación general. Por ello, siempre que establece una presunción, se dice "salvo prueba en contrario". Por el contrario, el indicio parte del hecho particular: la huella, el rastro de sangre, de semen, etc., y de allí se construye, mediante el razonamiento dialéctico otro hecho particular desconocido. No es un hecho general, es específico y propio de cada caso particular” (párr. 1).

De lo manifestado y al encontrar diferencias entre ambas figuras, se estudiará cada una de éstas, con sus respectivos lineamientos acerca de la simulación.

Sin perjuicio de lo manifestado, hay que analizar en la ventajas que trae éste tipo de pruebas en las acciones por simulación, planteando la interrogante sobre cómo es que una prueba indirecta en materia civil puede convertirse en una prueba que sustente la decisión judicial de declaratoria de simulación.

Cámara manifiesta que este tipo de prueba para que tenga carácter de válida debe ser plena y convincente, para que no se tenga duda de lo razonado por medio de estas pruebas indirectas (1958, p. 198).

Para que esta prueba llegue a convertirse en una prueba completa debe ser “liquidísima por el concurso de muchas conjeturas imperfectas, pero simultáneas, cuya graduación es la prudencia y circunspección de los magistrados” (Levaggi citado en Kielmanovich, 2010, p. 658).

Efectivamente la prueba indirecta o más conocida como indiciaria, es el producto de la razón lógica, para poder llegar a una deducción de un simple hecho a otro que conduzca a la verdad de los reales hechos, ya que todo está vinculado entre sí.

3.3.1. Indicios

Lo primero que debemos definir es qué se entiende por indicio, Dellepiane (2008) define al indicio como: “Es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia, y, en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido” (p. 51).

La prueba por indicios viene determinada por el conjunto de todas las pruebas, que si bien es cierto que parten de diferentes puntos, por medio de la deducción se llega a determinar lo que se quiere probar, estos indicios deben ser coincidentes para que lleguen a constituir prueba, entre más puntos de partida se tenga mejor será el resultado de la prueba indiciaria ya que tendremos más elementos que fundamenten lo alegado, siempre teniendo en cuenta que los indicios no deben estar dispersos, su analogía se debe hacer en conjunto.

En la acción de simulación se debe buscar indicios, siendo prioritario la causa *simulandi*, que es el ánimo por el cual las partes motivaron la celebración del acto simulado, una vez que se entienda la misma, se podrá partir hacia diferentes puntos.

Esta prueba debe tener dos fines dentro del proceso “darle al juez por sí sola la convicción plena sobre los hechos o contribuir a ese resultado en concordancia con otras pruebas” (Davis Echandía citado en Kielmanovich, 2010, p. 665).

Con frecuencia la prueba indiciaria es mal vista por los doctrinarios, incluso se llega a considerar como pruebas especiales que no son vinculantes como las pruebas comunes como la testimonial, documental o pericial; no se comparte ese criterio ya que consideramos que con una prueba indiciaria bien planeada se puede llegar a la certeza de los hechos.

Ratifica el criterio Döhring al decir que muchas veces la prueba indiciaria es considerada de escasa importancia, esto ocurre debido a que las partes litigantes o el juez ni siquiera se percatan de ésta, ya que la prueba indiciaria solo se puede obtener por medio de la deducción, incluso llega a manifestar que la mejor manera de resolver un proceso cuando está en tela de duda la voluntad de las partes, es la prueba indiciaria (2007, pp. 299-300).

Muñoz ratifica que al practicar prueba indiciaria se debe rechazar cualquier tasación de las pruebas, debe tener el mismo peso y ponderación que la prueba común, no debe existir ningún tipo de discriminación entre una clase y otra (2011, p. 64).

Esta discriminación que habla Muñoz se ve plasmada en la poca aceptación que tienen los jueces para definir su criterio por prueba indiciaria, manifestando que más fuerte es la validez de una escritura pública a la suma de indicios que puedan existir dentro del proceso, o al considerar que la confesión judicial del demandado es más fuerte que la duda que se ha generado dentro del proceso.

Ahora bien como hemos dicho en varias ocasiones los indicios servirán para tratar de resolver la causa *simulandi* pero además de esto nos debe conducir a

los conocidos indicios endoprocesales en donde se valorará la actitud procesal que tenga el demandado, al tratar de cerrar por todo medio o cautelosamente ser descubierto, por ejemplo negándose a realizar o entregar pruebas a las que solo tiene alcance el mismo.

De lo dicho hay varios ejemplos, Kielmanovich trae que para mejor entendimiento:

“el demandado que se rehúsa someterse –sin causa justa- a una pericia genética correctamente dispuesta en el proceso, a raíz de la cual podrá establecerse o excluirse la paternidad invocada con un altísimo grado de certeza, sin duda que lo hace guiado por el temor” (2010, p. 668).

También hay que referirse a los indicios pragmáticos que son analizados en la realidad del acto, por ejemplo el análisis económico que se realice a las partes de su capacidad de pago o endeudamiento, así como la entrega de la cosa, pasando por el tema de la posesión con relación al ánimo de señor y dueño; estos indicios pragmáticos son la cara oculta de la moneda y de los que se necesita mantener en secreto para que no se descubra el acto simulado.

Núñez habla de requisitos mínimos que deberán tener los indicios para ser considerados como prueba los cuales son que el indicio debe ser asertivo, que debe existir una deducción del hecho desconocido y que éste debe ser analizado lógicamente y finalmente que estos indicios deben tener concordancia entre sí, para que tenga coincidencia entre todos y se pueda llegar a una reconstrucción más cercana de los hechos desconocidos u ocultos (2008, p. 128).

En conclusión, en simulación es importante la prueba indiciaria, misma que es el camino adecuado por el que se debe transitar en un proceso de simulación, siendo los indicios resultados lógicos del análisis de toda la prueba que se pueda aportar, que parten de diferentes puntos y siempre llegarán al mismo para poder descubrir el acto simulado, indicios que deberán tener concordancia entre sí y no deben discrepar, para que con ello el juez forje su criterio y valore dicha prueba a favor del que alega simulación.

3.3.2. Presunciones.

Conocida es la presunción en el Derecho, las presunciones son:

“la inducción de la existencia de un hecho desconocido de un conocido, basada en el presupuesto de que debe ser verdadero en el caso concreto lo que suele serlo de ordinario en mayor parte de los casos que entra aquel hecho desconocido” (Coviello citado en Núñez, 2008, p. 128).

A esta definición se la debe agregar la señalada por Planiol la cual dice:

“la presunción como medio de prueba resulta de un razonamiento por el cual de la existencia de un hecho reconocido ya como cierto, según medios legítimos, se deduce por el legislador en general, o por el juez en el caso especial del pleito, la existencia de un hecho que es necesario probar” (citado en Lessona, 2006, p. 12).

Sin embargo según lo manifestado por Lessona, se debe añadir que el hecho que se quiere probar, que sea basado en una presunción puede ser un simple hecho, un derecho o una voluntad, apoyándose el mismo en el criterio de Gabba (Lessona, 2006, p. 12).

Criterio que no se comparte, debido a que en materia de simulación, lo que se busca en ciertas ocasiones es probar un solo hecho, mismo que, conjuntamente con los otros medios probatorios que se agreguen al proceso, lleguen a formar el criterio del juez que el acto impugnado ha sido simulado.

Por su parte Coronel dice que “son un medio de prueba legal que basta para dar plenamente establecida la Simulación” (1989, p. 171).

El Código Civil, lo que se considera como presunción:

“Se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no

existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias” (Código Civil, 2005, art. 32).

Es decir, las presunciones se clasifican por legales y judiciales, legal es la que se presume por orden legal o constitucional, y la judicial que también es conocida por como de “hombre”, es la que realiza un juez por medio de una operación mental de lógica, que junto a la sana crítica llega a considerar que existe una presunción de un acto, mismo que no se puede probar por una prueba directa, que en nuestro caso es fundamental para poder probar la simulación (Lessona, 2006, pp. 12-13).

Para mejor entendimiento se ampliará más estos temas, especificando las presunciones que en Derecho se puedan obtener.

3.3.2.1. Presunciones legales

La presunción legal es la figura del derecho, que establece que en un proceso judicial, se entenderá como cierto a algo, sin necesidad de probarlo, cuando la normativa así lo manda. Dentro de esta clasificación a su vez existe las presunciones legales absolutas y las presunciones legales relativas, siendo la primera una presunción que no acepta prueba en contrario, es decir las partes involucradas no podrán alegar ni excepcionar acerca de esta, diferenciándose con la segunda en la que si se acepta prueba en contrario, sin perjuicio de siempre establecerse como cierta la presunción hasta que no se pruebe lo contrario.

El siguiente artículo es un ejemplo de cómo la legislación establece una presunción legal:

“Art. 312.- Presunción de conocimiento.- Se presume de derecho que las leyes penales tributarias son conocidas de todos. Por consiguiente, nadie puede invocar su ignorancia como causa de disculpa, salvo el caso de que la transgresión de la norma obedezca a error, culpa o dolo, o a instrucción expresa de funcionarios de la administración tributaria” (Código Tributario, 2005, art. 312).

En este ejemplo, la legislación deja en claro que ninguna persona puede alegar que no conocía la ley, ya que se presume de derecho que la Ley es conocida por todos, dejando a salvo ocasiones en las que se pueda alegar la no responsabilidad de un acto, considerándose ésta una presunción legal, debido a que acepta prueba en contrario.

La presunción legal es un medio de prueba, que siendo real el legislador ha introducido en la normativa y que el juez deberá aplicarla de manera obligatoria en sus fallos, quitando la discrecionalidad de aceptar o no esta presunción, diferenciándose de la presunción simple, que deja carta abierta para que el juez por medio de su ejercicio lógico, no tome en cuenta dicha presunción simple.

Por lo tanto para Lessona, dentro de un proceso:

“quien invoca la presunción legal no debe probar el hecho que está presumido por la ley. Pero esta regla no debe ser sacada de su cauce o mal entendida. Quien invoca la presunción legal debe probar que existen los hechos sobre los que la ley funda la presunción” (2006, p. 56).

Núñez (2008) afirma lo dicho al manifestar que: “vale la pena acotar que cuando se trata de presunción legal la doctrina ha discutido la exigencia, por parte del interesado, de acreditar los hechos que le favorecerán a arribar a tal presunción” (p. 130).

Es decir que lo que interesa, si en algún determinado momento, la legislación ecuatoriana se refiere a presunciones legales en materia de simulación, lo que

debe tener en cuenta el accionante es que no debe probar en si la presunción, sino introducir dentro del proceso los hechos que interesen para que se configure dicha presunción, es decir todos los elementos del tipo presuncional, para que se llegue a configurar la presunción legal.

3.3.2.2. Presunciones simples o judiciales.

Las presunciones simples son aquellas que nacen del criterio del juez instaurado en los fundamentos de hecho y de derecho que se han introducido en un proceso, que mediante un establecimiento lógico de los hechos, llega a otro desconocido, siempre teniendo que ésta es considerada como prueba válida.

En lo que nos concierne, este tipo de presunciones son las más relevantes, debido a la complejidad probatoria en un proceso de simulación, en donde nuestra legislación no ha establecido las presunciones legales en simulación.

Tiene la gran diferencia este tipo de presunciones judiciales con las legales, en consecuencia que en las legales no existen sin la reserva de ley, es decir *sine lege*, mientras que en presunciones simples se pueden dar en todo momento, siempre y cuando las pruebas sean válidas, sumando la habilidad del litigante, para poder llegar a la conclusión que el acto es simulado debido a que los hechos aportados se relacionan y se presume que se ha simulado.

Durante la elaboración de este estudio se ha publicado en el Registro Oficial el Código Orgánico General de Procesos, el cual determina con claridad lo que implica una presunción judicial, el cual dice:

“Art. 172.- Presunción judicial. Los actos, circunstancias o signos suficientemente acreditados a través de la prueba y que además sean graves, precisos y concordantes, adquieren significación en su conjunto cuando conducen unívocamente a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias expuestos por las partes con respecto a los puntos controvertidos. Por lo tanto, la o el juzgador puede resolver la controversia sobre la base de estas

conclusiones que constituyen la presunción judicial” (Código Orgánico General de Procesos, 2015, art. 172).

Estas presunciones deberán ser establecidas según manda el Código Civil: “Art. 1729.- Las presunciones son legales o judiciales. Las legales se reglan por el artículo 32. Las que deduce el juez deberán ser graves, precisas y concordantes” (Código Civil, 2005, art. 1729).

La habilidad del litigante deberá consistir en establecer todos los elementos probatorios, ya sean pruebas directas o indirectas, que lleguen a ser precisas y concordantes, para determinar el verdadero acto que quisieron los simulantes, esto se refiere a que las pruebas tengan que ver unas con otras, que los indicios o pruebas indirectas se conecten entre sí.

Es importante que el litigante junte todo tipo de pruebas que aporten conexiones entre si, realizando vínculos lógicos de una con otra, para así llegar al ánimo de convencimiento del juzgador, no bastaría solo con introducirlas en el proceso judicial.

Es importante acotar los criterios de Muñoz Sabaté y Mosset los cuales dicen que no hay que subestimar la habilidad e inteligencia del que simula, suponiéndola a un nivel demasiado primitivo, cuando es al contrario, los intervinientes en el acto simulado generalmente saben lo que hacen con el fin de eludir y por eso enfatizará al enmascararlo, manifiestan que entre más dinero se esté jugando en un negocio simulado, más herramientas se usarán para ocultarlo (2001, p. 317).

De aquí que viene la necesidad que en el juicio de simulación se acepte la prueba indirecta, en donde el que quiere probar simulación generalmente se ve imposibilitado de probar ciertamente lo que afirma, ya lo ha manifestado la jurisprudencia argentina, que a efectos de probar la simulación, debe realizarse por prueba indirecta, en donde las presunciones adquieren un carácter fundamental, en cuanto el demandado por simulación, tiene la obligación de presentar pruebas de descargo, dando a la luz todos los elementos que tenga en sus manos para así no dejar ninguna duda que su negocio jurídico es

verdadero y real, ya que el actor del proceso aporta indicios capaces de generar presunciones que tengan gravedad, precisión y concordancia; en el juicio automáticamente se invierte la carga de la prueba en contra del demandado (CNC, Sala H, citado en Mosset, 2001, p. 317).

Sin embargo, no hay una fórmula exacta de cómo se debe valorar la prueba indirecta, todo dependerá del criterio del juez, según Kielmanovich (2010) “por ser su obra una operación mental de interpretación de los hechos y de reconstrucción sobre datos fragmentarios” (p. 668).

3.3.3. Conclusiones sobre los indicios y las presunciones.

Generalmente existe confusión al considerar que los indicios y las presunciones tienen el mismo significado jurídico, una vez que hemos expuesto las características particulares de cada término, podemos llegar a determinar las diferencias, citamos el criterio de Carnelutti, el cual establece que el indicio supone un análisis inductivo y la presunción uno deductivo (citado en Núñez, 2008, p. 132).

Esto nos lleva a determinar que el indicio por si sólo no es una prueba que apoye al magistrado en su dictamen en un proceso por simulación, Muñoz (2011) manifiesta que “la principal labor probatoria habrá de consistir en ir fijando en autos los diversos indicios sobre los cuales se asiente aquella inferencia” (p. 63).

Este proceso requiere de empleo de múltiples instrumentos probatorios que deberán ser introducidos en el proceso, de lo cual se desprende que toda fórmula de prueba en un proceso por simulación, esté inmersa de instrumentos e indicios, y éstos para desencadenar la presunción (Muñoz, 2011, pp. 63-64).

Debe existir proceso deductivo sumando la experiencia y la sana crítica del juez, en el cual se llegará a establecer una presunción judicial, misma que será usada como prueba válida para la declaración de simulación.

3.3.4. Exposición Semiótica

La doctrina ha establecido los presupuestos más comunes y repetidos por los cuales el litigante interesado en probar una simulación, deberá tomar en cuenta en la prueba de una acción de simulación.

3.3.4.1. *Necessitas*

Este indicio *necessitas* ha sido ligado a la *causa simulandi*, ambos se relacionan, en el indicio que ahora se estudia, se acata sobre la motivación del acto aparente, es decir el acto por el cual las partes ocultaron su real voluntad, en cuanto a la *causa simulandi* lo que se busca es probar la motivación de la falsedad.

Necessitas lo que busca es verificar si este negocio aparente es real, tiene existencia jurídica, si ha causado efectos jurídicos entre las partes.

Para mejor entendimiento acogeremos lo dicho por Mosset

“Mientras la *causa simulandi* intenta explicarnos el motivo de la falsedad del negocio aparente, el indicio *necessitas* busca explicarnos su veracidad, su existencia real. Del fracaso de esta explicación, de la carencia de una necesidad a satisfacer con el negocio impugnado, se extrae un dato simulatorio” (2001, p. 320).

Muñoz para explicar la connotación de este indicio, dice que el mismo opera bajo el amparo de la siguiente pregunta: “¿qué necesidades trataban de satisfacer los contratantes?” (2011, p. 103).

La doctrina establece que generalmente las personas al realizar negocios jurídicos el fin que tienen es económico, entonces al no poder justificar la necesidad de las partes en realizar el negocio impugnado, se configuraría el indicio *necessitas*.

Por su parte el mismo Muñoz, cita a fallos argentinos, los cuales manifiestan que en un proceso judicial, un deudor no ha justificado la necesidad de contraer una obligación, puesto que éste no ha realizado ningún acto con el desembolso

de dicha obligación. Otro ejemplo que menciona es la posición económica de un interviniente en el acto simulado no justifica la necesidad de enajenar todo su patrimonio en un solo acto (2011, p. 104).

Este indicio lo que busca es dar a la luz la necesidad que tuvieron las partes para celebrar el negocio, para ejemplificar podemos decir que si una persona tiene saldadas todas sus deudas, tiene un patrimonio suficiente para vivir dignamente e incluso si mantiene una fortuna, no tiene la necesidad de volver a endeudarse o vender su patrimonio, algunos críticos a esta postura, manifiestan que los que realizan esta clase de negocios pueden invertir para mejorarlo.

Sin embargo, creemos que es la excepción de la regla debido a que si no se justifica dentro del proceso, la motivación que tienen las partes para realizar el negocio aparente, resultaría un indicio contundente, como hemos manifestado lo que busca esta investigación, es ver si el negocio aparente es real.

Con relación a este indicio, hay que analizar la conducta procesal que tome el demandado, si afirma que el negocio es real, estaría en la obligación de probarlo y el silencio sumaría otro indicio a favor de la otra parte.

3.3.4.2. *Omnia bona*

Este indicio va dirigido hacia el análisis de las ventas totales del patrimonio del simulante, así como la elección del bien más favorable ya sea sentimental o económico, generalmente lo que se trata de buscar es la insolvencia, perjudicar a legatarios o evadir impuestos.

Es importante señalar que este indicio va de la mano con el *necessitas*, debido a que se convierte en una tarea mucho más difícil explicar al demandado, la razón de deshacerse de la totalidad de sus bienes, de un momento a otro en el caso de la que la venta sea total, y en el caso que la venta sea de un determinado bien valioso, explicar por qué no usó bienes de fácil venta y acceso, por ejemplo explicar por qué no uso el dinero en efectivo en lugar de vender un bien inmueble, considerando el tiempo que demora la tradición de

los bienes inmuebles, por las solemnidades exigidas, además de los tributos a pagar por el negocio.

Núñez menciona un ejemplo obtenido de un proceso judicial en Perú, el cual resumimos a continuación:

El ejemplo habla sobre las decisiones realizadas por un Cura, el cual en vida quería repartir su herencia a sus cinco hijos en partes iguales, con el fin de evitar futuras peleas, para lo cual, en lugar de realizar contratos de donación, decide celebrar compraventas, lógicamente simuladas entre él y sus hijos. Con el paso del tiempo y la mala conducta de sus hijos decide acudir a la justicia, para la cual la Corte Suprema de Perú, declaró simulado los contratos apoyándose en: a) Las ventas se habían realizado a menores de edad; b) Las ventas a sus hijos tenían un precio muy bajo; c) Las características de los bienes enajenados eran muy diferentes y el valor era el mismo para todos los bienes; d) Se acreditó simulación en consecuencia que los supuestos compradores al momento de suscribir el contrato no acreditaban una solvencia que justifique el pago de los bienes; e) El vendedor pagó la totalidad del impuesto a la alcabala, a pesar que la legislación obliga el pago de este rubro a los compradores; f) Las escrituras manifiestan que el dinero para pagar por los bienes provienen de los padres de los vendedores; y, g) En cada contrato de compraventa se establece que el vendedor va a continuar ejerciendo la posesión y el usufructo (Núñez, 2008, pp. 151 – 152).

Como se puede analizar, en el ejemplo se puede observar que el indicio *Necessitas* va de la mano con *Omnia bona*, al no tener la necesidad de vender por parte del cura todos sus bienes a los hijos, así como sus legatarios no tendrían necesidad de adquirir bienes que en algún tiempo serían suyos.

3.3.4.3. *Affectio*

Para Muñoz el *affectio* es producto de “Las relaciones familiares, de amistad, dependencia, negocios o de otro modo vinculativas entre el simulador y su cómplice generan el indicio *affectio*” (2011, p. 119).

Al momento que los que intervienen en un negocio simulado, pactan dar a la luz un negocio aparente pero conservar o hacer válido el negocio realmente querido, con esto el que esté interesado en una simulación, deberá asegurarse que las cosas no se le salgan de control, por ejemplo que mantenga los bienes en su posesión o que no se ejecuten los contratos aparentes.

De tal modo que buscan personas cercanas, por medio de las cuales aseguren que sus intenciones van a ser cumplidas y no corran riesgos.

Este indicio por si solo no es una prueba, debe ir atado a todos los indicios posibles, sin embargo es considerado como uno de los más comunes en los negocios simulados, por la necesidad de los simuladores de mantener el negocio realmente querido, para ello siempre buscan personas que estén atados a ellos para poder tener el control de las cosas, lo que no sucedería con alguien que no tenga confianza o sea un completo desconocido.

Es decir, que los intervinientes en un negocio simulado, tengan lazos de amistad o familiar, configura por si solo este indicio, por la confianza recíproca que se tienen los simulantes para lograr sus fines sin ningún contratiempo.

3.3.4.4. *Notitia*

Al analizar los elementos fundamentales de la simulación, ese encuentra que el acuerdo entre las partes, es un requisito indispensable, no se podría considerar que exista un negocio simulado sin este elemento, precisamente el indicio *Notitia*, se focaliza en el hecho que los simuladores tenían un claro acuerdo en que el negocio se va a realizar con otros fines al que se exterioriza y fue conocido por las partes.

Núñez establece que: “Este indicio se refiere al conocimiento contemporáneo que tienen el simulador y los partícipes de las maniobras simulatorias respecto a la enajenación o transferencia que precisamente son necesarias para la realización de la simulada” (2008, p. 155).

Muñoz se refiere a este indicio “al hecho del conocimiento concomitante de los simuladores en orden a la ficción del negocio jurídico, y más concretamente, al conocimiento por parte del cómplice” (2011, p. 130).

De tal modo que en este indicio se identifica que los simulantes estaban en pleno conocimiento de lo que estaban realizando, diferenciándose de las demás figuras que ya han sido analizadas en el presente trabajo como los contratos viciados por error o dolo.

3.3.4.5. *Habitus*

El *habitus* es un indicio muy controversial, es considerado como un indicio que debe ir ligado obligatoriamente con la causa *simulandi y necessitas*. Se debe definir en primer lugar al término.

Para Muñoz el *habitus* son todos los antecedentes tanto judiciales como extrajudiciales que tenga el acusado por simulación, diferenciando al *habitus* del modo penal en el cual se considera como reincidencia o agravante, el autor explica que se trata de una habituación significativa (2011, pp. 134 – 135).

Por su parte Mosset dice que el *habitus* es “La conducta pretérita de naturaleza simuladora, e incluso cualquier tipo de conducta antisocial o antijurídica, es un indicio que debe valorarse dentro del cuadro presuncional general” (2001, p. 325).

Sin embargo, no es suficiente investigar los antecedentes del demandado con relación a los procesos judiciales seguidos en su contra, ya que en cualquier momento un simulante, puede ejecutar un negocio simulado, en razón de sus necesidades de esa situación.

Al respecto, Muñoz (2011) manifiesta que se debe acudir como refuerzo a algo más fuerte que los procesos judiciales, esto es la habitualidad del individuo debiendo analizar su moralidad y su temperamento (p. 136).

Este tipo de indicios ha tenido suficientes críticas, las cuales han ido dirigidas a que no se puede juzgar a las personas por sus antecedentes judiciales,

considerar que una persona que ha simulado en una ocasión, siempre lo va a hacer, hacerlo se consideraría que se ejecuta la tesis de Cesare Lombroso, se diría que el que simuló una vez no va a poder parar de simular hasta el fin de sus días.

No se ve coherente que, este indicio se analice por ese camino, en razón que las circunstancias de edad, condición social e incluso experiencia influyen en el comportamiento de las personas.

Sin perjuicio, tampoco se está diciendo que este indicio no debe ser inadmitido a la hora de formar el criterio del juez, al contrario, a pesar de ser un indicio muy delicado por los derechos que pueda tutelar como analizar los antecedentes de una persona.

El Código Orgánico General de Procesos establece que:

“Art. 160.- Admisibilidad de la prueba. Para ser admitida, la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicará según la ley, con lealtad y veracidad. La o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal” (Código Orgánico General de Procesos, 2015, art. 160).

Acorde a este artículo apoyándonos el criterio de Muñoz, el cual manifiesta que quizá uno de los temas más controversiales en este indicio es la admisibilidad dentro del proceso para que sea considerada una prueba válida, el autor nos dice que la prueba de la simulación siempre debe ir enfocada a un carácter presuncional y al ser ésta una materia difícil de probar, se debería aceptar cualquier conducta que relacione al descubrimiento del *habitus* (Muñoz, 2011, p. 141).

Se cree que si debe tomar en cuenta los antecedentes del demandado, en especial los procesos judiciales que ha sido sentenciado por simulación, se debe buscar las mismas características simulatorias, es decir que se debe analizar la causa *simulandi* y *necessitas* de esos negocios demandados, ya

que podrían aportar valiosamente al proceso cuando se traten de temas similares y muy parecidos.

Así se ha manifestado la jurisprudencia argentina al decir que “La misma simulación verificada en el juicio anterior constituye un indicio más que cabe añadir a todos los recordados, pues deja suponer una conducta general” (Muñoz, 2011, p. 134). Comenta Muñoz que no se trata de aplicar estos antecedentes como se lo aplica en el ámbito penal, como se tratare de agravantes o reincidencia, sino de inferir una habituación significativa (Muñoz, 2011, p. 134).

Para poner más claro este aspecto, se debe indagar si el simulante tuvo los mismos cómplices, el mismo proceder en cuanto a contratos, condiciones, tiempo, etc.; incluso se debe analizar el *necessitas* para poder vincular con el actual negocio impugnado ya que pueden ser los mismos.

Dichos aspectos ayudan al que investiga una simulación, sobre las pruebas que debe practicar en el proceso actual, en base a la experiencia obtenida en los otros procesos, y por los aspectos de la personalidad del simulante.

3.3.4.6. Character

El indicio *Character* es otra característica que tiene que ver con la personalidad del individuo simulador, que según Núñez “quizá aún más subjetivo que el *habitus*”, debido a que se debe valorar la experiencia del simulador, como su capacidad intelectual, su nivel de formación profesional así como se debe analizar los sentimientos (2008, p. 157).

A nuestro criterio *Character* va ligado también con la causa *simulandi*, en razón que se debe analizar el por qué la actuación del simulante, si va ligado a su carácter, personalidad, habilidad, profesión y como menciona Núñez a sus sentimientos sobre las personas involucradas en el acto.

Es importante investigar sobre el comportamiento general del simulante, por ejemplo cómo celebra contratos, con qué características, si guarda provisiones o resguardos, por ejemplo hipotecas, letras de cambio o cláusulas en los

contratos que le permitan asegurarse del fiel cumplimiento de los negocios que éste celebre.

Muñoz cita un fallo jurisprudencial del Argentina que dice: “Es sumamente sospechoso que firmara en blanco, porque como resulta de algunos testimonios, aquél ejercía un control directo sobre el movimiento de sus negocios y era muy desconfiado” (2011, p. 144).

Al respecto, se debe analizar si el simulante no tomaba precaución a la hora de celebrar un contrato y que de repente la actuación en este negocio impugnado sea completamente distinta, ya que el ser humano siempre tiene su propio estilo, es difícil que una persona cambie de manera de actuar porque si, en ese caso el demandado estará en la obligación dentro del proceso en probar el por qué de sus actuaciones, que necesidad tuvo para cambiar su *Character*; y, como ya se ha estudiado el silencio en la explicación, será un indicio más a favor del actor en el cuadro presuncional.

Muñoz recomienda que para que este indicio se considere fuerte y tenga eficacia, y para que llegue a constituirse en la clave de un arco presuncional, es necesario recurrir a una pericia técnica de un psicólogo, que por “exploración directa o por métodos clínicos ayude al juzgador a objetivizar y clarificar la comprensión del fenómeno” (2011, p. 146).

3.3.4.7. Interpósito

El interpósito se trata de un indicio “ocultativo que a su vez constituye una técnica de coartada para eludir generalmente el dato de la *affectio*” (Alciatus citado en Muñoz, 2011, p. 146).

Coaguila manifiesta que este indicio es “Testaferro, simulaciones en cadena” (2015, párr. 15).

El ánimo de simular hace que las partes intervinientes en los actos simulados, tomen todas las precauciones para no ser descubiertos, con este fin el indicio Interpósito busca descubrir una ocultación en la cual intervienen tres o más personas, para mejor entendimiento plantearemos el siguiente caso:

A es propietario de un bien llamado X, quiere mantener el dominio de X y realiza un contrato simulado con C (interpósito), generalmente este interpósito no tiene relación con el indicio affectio, debido a que se intenta distraer más, luego C realiza otro contrato con B (affectio), B es una persona que es ligada con el principal es decir A, con esto desvían la atención al momento de investigar una simulación.

Entonces, interpósito es un indicio por el cual se debe estudiar el destino final del negocio simulado, tratando de evitar ser descubierto por el indicio *affectio*, contrata a un extraño para que a su vez inmediatamente transfiera el bien materia del negocio, a la persona final que tendría un afecto con el simulante principal, llegando así a configurar el negocio simulado en dos actos.

3.3.4.8. Subfortuna

Subfortuna es un indicio que busca comprobar la incapacidad económica en los contratos simulados, que constituye un indicio fuerte que llevaría a una presunción, Muñoz (2011) al respecto dice que “el contrato comporta unas realidades económicas sin las cuales sólo habría perfección pero no consumación” (p. 153).

Es muy importante analizar la situación económica del comprador al momento de la suscripción del contrato, ya que se entiende que si adquiere algo, debe tener disponible dinero para hacer el pago o por lo menos deberá ser sujeto de crédito con una capacidad para poder obligarse en lo que refiere el contrato simulado.

Para Mosset “La falta de medios económicos en quien aparece como adquirente resulta uno de los indicios más frecuentes y de mayor elocuencia” (2001, p. 236).

Efectivamente, cómo podrían explicar los simulantes el pago del contrato simulado, los negocios simulados tienen la generalidad que protegen un fin económico, este indicio debe buscar el descubrimiento de la incapacidad para

lograr pagar y cumplir con las obligaciones supuestamente adquiridas en el contrato simulado.

Este indicio debe relacionarse también con la causa *simulandi y necessitas*, para explicar qué necesidad tenían los simulantes de celebrar un contrato, si el comprador no tiene la capacidad económica para pagar el valor del bien negociado, las partes simulantes suelen justificar este indicio con contratos en los cuales se acepta el pago en plazos largos, así mismo se cae este argumento porque nadie vende a un insolvente que no podrá cancelar las obligaciones, así como la expectativa que mejore su situación económica.

3.3.4.9. Movimiento Bancario

El dinero es el medio convencional del pago que hoy día utilizamos, más aún con el avance de la tecnología en donde se pueden hacer intercambios de dinero de una manera más fácil por medio de transferencias electrónicas, tarjetas de crédito incluso llegando ya al dinero electrónico; por tal motivo estos intercambios son realizados a través de instituciones del sistema financiero, en el cual se lleva un registro estricto de los movimientos.

Con las facilidades y seguridades que brinda el sistema financiero, mal podría decirse que aún se hacen pagos de grandes sumas de dinero en efectivo o que el dinero se mantiene en casa debido al peligro y a las incomodidades que esto generaría.

Según Muñoz (2011), este indicio siempre va vinculado al indicio de subfortuna (p. 170), en el cual se quiere demostrar que el comprador no tenía capacidad económica de realizar el pago al que supuestamente se obliga, esto se puede demostrar por las modificaciones contables que sufren las cuentas en las instituciones bancarias, en la fecha en la que se realizó el negocio simulado.

Si bien es cierto existe la posibilidad que uno de los contratantes mantenga su capital en efectivo, pero es poco creíble que él que reciba la suma de dinero no haga ningún uso en las instituciones bancarias de ese dinero, por lo menos si no lo usa por mucho tiempo (Muñoz, 2011, p. 168).

La clásica jugada de los simulantes para no ser descubiertos es depositar la suma en la cuenta del supuesto vendedor y con la otra mano sacarla retirar el dinero producto de ese negocio simulado, generando como dice Muñoz “una cierta similitud con la coartada del dinero circular y obliga al tribunal a un minucioso análisis de todo el historial de la cuenta” (2011, p. 171).

Como hemos manifestado, el demandado si aseguraría que el negocio jurídico es real y verdadero, fácil sería para él probar por medio de los registros financieros de las transacciones, en donde el silencio sería un indicio muy contundente.

Sin embargo, como manifiesta el doctrinario Muñoz, no hay que dejarse sorprender de la habilidad del simulante, en cuanto puede haber transferencias de dinero, pero hay que seguir el destino que se le dio a los dineros, juntando así este indicio con el interpósito, en donde el dinero pudo haber circulado por varias manos.

Al referirse que se mantiene en una acción civil, en donde el interesado en probar simulación no estaría en la capacidad de obligar a levantar un sigilo bancario para poder demostrar que no existieron estos movimientos o que el dinero fue devuelto, a pesar de dicho inconveniente, se debe apoyar con énfasis este indicio para poder traspasar la carga de la prueba al demandado si manifestare que el dinero producto del negocio si existió, fue lícito y además se generaron registros en las instituciones financieras.

Así lo afirma Núñez (2008) al decir “la carga de la prueba para liberarse de este indicio incumbe a los simulantes [...] El que alega fortuna para adquirir bienes y transferirlos, debe probarlo” (p. 164).

En simulación, al tener una prueba con cargas dinámicas, se debe lograr que el acusado de simulación, pruebe que se han realizado las transacciones, no en vano la jurisprudencia Argentina se ha manifestado al señalar que “por otra parte era relativamente fácil desde su punto de vista aportar por lo menos la prueba del movimiento de las cuentas bancarias que seguramente dado sus medios de vida y su profesión tenía abiertas” (Muñoz, 2011, p. 174).

Ratificando Mosset dicho criterio al decir que “Respecto de los movimientos bancarios, en los tiempos que corren, no hay comerciante, industria o profesional que no utilice estos servicios (...) La falta de movimiento bancario correlaciona muy bien con el indicio de subfortuna” (2001, p. 328).

3.3.4.10. *Pretium vilis*

El precio es conocido como el indicio *pretium vilis*, en el cual se considera un acto vil, al vender en un precio con un valor que no es real, es muy conocida esta clase de simulación, en especial cuando se quiere defraudar al fisco, al poner un valor que no corresponde al real.

La doctrina ha establecido que para hablar de este indicio, el precio debe ser inferior a la mitad del costo real del bien materia del negocio simulado.

El precio es entendido como el valor que se da a un bien para todo especie de contrapartida, incluyendo a la permuta (Muñoz, 2011, p. 178).

Para Núñez “Este indicio tiene como fundamento la desproporción del valor real de los bienes transferidos en un negocio simulado” (2008, p. 165).

Según Mosset, hay que poner atención a este indicio porque puede obedecer a otras poderosas razones, que tienen a eliminar otros indicios que podrían considerarse fundamentales para probar una simulación y tiene que ver con la capacidad económica del adquirente, considera así que debido a este precio miserable es más fácil demostrar la solvencia del comprador, ya que estos pequeños flujos de dinero pueden guardarse en la casa y no en los bancos, desvirtuando así el indicio de movimiento bancario (2001, p. 330).

El indicio debe ser valorado conjuntamente con el resto de indicios, puesto que por si solo no generaría una presunción de simulación, es más podría ayudar a los simulantes a desvirtuar ciertos indicios de importancia. Es importante que dentro del proceso judicial, se solicite que por medio del juez, se realice un examen pericial, con relación a un avalúo real que tiene el bien objeto de la simulación, para poder determinar así que el precio no ha sido verdadero.

3.3.4.11. *Pretium confessus*

Es un indicio importante con relación al pago del contrato impugnado, debido a que mantiene la investigación sobre los dichos en el contrato simulado, en la cláusula de pago, los simuladores suelen poner que el dinero materia del contrato ha sido recibido y aceptado al momento de la suscripción de la escritura, esto se considera como un indicio *pretium confessus*, declaraciones que se van en contra de los indicios ya enunciados como el de precio, subfortuna y movimiento bancario.

Al respecto Muñoz cita a la jurisprudencia Argentina: “Precio confesado no entregado a presencia de notario” (2011, p. 190).

Se debe vincular este indicio principalmente con el de movimiento bancario, debido a que los simulantes desean borrar todo vestigio para no ser descubiertos y manifestar en el contrato que el dinero se ha cancelado al momento de la suscripción, cuando se ve que en la práctica no es posible debido al riesgo que sería hacerlo además de las facilidades de hoy en día por la ayuda de la tecnología. Sería ilógico pensar que el comprador lleve a la notaría o donde se celebre el contrato la suma de dinero en efectivo.

Sin embargo, no hay que descartar que el pago se ha hecho en efectivo y a la celebración del negocio, pero ya generaría un indicio a favor del actor que el vendedor no acuda a una institución financiera a poner a buen recaudo su dinero, ya que manifestar que se tiene bajo el colchón, difícilmente es creíble en la actualidad.

3.3.4.12. Inversión

El indicio inversión tiene relación con el destino que tengan los recursos provenientes del negocio celebrado, es revisar el destino que dio el vendedor al pago hecho por el supuesto comprador, se cree que es un indicio que va vinculado con el movimiento bancario.

Este indicio debe ir guiado sobre

“el destino o paradero de la merced o prestación dineraria una vez en poder de su adquirente. Su significado semiótico surge cuando en autos no puede fijarse ninguna huella verosímil sobre dicho paradero, esto es, cuando por ejemplo el vendedor se encuentra sin posibilidades de justificar, no ya solamente el tránsito del precio, de manos del comprador a las suyas (cosa que en su caso ya habrán desvelado en su parte los indicios Movimiento bancario y Pretium confessus) sino, sobre todo, el posterior currículum de ese dinero que una vez ingresado en su patrimonio” (Muñoz, 2011, p. 205).

A pesar que pudo entrar el dinero al patrimonio del vendedor, se debe analizar los antecedentes de éste, para ver si fue real, así como si invirtió el dinero para su beneficio o simplemente nunca recibió nada porque no existió contrato o fue otro distinto al realmente expresado.

Hay que valorar este indicio cuando en el proceso, el demandado a pesar de afirmar que si ha recibido el dinero, no ha podido demostrar en autos el movimiento bancario, así como el destino que tuvieron los recursos.

Por su parte, Núñez (2008) manifiesta que no solamente hay que analizar el destino que se dio a los recursos producto del supuesto negocio, sino también evaluar los antecedentes que tuvo el dinero para precisar si el acto fue real o simulado (p. 169).

3.3.4.13. *Retentio Possessionis*

Cuando dos o más personas deciden celebrar un contrato, lo hacen con varios fines, uno de estos puede ser el conservar un bien en su poder, realizando compraventas en lugar de donaciones y otros casos ya vistos, generalmente buscan lograr sus fines pero siempre conservando el bien en sus manos.

Este indicio ataca sobre la falta de posesión que tenga el supuesto comprador o interviniente en el acto simulado, al nunca ser dueño y señor de los bienes que ha comprado.

Para Mosset “El incumplimiento de las obligaciones emergentes del negocio simulado, en general, y la persistencia del enajenante en la posesión de la cosa vendida, en particular, constituyen un indicio de primera magnitud” (2001, p. 332).

Sería poco usual que alguien compre un bien y no se cumpla con la tradición, al no entregar nunca la cosa o no reclamar por el cumplimiento de las obligaciones, así como nunca llegar a ejecutar el contrato, son serios indicios que el contrato es simulado, debido a que nada cambió en la posición del bien, por un lado el vendedor sigue en uso y goce del bien, mientras tanto el comprador no se ha hecho presente para usar sus atribuciones sobre el bien negociado.

Conocida la importancia de este indicio, de llegarse a comprobar sería lapidario para los demandados, se convertiría en una presunción tan fuerte que sería la base para la declaración de simulación, los simulantes como hemos estudiado, preparan los hechos para aparentar que el contrato es real, generando así muchos planes para no ser descubiertos en la no posesión del bien por parte del comprador.

Los planes que pueden realizar según Mosset puede ser

“alegar que el supuesto enajenante si bien sigue permaneciendo en la posesión de la cosa vendida, lo hace como apoderado, administrador o empleado del supuesto adquirente; aún cuando se muestre como administrador [...] pondrá más aún de resalto la insinceridad de la colaboración” (2001, p. 333).

Lo dicho se puede analizar en el caso de los contratos de compraventa simulados entre padre e hijos, en los cuales se pone una cláusula de uso y goce hasta la muerte del vendedor.

En el caso que los simulantes mencionen que el bien sigue siendo utilizado por el vendedor en razón de un contrato de arrendamiento, se deberá acudir inmediatamente al indicio movimiento bancario y demostrar el registro del pago

de los arriendos, así como las facturas que por Ley se debe emitir para el arrendamiento. En este caso, existiría no solo un negocio simulado, sino también lo instrumentarían a través de otro contrato simulado, que sería el de arrendamiento.

La falta de prueba sería considerada, como un indicio de completa contundencia a favor del actor.

3.3.4.14. *Tempus*

El indicio *Tempus* busca la investigación acerca del tiempo de los hechos, realizados para la consumación del negocio simulado, tratándose sobre todo de un indicio que podría generar en una presunción general de simulación, ya que se obtendría una sospecha por la duración y circunstancias del acto.

Se presenta este indicio por tres escenarios:

1. *Tempus coyuntural*, esta clasificación va dirigida sobre “la proximidad entre la simulación y el evento perturbador del patrimonio” (Núñez, 2008, p. 174). El indicio va recargado sobre la oportunidad que tengan los simulantes para realizar su acto, en consecuencia que ninguna persona que esté con una urgencia o oportunidad, va realizar un acto simulado para diversos fines.
Muñoz elabora un ejemplo en el cual se configuraría éste indicio “la suma ancianidad o la enfermedad grave del causante que haga preveer un cercano desenlace” (2011, p. 233).
2. *Celeritas*, se ve reflejado sobre la velocidad que tengan los simulantes para ejecutar el acto, dicha velocidad debe ser considerablemente mayor a la que se da normalmente en un acto verdadero, correlacionándose con la *causa simulandi* y el *tempus coyuntural*, citando al ejemplo de Muñoz, la velocidad con la que se realizan los contratos de donación debido a la inminente muerte del causante.
3. *Oculante*, indicio que subraya los hechos que en el tiempo el simulador oculta para que no pueda ser descubierto, Muñoz se refiere al “sigilo que debe procurarse todo simulador para mimetizar o

esconder ciertos aspectos de la operación que pudieran impedirla o desenmascararla” (2011, p. 243).

Con relación a este indicio, es importante analizar las circunstancias al momento de la celebración del acto simulado, por ejemplo la proximidad de fenecer un plazo legal para ejecutar ciertos actos, como es el caso ecuatoriano, en el cual se obligó a los propietarios de Instituciones Financieras, a vender todos los negocios de su propiedad que no tengan relación con la actividad financiera.

3.3.4.15. *Locus*

Si bien es cierto que este indicio no produce una axialidad suficiente para generar una presunción en la acción de simulación, debemos vincularlo con otros indicios para que tome importancia.

Locus se encuentra en la categoría de los indicios que buscan el ocultamiento de los hechos, va enfocado a la negación que el acto se publicite, por tal motivo los simulantes recurren a otros lugares de su domicilio a firmar los contratos en notarías lejanas.

Núñez (2009) manifiesta que

“la finalidad de los simuladores es ocultar el negocio jurídico simulado, estando a la espera del día en este sea público para, producir los efectos, El indicio locus tiene como característica el traslado a otra población para el otorgamiento de la escritura pública y otro documento oficial” (p. 175).

Se debe vincular este indicio con: *Affectio*, ya que pudieron ir a otros cantones o lugares lejanos a celebrar el negocio, debido a que un familiar era el Notario o la Autoridad Pública en esa jurisdicción (Muñoz, 2011, p. 245)

Así mismo se debe correlacionar con el indicio de Movimiento Bancario, si existiere un registro de movimientos producto del negocio simulado, se debe ver en qué localidad se efectuó dichas transacciones, argumentando en contra

de los simulantes sobre la necesidad que tuvieron para ir a otra jurisdicción a firmar el negocio, cuando las transferencias se las hicieron en su domicilio original.

4. La Simulación en el Ecuador

La actual estructura legal del Ecuador menciona a la simulación pero de una manera superficial, se indicarán los casos en los cuales está presente esta figura:

En el Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley Mercado de Valores, se regula sobre los contratos de fideicomiso, en el cual protege a terceros en cuanto el contrato haya sido simulado y da los tipos de acciones que se puedan impugnar en el ámbito judicial:

“Art. 123.- Acciones por contratos fraudulentos.- El contrato de fideicomiso mercantil otorgado en fraude de terceros por el constituyente, o en acuerdo fraudulento de éste con el fiduciario, podrá ser impugnado judicialmente por los interesados, mediante las correspondientes acciones de nulidad, simulación o cualquiera otra prevista en la ley, según el caso; sin perjuicio de la acción y responsabilidad penal a la que hubiere lugar” (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014, art. 123).

Así mismo, nombra a la simulación en los procesos de titularización:

“Art. 144.- De la transferencia de dominio.- La transferencia de dominio de activos desde el originador hacia el patrimonio de propósito exclusivo deberá efectuarse a título de fideicomiso mercantil, según los términos y condiciones de cada proceso de titularización. Cuando la transferencia recaiga sobre bienes inmuebles, se cumplirá con las solemnidades previstas en las leyes correspondientes. La Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera determinará los casos específicos en los cuales la transferencia de dominio de activos desde el originador hacia el patrimonio de propósito exclusivo podrá efectuarse a título oneroso. A menos que el proceso de titularización se haya estructurado en fraude de terceros, lo cual deberá ser declarado por juez competente en sentencia ejecutoriada, no podrá declararse total o parcialmente,

la nulidad, simulación o ineficacia de la transferencia de dominio de activos, cuando ello devenga en imposibilidad o dificultad de generar el flujo futuro proyectado y, por ende derive en perjuicio para los inversionistas, sin perjuicio de las acciones penales o civiles a que hubiere lugar” (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014, art. 144).

En la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador en la cual se reforma el Código Tributario, hace mención a la simulación en el concepto de defraudación al fisco:

“Art. 29.- Sustitúyase el Art. 342 por el siguiente: "Art. 342.- Concepto.- Constituye defraudación, todo acto doloso de simulación, ocultación, omisión, falsedad o engaño que induzca a error en la determinación de la obligación tributaria, o por los que se deja de pagar en todo o en parte los tributos realmente debidos, en provecho propio o de un tercero; así como aquellas conductas dolosas que contravienen o dificultan las labores de control, determinación y sanción que ejerce la administración tributaria” (Ley Reformatoria para la Equidad del Ecuador, 2007, art. 29).

En la reciente Ley Orgánica para el Fortalecimiento Optimización del Sector Societario y Bursátil, reforma la disposición tercera de la Ley de Compañías, con el fin de resguardar los derechos de posibles terceros perjudicados por el abuso de la personalidad jurídica, por medios como la simulación, hace responsable no solamente a los administradores de la compañía sino también a los socios de ésta, incluso a quienes hayan ordenado dichos actos que van en contra de terceros:

“Art. 144.- Añádase las siguientes disposiciones generales en la Ley de Compañías: "TERCERA: La compañía de comercio goza de personalidad jurídica propia, y en consecuencia, constituye un sujeto de derecho distinto a sus socios.

Sin embargo, esa distinción no tendrá lugar ni será oponible en caso de comprobarse judicialmente que el contrato social fue celebrado para violar la ley, el orden público o la buena fe; para encubrir la consecución de fines ajenos a la compañía; o como mero recurso para evadir alguna exigencia o prohibición legal, mediante simulación o fraude a la ley, o por cualquier otro medio semejante, siempre que de ello se derivaren perjuicios a terceros. Lo antedicho se extenderá a todas las modificaciones al contrato social referidas en el Art. 33 y a cualquier actividad de la compañía que, con iguales propósitos y medios, perjudicaren derechos de terceros. Los perjuicios sufridos por cualquier abuso de la personalidad jurídica de la compañía, en los términos previstos en el inciso anterior, se imputarán directa y personalmente a la persona o personas que se hubieren aprovechado o se estuvieren aprovechando de la simulación o del fraude a la ley, o de cualquier otro medio semejante, para ocultar o encubrir su interés o participación en la compañía o en su patrimonio, o en los actos o contratos que hubieren ocasionado o estuvieren ocasionando los perjuicios supradichos. En la sentencia en que se declare la inexistencia de la distinción a que se refiere el primer inciso, es decir, en que se declare la inoponibilidad de la personalidad jurídica se dispondrá que, de ser posible, las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la simulación, del fraude a la ley o de cualquier otra vía de hecho semejante, y que los responsables de los perjuicios respondan personal y solidariamente por éstos, mediante la correspondiente indemnización; pero en todo caso se respetarán y no podrán afectarse los derechos adquiridos por terceros de buena fe. En general, por los fraudes, simulaciones, abusos o vías de hecho que se cometen en perjuicio de terceros, a nombre de una compañía o valiéndose de ella, serán personal y solidariamente responsables, además de los señalados con anterioridad en este artículo, quienes los hubieren ordenado o ejecutado. También serán

personalmente responsables los tenedores de los bienes respectivos, para efectos de su restitución, salvo los que hubieren actuado de buena fe" (Ley Orgánica para el Fortalecimiento Optimización del Sector Societario y Bursátil, 2014, art. 144).

La Ley de Abono Tributario dice que:

"Art. 18.- El acto de beneficiarse indebidamente del abono tributario mediante la falsa declaración en cuanto a: origen, valor, cantidad, clasificación arancelaria, naturaleza o destino de la mercancía; simulación, ocultamiento, y otros procedimientos que se efectúen con el propósito de obtener un valor de abono tributario mayor del que correspondería legalmente sin perjuicio de la responsabilidad penal correspondiente, será sancionado administrativamente por el Director del Distrito de Aduana por donde se realizó la exportación, con una multa equivalente a 3 veces el valor indebidamente obtenido o que se pretendía obtener y la cancelación definitiva de los beneficios conferidos en esta ley" (Ley de Abono Tributario, 1979, art. 18).

Acorde a las citas expuestas, se puede decir que si bien es cierto que la normativa ecuatoriana se refiere en pocos casos a la simulación, solo expresa sobre las sanciones que se darían si la simulación sería declarada, como es el caso de las leyes tributarias o del mercado bursátil señaladas, pero no existe un procedimiento para declararlo ni los lineamientos por el que se debe encausar la acción de simulación.

Una vez publicada la Constitución de la República del Ecuador en el Registro Oficial, se ha creado un nuevo ordenamiento jurídico, el cual se debe acoplar a la nueva realidad jurídica.

En los artículos 327 y 335 de la Constitución, la Simulación es mencionada, tanto en el ámbito laboral como en el económico, sin embargo no se ha regulado por parte del Estado con la correspondiente normativa.

Por tal motivo, se ve necesario generar un proyecto de Ley, en el cual se tipifique todos los aspectos relacionados a la Simulación, con el fin de crear una base de apoyo para la Asamblea Nacional, que en uso de sus atribuciones constitucionales, elabore un proyecto para beneficio de la sociedad ecuatoriana, para así al tener una legislación acorde a las realidades que vive la nación.

4.1.- Proyecto de Ley para Regular a la Simulación en el Ecuador:

La normativa en propuesta, deberá agregarse en el Código Civil:

Art.1.- La simulación es el acto o contrato en el cual existe un acuerdo entre las partes, para declarar conscientemente una cosa diversa a la realmente querida, con el ánimo de engañar, cuyos fines pueden ser diversos;

Art. 2.- Clases de simulación.- La simulación puede ser absoluta o relativa, lícita o ilícita.

Es absoluta cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real, en cuanto las partes solamente desean su declaración.

Es relativa cuando las partes crean un acto aparente, el cual oculta el verdadero carácter.

Es lícita cuando no viola la normativa o no perjudica a un tercero.

Es ilícita cuando los que hubieren simulado un acto, tienen como fin violar la normativa o perjudicar un tercero,

Art. 3.- Legitimación activa.- La persona cuyos derechos o intereses legítimos han sido afectados por el acto simulado, podrán demandar para que se declare simulado el acto.

Los que hubieren simulado, no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro sobre la simulación.

Art. 3.- Prescripción en Simulación.- La simulación absoluta es imprescriptible, la relativa prescribe en los plazos señalados por la Ley, contándose a partir de la celebración del acto aparente;

Art. 5.- Acto aparente.- Es el hecho o negocio real o efectivo, que se llama también oculto o disimulado, por cuanto las partes emplean, conscientemente, el acto o negocio simulado como pantalla o máscara para ocultar, ante los ojos de los terceros, el acto real y verdadero;

Art. La prueba de la simulación.- La simulación se puede acreditar por cualquier medio de prueba en especial la presuncional e indiciaria;

Agréguese al Código Orgánico General de Procesos:

Art. 172.1.- Indicio.- Es el acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, que adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia;

Art. 172.2.- Presunción y conducta procesal de las partes.- El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas.

Art. 290.1. La acción de simulación tendrá lugar vía procedimiento ordinario.

5. Conclusiones y Recomendaciones

5.1.- Conclusiones

La simulación en los negocios de los seres humanos es algo inevitable debido a la creatividad que tienen las personas para evadir sus obligaciones, a lo largo de la humanidad han venido creando métodos para lograrlo, la sociedad en busca de la paz común debe buscar técnicas legales para combatir estos abusos que generalmente son realizados contra los más débiles.

Es importante el estudio a profundidad de la simulación, más aún por el momento en que vive en nuestra sociedad, en donde el debate está incurso en la evasión que se ha venido haciendo al impuesto a la herencia, en donde se emplean todo tipo de figuras jurídicas, con el fin de engañar a la sociedad y por supuesto perjudicar al fisco.

La propuesta ayudaría a controlar la evasión en el tema, en cuanto se demostraría con mayor facilidad la evasión, especialmente el Estado por todas las herramientas de control que posee, en el caso que los herederos conjuntamente con el causante han simulado contratos antes de la muerte del mismo, para evadir y supuestamente no heredar nada.

Al contrario de lo que se especula, la acción de simulación no genera inseguridad jurídica, fortalece la institucionalidad en un Estado, en donde se tutelan los derechos como corresponde y no se vulneran estos por procesos simulatorios, que en un principio se los ve como legítimos a la luz pública pero en realidad no son mas que máscaras, que envuelven un negocio oculto. Al tener las herramientas jurídicas necesarias para implantar una acción de simulación, sería mucho más fácil tanto para el perjudicado como para el juez.

La simulación tiene elementos definidos por la jurisprudencia y doctrina, los requisitos mínimos para que llegue a configurarse la figura son: el primero es que exista un acuerdo entre dos o más personas, puesto a que no es concebido una simulación unipersonal, sino simplemente sería una reserva mental. Este acuerdo debe ser en pleno conocimiento lo que están haciendo

para que exista esa cooperación para crear el acto simulado conjuntamente con el acto disimulado que será el que se da a la luz pública, mientras que la realidad quedará oculta.

El segundo elemento primordial es la intención de engañar, característica que es muy común confundida con el dolo, esta intención no necesariamente será ilícita o en perjuicio de terceras personas, como hemos manifestado la simulación puede ser tanto lícita como ilícita. Un acto simulado siempre tiene la intención de engañar a la sociedad sobre un supuesto. La intención de engañar tiene diversos fines ya sean en perjuicio de la ley tratando de evadirla o en perjuicio de terceros que se ven perjudicados por los efectos que cause tanto el acto simulado como el disimulado o aparente.

El tercer elemento es que en el acuerdo que realizan las partes para engañar con diversos fines, exista una disconformidad deliberada y además de esta sea querida. Al no ser querida por una de las partes y no tener plena conciencia de lo que lo que hace, se configuraría el vicio error, debido a que si bien es cierto que existe una disconformidad de lo exteriorizado y la voluntad, esta no es deseada ni conocida, puede ser por una o ambas partes.

La simulación ha sido clasificada como absoluta o relativa, como lícita o ilícita. La simulación absoluta se da cuando las partes intervinientes no quieren ningún tipo de contrato real, buscando únicamente la declaración de un acto o negocio, en el cual surjan los efectos del acto aparente con el fin de cumplir con sus fines, es decir los simulantes jamás crean un acto jurídico que tenga efectos jurídicos.

Es por esto que el tema ha creado varias controversias doctrinariamente, en donde unos escritores creen que la simulación absoluta nunca prescribe, puesto que nunca existió ningún negocio, siendo así que nunca es tarde para develar un acto inexistente jurídicamente, tesis con la cual compartimos. Otros en cambio creen que la acción de simulación sea absoluta o relativa debe prescribir en los plazos establecidos para las acciones comunes de declaración, esto es de diez años.

La simulación relativa por su parte es cuando las partes si desarrollan un negocio jurídico, sin embargo el acto que se da a la luz es diferente, ya sea en su naturaleza, precio, fechas, condiciones. El acto aparente es el que supuestamente están realizando las partes, cumplen con todos los requisitos legales para ejecutar el negocio, este acto y de mutuo acuerdo no tendrá efectos entre las partes, solamente se ejecutarán los establecidos en el acto oculto o verdadero.

En cuanto a la prescripción de la acción de simulación relativa, ha tenido un criterio más unificado en la jurisprudencia y la doctrina, la prescripción en esta clase de procesos se atiene a lo establecido en las reglas generales de prescripción. El único hecho que genera controversia es desde cuando corre el plazo de la prescripción, nuestro criterio es que se cuenta desde el momento de celebración del acto simulado.

La simulación puede ser lícita o ilícita, esta última es considerada como tal cuando, los efectos que genera la simulación va en perjuicio de terceros o de la sociedad.

En cuanto a la acción de simulación, debe ser encuadrada por los parámetros establecidos en el presente trabajo, tomando en cuenta lo dicho con la prescripción, en donde si un demandado se excepciona argumentando que la acción ha prescrito, el juez deberá resolver esta solamente en sentencia, en donde se establezca qué clase de simulación se trata el negocio impugnado.

La legitimación activa en un proceso de simulación, se debe tomar en contra de quién va el acto simulado, es decir el legítimo interés en que tenga tanto cualquier persona perjudicada como el Estado para acudir a la justicia, para que por medio de una tutela judicial efectiva, se resguarden sus derechos menoscabados, producto del acto simulado.

La legitimación pasiva viene atada a uno de los elementos fundamentales de la simulación, el acuerdo entre las partes, se debe demandar a todos los intervinientes en el acto simulado, debido a que de mutuo acuerdo estos, crearon un acto simulado, no se podría demandar solamente a uno de estos.

La prueba en la simulación es muy complicada, haciendo nuestras las palabras de Muñoz Sabaté, quien manifiesta que la prueba de esta clase de procesos se debe vincular y entender como una investigación penal, en donde se debe recoger todo tipo de indicios, rastros que ayuden en el entendimiento de la causa simulandi en primer lugar, en consecuencia que si se entiende ésta, sabremos la motivación y el porqué del acto simulado.

Si bien es cierto que no es fundamental demostrar la causa simulandi, es de mucha ayuda encontrarla en primer lugar, ayudará a ver los caminos por los cuales se debe ir para demostrar la simulación de una manera más fácil.

El debate sobre la carga de la prueba ha sido muy discutido en la jurisprudencia y la doctrina, en donde varios piensan que la carga de la prueba no se altera en estos procesos, es decir se mantiene a cuenta del actor probar la simulación, otros pensamientos van más allá diciendo que existe un juego oscilante de pruebas, en donde no existe una inversión total de la prueba, el demandado tiene la obligación moral de demostrar que su negocio jurídico supuestamente simulado, es válido y real.

A nuestro criterio es que debe existir cargas dinámicas en el proceso de simulación, en consecuencia que a un tercero se le va a ser casi imposible probar de una manera directa lo que afirma, lo fundamental que debe hacer el actor es guiar el debate para que el demandado haga afirmaciones que permitan que la carga de la prueba se invierta.

No hay que decir que la obligación de la prueba está totalmente del lado del demandado, sino que el actor por medio de todos los indicios mencionados en este trabajo, solicite la correspondiente prueba por ejemplo los movimientos bancarios, la necesidad del contrato, el grado de amistad o familiaridad de los simulantes, la capacidad legal tanto del comprador como del vendedor, el precio, la inversión que se de al supuesto pago una vez que entre al patrimonio del vendedor, analizar el tiempo en realización y oportunidad para realizar el acto, entre otros. Generando la imperiosa necesidad al demandado en querer demostrar que su contrato ha sido no solamente legal sino cierto y verdadero.

La decisión del juez para fallar a favor o en contra de alguien, debe reglarse por los criterios de la sana crítica, formados especialmente por presunciones judiciales, que serán graves, precisos y concordantes entre si, ya que el juzgador no debe exigir una prueba plena ni tasarla como tal, sino por medio de las pruebas indirectas anteriormente mencionadas.

Mucho dependerá de la habilidad del actor tanto de la persona perjudicada como de su defensor, la acción de simulación requiere mucha investigación, no basta con pretender la declaración de un acto simulado solo afirmándolo, se necesita introducir toda herramienta probatoria para que el juez no tenga duda que el acto no es serio y ha sido simulado. Por lo tanto conocer sobre la prueba indiciaria y presuncional es fundamental, si el actor desea lograr que su pretensión sea aceptada en sentencia.

Sin embargo, no hay que quitar la responsabilidad al Estado de velar por el fiel cumplimiento del ordenamiento jurídico, que implica control también de los actos, tal como manda la Constitución con relación a la Simulación.

La justicia ecuatoriana ha basado sus decisiones judiciales sobre la simulación en los conceptos jurisprudenciales y doctrinarios, apegándose al principio de obligatoriedad de administración de justicia por parte del Estado, principio establecido en nuestra Constitución como en el Código Orgánico de la Función Judicial en su Art. 28 tercer inciso que dice:

“Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia.” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, Art. 28).

Al juzgador ecuatoriano se ha manejado acorde en lo establecido en el artículo precedente, en cuanto a los procesos de simulación y debido a la ausencia de normas relacionadas con el tema.

En contrario, países como en Argentina, Perú, Bolivia, Venezuela, Brasil, España y Francia, ya han incurrido en tipificar las reglas que tiene la simulación, logrando efectos positivos. Los cuales han establecido los ámbitos de la simulación, sus clases, el tipo de acción y prueba que tienen los perjudicados para acudir a la justicia en busca de una tutela judicial efectiva de los derechos que les corresponden y que podrían estar siendo vulnerados por negocios simulados.

Por tal motivo, se ha desarrollado un proyecto de ley que se acopla a nuestra legislación, para regular a la simulación definiendo sus elementos, clases, prescripción, medios de prueba entre otros.

5.2.- Recomendaciones

Vivante manifiesta que el Derecho es una obra en continuación (citado en Morello, 2004, p. 47).

El avance de nuestra sociedad, ha hecho que nuestra legislación no vaya al mismo paso y por tal motivo no esté actualizada, escasa ha sido la temática legislativa con relación a la simulación, convirtiéndose en el presente, en un tema fundamental. Uno de los temas muy relacionados con la simulación es la evasión tributaria, que preocupa a la mayoría de la sociedad, por el perjuicio general que causa.

Así como, los actos realizados por personas para perjudicar a otros, instrumentados a través de la simulación, que lastimosamente vulneran los derechos de terceros o de la sociedad. Derechos que se han visto menoscabados, al no tener las herramientas jurídicas necesarias.

En consecuencia, se recomienda continuar investigando respecto de las nuevas técnicas creadas para configurar un acto como simulado, así como se recomienda analizar la figura de los fideicomisos que son utilizados por los simulantes para lograr sus fines.

Conocido es que la misión de la Función Judicial es conservar y recuperar la paz social, conjuntamente garantizando la ética social sustentando el equilibrio

y el cumplimiento del ordenamiento jurídico (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, Art. 21).

Al convertirse en una obligación constitucional por parte del Estado velar por los derechos de todas las personas, así como regular, controlar y evitar la simulación, creemos que es coherente que el poder Legislativo tome en cuenta el presente trabajo de titulación, para el estudio del tema que llegue a plasmarse en una reforma al Código Civil, introduciendo la normativa necesaria para regular a la Simulación, se recomienda que sea analizada la prueba indirecta como una fuente probatoria fundamental en los procesos por simulación.

Por tal motivo, la temática probatoria merece un estudio exhaustivo por parte de los juzgadores ecuatorianos así como de los profesionales en derecho que asistan a las personas en una acción de simulación, ya que deben estar familiarizados con las características de la prueba indiciaria y presuncional que es la base fundamental para probar una simulación, debido a la imposibilidad de llegar a una prueba directa o plena.

Al ser una figura poco conocida, se recomienda que se incorpore en los planes académicos universitarios tanto la figura de la simulación como la prueba indirecta, para lograr que el conocimiento de estos temas al momento de los estudios universitarios.

Se recomienda que por parte del Estado se realice una capacitación a los juzgadores respecto de las nuevas tendencias probatorias, incluyendo el dinamismo de la carga de la prueba y la prueba indiciaria.

REFERENCIAS

- Abeliuk, R. (2001). *Las Obligaciones* (4.^a ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Alessandri, A. (2009). *De los Contratos* (2.^a ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Alessandri, A. Somarriva, M. Vodanovic, A. Tratado de Derecho Civil, partes preliminar y general. Tomo II (1998) Editorial jurídica de Chile. Santiago Chile
- Armenta, T (2013). *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. (7.^a ed.). Madrid, España: Marcial Pons
- Ayluardo, J. (2014). *Incumplimiento, Fraude, Simulación y Enriquecimiento Injusto*. Recuperado el 29 de octubre de 2014 de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/der-echolaboral/2014/10/09/incumplimiento--fraude--simulacion-y-enriquecimiento-injusto>
- Borda, G. (1989). *Manual de Derecho Civil* (14.^a ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Aires.
- Cabanellas, G. (2001). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. (28.^a ed.). Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Cámara, H. (1958). *Simulación en los Actos Jurídicos*. (2.^a ed.). Buenos Aires, Argentina: Roque Depalma Editor.
- Carnelutti, F. (1952). *Estudios de Derecho Procesal*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Carnelutti, F. (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Argentina: UTEHA ARGENTINA Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana.
- Coaguila, J. (2015). *El Requisito De Coherencia Narrativa En Los Casos Dificiles Con Problemas De Prueba En Los Procesos Sobre Nulidad Por Simulacion Absoluta En La Compraventa De Bienes Inmuebles*. Recuperado el 15 de noviembre de 2015 de <http://jaimecoaguila.galeon.com/page4.html>

- Código Civil*. (2005). Quito, Ecuador: Registro Oficial N.º 46, del 24 de junio de 2005.
- Código Civil Argentino*, Ley No. LEY 25.414, publicado en Boletín Oficial 25 de septiembre de 1869. Modificaciones introducidas por el decreto 1387/01 (B.O. 02-11-2001)
- Código Civil Colombiano*. Recuperado el 22 de julio de 2015 de https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Colombia.pdf
- Código Civil Peruano*. Recuperado el 22 de julio de 2015 de <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>
- Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito, Ecuador: Registro Oficial N.º 544, del 09 de marzo de 2009.
- Código Orgánico General de Procesos*. Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento N.º 506, del 22 de mayo de 2015.
- Código Orgánico Integral Penal*. Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento N.º 180, del 10 de febrero de 2014.
- Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley Mercado de Valores*. Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento N.º 215, del 22 de febrero de 2006.
- Código Tributario*. Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento N.º 38, del 14 de junio de 2005.
- Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Quito, Ecuador: Registro Oficial N.º 312, del 20 de octubre de 2008.
- Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil, Mercantil. Recurso de Casación. *Resolución No. 0217-2012-1*, 29 de junio de 2012
- Corte Nacional de Justicia. Sala Civil y Mercantil. *Recurso de Casación Juicio No. 237-2006. Resolución de 28 de mayo de 2008.*
- Corte Nacional de Justicia. Sala Civil y Mercantil y Familia. *Recurso de Casación No. 223-2009. Juicio No. 155-2008, ex 1ª Sala- MAS. Resolución de 27 de mayo de 2009.*

- Corte Nacional de Justicia. Sala Civil y Mercantil y Familia. *Recurso de Casación No. 214-2009. Juicio No. 255-2006, ex 2ª Sala- KR. Resolución de 14 de mayo de 2009.*
- Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. *Recurso de Casación. Resolución No. 389-2009, 28 de julio de 2009.*
- Corte Nacional de Justicia. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Ex - Corte Suprema de Justicia. *Recurso de Casación. Resolución No. 154-2008, 28 de mayo de 2008.*
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. *Recurso de Casación. Resolución No. 073-2013. Recuperada el 19 de febrero de 2015 de <http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Civil/Consulta/CivilWeb/2003%20EXTRACTO%20JURISPRUDENCIAL%202%20Sem.pdf>*
- Corte de Tarragona de España. *Recurso de Apelación. Sentencia de la Sección 3ª de la A.P Rollo 445/1999. Recuperada el 19 de febrero de 2015 de <http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Civil/Consulta/CivilWeb/2001%20EXTRACTO%20JURISPRUDENCIAL%201%20Sem.pdf>*
- Coronel, J. (1989). *La simulación de los Actos Jurídicos*. Bogotá, Colombia: Editorial Nomos Ltda.
- Dagot, M. (1967). *La simulation en Droit Privé*. París, Francia: Libr. générale de droit et de jurisprudence.
- Deik, C. (julio-diciembre, 2010). *Simulación de actos jurídicos: Teoría, acción y los efectos de su declaración*. Revista de derecho, núm. 34, 377-409. Recuperado el 7 de enero de 2015 de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85120102014>
- Dellepiane, A. (2008). *La Prueba en general y la Indiciaria en particular*. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer
- Döhring, E. (2007). *La Prueba*. (2.ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Valleta Ediciones S.R.L.
- Durigón, C. (2008). *Juicio de simulación* (4.ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Librería Juris.

- Fourcade, M. (1887). *De la simulation en droit civil et en droit fiscal*. París: Francia.
- Gagliardo, M. (2008). *Simulación Jurídica*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- García, J. (1997). *Manual de Práctica Procesal Penal y Civil, El Juicio Penal Colusorio y Las Acciones Civiles de Simulación y Pauliana*. Tomo II. (3.ª ed.). Quito, Ecuador: Ediciones RODIN.
- Gherzi, C. (2002). *Derecho Civil Parte General*. (3.ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Herrero, B. (1958). *La Simulación y el Fraude a la Ley en el Derecho del Trabajo*. Madrid, España: BOSCH, Casa Editorial.
- Illanes, D. (2014). *La Acción Procesal*. Recuperado el 30 de marzo de 2015 de <http://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/accpro.pdf>
- Kielmanovich, J. (2010). *Teoría de La Prueba y Medios Probatorios*. (3.ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores.
- Lessona, C. (2006). *Las Presunciones en el Derecho Probatorio*. Bogotá, Colombia: Leyer.
- Ley de Abono Tributario*. Quito, Ecuador: Registro Oficial N.º 883, del 27 de julio de 1979.
- Ley Orgánica Para El Fortalecimiento Optimización Del Sector Societario y Bursátil*. Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento N.º 249, del 20 de mayo de 2014.
- Ley Reformatoria Para La Equidad Tributaria Del Ecuador*. Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento N.º 242, del 29 de diciembre de 2007.
- Ley 26.994 Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina*. Recuperado el 20 de julio de 2015 de <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>
- Lievano J. (1978). *Introducción al Estudio de La Simulación de los Negocios Jurídicos* (Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Bogotá. Colombia).
- Morello, A. (2004). *Dificultades de la Prueba en Procesos Complejos*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.

- Mosset, J. (2001). *Contratos Simulados y Fraudulentos*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Muñoz, L. (2011). *La Prueba de la Simulación*. (3.^a ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
- Núñez, W. (2008). *La Simulación del Acto Jurídico*. Lima, Perú: Grijley.
- Pérez, E. (16 enero 2014). Comunicación personal.
- Rabinovich-Berckman, R. (2011). *Derecho Civil Parte General*. (2.^a ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Rivera, R. (2009). *Diferencia entre Indicio y Presunción*. Recuperado el 18 de mayo de 2015 de <http://saqgiza.blogspot.com/2009/03/diferencia-entre-indicio-y-presuncion.html> *Texto Único Ordenado del Código de Procesal Civil Peruano*. Recuperado el 22 de julio de 2015 de <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>
- Trabucchi, A. (1967). *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado.