



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

**EL EFECTO DE LA SIMULACIÓN EN LOS CONTRATOS Y SU AFECCIÓN A
TERCEROS**

**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

Mgt. Juan Carlos Córdova León

Autor

Gustavo Andrés Romero Monge

**Año
2016**

DECLARACION DEL PROFESOR GUÍA

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

Juan Carlos Córdova León
Magister en Derecho Societario, Financiero y Mercado de Valores
C.I. 0102847746

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.”

Gustavo Andrés Romero Monge
C.I. 1709762353

AGRADECIMIENTOS

Quisiera agradecer a mis padres, por darme todo el apoyo incondicional y todo su esfuerzo para permitirme cumplir esta meta. Así mismo a mi hermano, amigos y profesores que han aportado en mi carrera. Finalmente a mi profesor guía por toda su dedicación y amistad brindada a lo largo de este trabajo y vida universitaria.

DEDICATORIA

El presente trabajo demuestra los frutos de toda una carrera universitaria que no podría haber sido posible sin el apoyo de mis padres. Es por eso que va dedicado a Gustavo Romero y Arlene Monge en muestra de mi profundo agradecimiento e inmenso cariño. Alright!!!

RESUMEN

En esta tesis he tratado de dar una visión global de la simulación para lo cual se ha iniciado el trabajo con un análisis histórico de la misma desde la época Romana, lo que demuestra que esta figura jurídica tiene una larga historia y siglos de desarrollo. A pesar de lo expresado, la simulación no se encuentra regulada de manera específica en la legislación ecuatoriana, ni se dispone de doctrina local. El análisis de este trabajo se ha concretado en aspectos puntuales del contrato de simulación, a sus clases y en especial al enfoque de los terceros de buena fe que pueden resultar perjudicados; las acciones que estos pueden ejercer, las pruebas que pueden solicitar con el fin de demostrar todo el proceso simulatorio. Bajo estas consideraciones, se presenta un proyecto de reforma al Código Civil ecuatoriano, teniendo como punto de partida la normativa vigente en otros países de Latinoamérica.

ABSTRACT

In this paper I have tried to give an overview of contractual simulation. I start with a historical analysis of the Roman era, demonstrating that the legal concept of simulation has a long historical background that has developed over centuries. Despite this long history, contractual simulation is not specifically regulated in the Ecuadorian legislation nor is it treated in local doctrine. Thus, this paper focuses on specific aspects of contractual simulation such as its types, adverse effects on third parties in good faith, the actions these parties can bring, and the tests that can be ordered to evidence simulation actions. Under these considerations, I present a reform draft of the Ecuadorian Civil Code, based on current legislation in other Latin American countries.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. Capítulo I: Aspectos generales de los contratos simulados.....	3
1.1 Etimología	3
1.2 Antecedentes históricos.....	5
1.2.1 Derecho romano.....	5
1.2.2 Derecho Intermedio	9
1.2.3 La Codificación	13
1.3. Definiciones	16
1.4. Concepto jurídico	21
1.5. La simulación y sus fines	24
1.6. Concepto de partes	26
1.7. Concepto de terceros.....	28
1.8. Características de la simulación.....	30
1.8.1. El acuerdo simulatorio entre los partícipes.....	32
1.8.2. La divergencia entre la voluntad real y la voluntad declarada.....	35
1.8.3. El propósito de engañar a terceros	42
1.9 La calificación de la simulación.....	43
1.9.1 Calificación ética	43
1.9.2 Calificación jurídica	45
1.10 Actos susceptibles de simulación	45
1.10.1 Actos Unilaterales	46
1.10.1.1 Tesis contrarias	47
1.10.1.2 Testamento.....	49
1.10.2 Actos Bilaterales.....	49
1.10.3 Los más comunes, compraventa, donación, cesión.....	51
1.11 La simulación y su comparación con otras figuras.....	54

2	Capítulo II: Clasificación de la simulación de los actos jurídicos.....	61
2.1	Concepto de simulación lícita	61
2.1.1	Manifestación del consentimiento	62
2.1.2	Responsabilidad contractual	63
2.2	Concepto de la simulación ilícita	63
2.2.1	Daños a terceros.....	64
2.2.2	La responsabilidad contractual y extracontractual	65
2.3	Concepto de simulación absoluta	65
2.3.1	La simulación como precedente de nulidad absoluta por falta de consentimiento.....	67
2.3.2	La simulación absoluta tiene como consecuencia la nulidad absoluta	68
2.3.3	Diferencia con la simulación relativa	68
2.4	Concepto de simulación relativa.....	69
2.4.1	La simulación relativa como antecedente de la nulidad	71
2.4.2	Clases de simulación relativa	71
2.5	Concepto de inoponibilidad	76
2.6	Relaciones de las partes con terceros.....	78
2.6.1	La simulación, las partes contra terceros de buena fe	80
2.6.2	La simulación, las partes contra terceros de mala fe	81
2.6.3	Relación entre terceros	82
2.6.4	Apreciación de la buena o mala fe del tercero	83
2.6.5	Puede el tercero beneficiarse con la simulación.....	84
2.6.6	Acciones entre terceros	84
3.	Capítulo III: La acción de simulación, marco legal, jurisprudencia y propuesta	86
3.1	La acción de simulación	86
3.1.1	Como acción o como excepción	86
3.2	Legitimación para accionar	87

3.3 Medidas cautelares.....	89
3.4 Carga de la prueba	89
3.4.1 Dinámica	92
3.5 La prueba de la simulación.....	95
3.5.1 La prueba de la simulación entre las partes.....	96
3.5.2 La prueba de la simulación alegada por terceros.....	97
3.5.3 La prueba de la simulación alegada por herederos.....	98
3.5.4 La prueba de la simulación por presunciones	98
3.6 Prescripción.....	100
3.7 Análisis de las normas del Código Civil.....	104
3.8 Análisis de normas del Código del Trabajo	106
3.9 Análisis del Código Orgánico Integral Penal (COIP)	110
3.10. Análisis de la jurisprudencia ecuatoriana y de otros países	112
4. Capítulo IV: Conclusiones y recomendaciones.....	131
4.1 Conclusiones.....	131
4.2 Recomendaciones y propuesta	133
REFERENCIAS	137

INTRODUCCIÓN

La simulación contractual es de trascendental importancia debido a que sus efectos y perjuicios a terceros se han incrementado en los últimos años a nivel mundial. Existen casos de contratos simulados en exportaciones desde Ecuador hacía Venezuela para obtener divisas a costo oficial; en las exportaciones desde Ecuador a través de empresas panameñas para luego vender a terceros países; en la ejecución de contratos celebrados por el Estado ecuatoriano al simularse la realización de estudios con empresas de papel; o, en la venta de un canal de televisión -que en primera instancia se resolvió que hubo una simulación-.

La simulación no es un problema nuevo, esta ya fue tratada en el derecho romano. Dicha legislación consideraba a un contrato simulado como un acto nulo por pretender engañar la realidad de los hechos.

La regulación de la simulación contractual ha sido desarrollada especialmente en el derecho europeo. Varios cuerpos legales de este continente han incluido legislación al respecto, siendo la legislación italiana la que ampliamente lo ha desarrollado. En América Latina existen varios códigos que se refieren de manera específica a la simulación.

En el Ecuador, la simulación no está legislada de manera específica. Sin embargo, existen referencias en varios cuerpos normativos como en la Constitución, en legislación laboral donde se habla de penalización y sanciones; y, en intercambios y transacciones económicas, donde también se sanciona la simulación. Hablando de derecho privado en concreto, existen normas que regulan la simulación dispersas en varias normas del Código Civil ecuatoriano y en otros códigos, en los cuales incluso se establecen sanciones. Esta dispersión no permite que exista un concepto específico, ni que se establezca de manera concreta la afcción a terceros. De igual forma, no se da

una verdadera protección a los terceros de buena fe. En consecuencia, la jurisprudencia es muy escasa.

Al no estar regulada la persecución, la práctica de pruebas y las pericias que deben realizarse no tienen un procedimiento específico. A esto hay que sumar que con la globalización del comercio, tanto tradicional como el uso de nuevas tecnologías, la simulación ha trascendido fronteras y se ha convertido en un problema jurídico con alcance extraterritorial.

Con esta investigación se pretende demostrar que existen diferentes formas de simulación, diferentes efectos y diferente forma de participación de terceros, que en la mayoría de los casos pueden ser afectados. Lo que se busca obtener como beneficio es la difusión de la problemática y de la falta de protección de los derechos de los terceros; y, lograr como resultado, la expedición de normativa que deberá ser incorporada en las leyes pertinentes.

1. Capítulo I: Aspectos generales de los contratos simulados

1.1 Etimología

Se puede afirmar que desde que existe el ser humano ha habido simulación en la presentación de algo de forma diferente a lo que verdaderamente es. Un ejemplo es el hombre que cuando se encuentra de casería debe fingir ser un objeto inmóvil para tener éxito en la misma. Otro ejemplo es la realización de generosas donaciones económicas donde las personas no quieren figurar, por tanto aparecen de manera anónima o a través de terceras personas. Con frecuencia se ve el uso de la simulación para esconder fortunas y ocultar la capacidad económica de las personas. Un ejemplo diferente es la simulación de situaciones de peligro cuando se realizan simulacros de incendio o de otras catástrofes naturales. Se simulan enfermedades con el fin de no asistir al trabajo o con otros propósitos, como provocar compasión u obtener beneficios económicos.

“A veces esa creación aparente puede no tener como finalidad de hacer creer algo que no existe, sin dolo, simplemente con la intención o el propósito de sugerir ideas o suscitar razonamiento o emociones que no son necesariamente reprobables, pueden ser nobles o generosas o simplemente artísticas, como ocurre en la representación dramática o en creaciones artísticas” (Galindo, 1996, p.590).

“El que acude a la simulación quiere crear una apariencia falsa para engañar al público, induciendo a la opinión errónea de la verdad del hecho alegado. Desde el campo de lo material la palabra pasa y se aplica a la esfera moral, a los movimientos del ánimo, y así se habla de amistad, generosidad, virtud simulada.” (Ferrara, 1926, p.59).

No existe un criterio uniforme sobre el origen etimológico de la palabra simulación. El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua Española establece que proviene de las palabras latinas *simulatio* y *ōnis* que significa acción de simulación. El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, así como el Diccionario Jurídico Anbar señalan que el origen es del latín *simul* y *actio*, palabras que indican alteración de la verdad, ya que el objetivo de la simulación es engañar sobre la auténtica realidad de un acto. R. Díez considera que proviene “de las expresiones latinas simul y octio, y según esta etimología señala el concierto o inteligencia de dos o más personas para dar a alguna cosa la apariencia de otra” (Diez, 2014, p.69). Para otros expertos proviene de la voz latina *simulare*. Es por ello que la Enciclopedia Jurídica Omeba considera que simular etimológicamente viene del latín *simulare* (forma verbal de *similis*, semejante) que en sentido amplio significa representar o hacer aparecer alguna cosa fingiendo o imitando lo que no es. Carcaba en esta misma línea sostiene que,

“proviene de la voz latina *simulare*, que significa fingir o hacer aparecer lo que no es cierto, comprendiendo de este modo dos ideas diferente con un tronco común: el engaño, que puede consistir en una mera ficción con la que se pretende burlar a los terceros haciéndolos creer en la existencia de algo que no tiene entidad, o bien en un disfraz que oculta la realidad mostrando cosa diferente de la que es” (Carcaba, 1986, p.23).

Couture va más allá cuando expresa que proviene del latín “*simulatio*, -nis, sustantivo verbal del verbo *simulo*, -are “simular, pasar por” (Couture, 2006, p.677). Este verbo proviene del adjetivo *similis*, -e o *similis*, -e “similar, semejante.” Finalmente, la Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana expresa que la simulación proviene del latín de la voz *simulatio simulationis*, que aplicada al derecho sería la alteración aparente de la causa, índole o el objeto verdadero de un acto o contrato.

Según Núñez:

“en cuanto a su significación habría cierto consenso para designar “simular” como representar una cosa: fingiendo o imitando lo que no es; del mismo modo, el termino “fingiendo” denota simulación engaño o apariencia con se intenta hacer que una cosa parezca diversa de lo que es. Definiciones imperfectas todas ellas. Convendría decir, de manera general que, en la simulación las apariencias exteriores de una cosa u acción hace confundirlas con otra, sin que efectivamente la equivalga” (Núñez, 2008, p.29).

Existen autores y enciclopedias que hacen referencia al concepto de disimular o a la disimulación, que se podría resumir como el ocultamiento de lo que es, o se oculta a los demás algo que existe, o se encubre la realidad que no se quiere dar a conocer.

“En ambos casos, sin embargo, el fin de la conducta del individuo es el engaño, carácter fundamental de las varias formas simulatorias: en la simulación se quiere engañar sobre el ser de una situación no verdadera; en el disimulo, sobre el no ser de una situación real. La simulación puede compararse a un fantasma, el disimulo a una mascarará.” (Ferrara, 1926 pg.60).

1.2 Antecedentes históricos

1.2.1 Derecho romano

El derecho actual coincide con el derecho romano en lo referente a la declaración de voluntad, la cual para tener validez jurídica tiene que ser manifestada con seriedad para conseguir de manera expresa lo que realmente se pretende. En el derecho romano, no se podían tomar como declaraciones de voluntad con trascendencia jurídica las realizadas en broma o por motivos académicos. Este mismo principio se trasladó a la simulación, en la que la realización de un negocio con el fin de engañar, y sin que exista por parte de

los intervinientes la intención de crear una relación jurídica, convierte al acto en nulo. “Este acto se llama simulatus, fictus, imaginarius, nudus” (Ferrara, 1926, p.155). En diferentes pasajes de las Fuentes se ve reflejado el principio de la nulidad de los actos simulados, pero en estos no se considera el elemento de la falta de voluntad, y como consecuencia la ineficacia del acto simulado.

Bajo este principio, los juristas romanos determinaban la simulación de un acto bajo una concepción material y objetiva, por la falta de veracidad y realidad del negocio. No les importaba las diferencias entre lo declarado y la voluntad; lo que tenía importancia era la diferencia entre lo real y lo aparentado, que era aplicado a cada caso en particular. Para los juristas romanos esta apariencia de realidad, que en el fondo tiene una mentira, tenía como consecuencia su ineficacia, sin que pueda producir relación alguna entre las partes.

Por otro lado, los juristas romanos consideraban que las partes podían celebrar negocios simulados para ocultar uno verdadero, con el fin que terceros no los conozcan, considerándose a este negocio como una simulación relativa. Este negocio simulado se lo encuentra también en las fuentes, donde debía prevalecer el negocio simulado.

“Así pues, se prescindía de la apariencia de la convención fingida, empleada por las partes con el fin de ocultar el acto realmente querido por ellas y se atendía a este acto únicamente. Si el acto real reunía todos los requisitos substanciales exigidos para su validez, era eficaz: en otro caso, era nulo. Esto tenía especial importancia cuando el negocio oculto era contra legem y la simulación se había empleado para substraerlo a la sanción a la sanción de prohibiciones legales” (Ferrara, 1926, p.157).

Un ejemplo común de esta infracción, que era sancionada, se presentaba como compraventa entre cónyuges, cuando en realidad era una donación.

En el derecho romano antiguo y en el clásico, la figura de la simulación no era una teoría, tendiéndose a no sancionarla. Por ello, “el título 22 del lib. IV del Código se intitula plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur, “vale más lo que se hace que lo que se simula”, es decir, aquello que se simula no tiene valor y, en cambio puede tenerlo aquello que se hace” (Núñez, 2008, p.38). Con la teoría posclásica se dio un paso importante añadiendo el criterio que el negocio simulado era nulo, y que tenía validez la voluntad de las partes que no se hacía visible sino que permanecía oculta.

Fue en el siglo V en el Derecho Justiniano que se realizó el reconocimiento a la simulación que sirvió de base para la escuela del derecho común. En el Derecho Justiniano tenemos el Corpus Iuris, en el que se hace referencia a casos de simulación, que se describen a continuación:

1. *Venditio donationis causa*: Al no establecerse un precio, no se puede expresar la voluntad del pago, por lo que no existe la venta. Esto permite la existencia de otra figura jurídica cuando se cumplan los requisitos necesarios para su perfeccionamiento. En el presente caso, se quiere realizar una donación, al existir la voluntad de transmitir y se perfeccione la tradición real de los bienes. Para lo cual se debe verificar que se cumplan con los presupuestos necesarios para una donación, y no caer en ninguno de los impedimentos. Existe también la posibilidad de una donación disfrazada.

“Hay que distinguir de la venta simulada, que implica una liberalidad, la venta donationis causa praetio vilior facta. A veces se fija un precio con seria intención, aunque sea más bajo del que corresponde el valor de la cosa: y, en tal caso, tenemos un contrato oneroso, mixto de donación, no una donación disimulada” (Ferrara, 1926, p.158).

2. *Locatio donationes causa*: Es considerar una venta o un arrendamiento a un valor muy bajo como una donación. lo cual necesariamente no es verdad, al existir un pago económico, en el que puede ser considerado un negocio mixto, donde la que sobresale es la donación.
3. *Societas donationis causa*: Se considera nulo el contrato de sociedad que sirvió como la vía para realizar una donación.
4. *Aestimatio donationis causa*: Es una donación oculta y nula, cuando se establece un valor superior a los bienes entregados por la mujer a su marido, como dote del matrimonio, con la obligación de este devolver incrementados en caso de que el matrimonio se disolviese.
5. *Confessio dotis donationis causa*: Es aceptada la donación realizada antes del matrimonio, pero cuando se declara falsamente para incrementar la dote, esta acarrea su nulidad.
6. *Confessio prohibita donationis causa*: Es el caso con un estilo refinado, cuando la mujer ha comprado una esclava, y pretende aparentar que la recibió en donación de su marido, siendo esto nulo, al estar prohibida la donación entre cónyuges, teniendo este el derecho de reclamar a la esclava.
7. *Venditio transactionis causa*: Es cuando se entrega una cosa, fingiendo una venta, lo cual no permite que el vendedor aparente reclame por su precio.
8. *Venditio pignoris causa*: Cuando se descubre la simulación, el deudor puede reclamar el bien con la *actio pignoratitia*. En la mayoría de los casos no se trataba de una venta simulada, sino que era una enajenación fiduciaria para establecer una garantía.
9. Se utilizaba la simulación con la finalidad evitar el cumplimiento de una norma legal o para no reflejar su incumplimiento. El testador declaraba sin decir la verdad, que es deudor de un incapaz por diferentes razones. Otro caso sería para eludir la prohibición de vender los derechos litigiosos, se utilizaba la figura de la donación o se la realizaba con un cesión parte onerosa o parte gratuita.

10. Algo diferente dentro del negocio simulado es cuando se lleva a cabo con interposición de persona, pues quien comparece es distinto de aquel con quien se mantendrá la relación jurídica.

1.2.2 Derecho Intermedio

En este período del derecho romano, que comprende varios siglos, el aporte sobre el concepto de simulación se da a través de las escuelas de los glosadores, comentaristas y decisionistas. Durante esta época, el concepto de simulación fue evolucionando y nos permite comprender de mejor manera el derecho vigente. La época de los glosadores se puede encontrar recopilada de una manera no extensa en la Glosa de Accursio. En esta, se hace mención a la simulación absoluta, la cual no produce efecto jurídico alguno. En lo que respecta a la simulación relativa, se encuentra algo más detallada cuando se hace referencia al principio *Veritas praevallet scripturae et simulationi*, la cual se refleja en diferentes circunstancias. Ejemplo de esto es la simulación de una donación con apariencia de venta. En este caso, el acto jurídico que prevalece es el segundo. Si no se estableció un precio la venta es nula, pero si se fijó un precio, que luego se lo perdonó la venta vale. También se refiere al supuesto cuando el vendedor no quería cobrar el precio, pero este aspecto lo desconocía el comprador; en este caso se hace distinción entre simulación y reserva mental. De igual forma no se da una explicación clara sobre la persona interpuesta, por la que el testafierro se presenta como mandatario. Este período no se apartó de los textos romanos, lo que no le permitió tomar un desarrollo propio y diferente sobre la teoría de la simulación.

Comentaristas de los siglos XIV y XV

Esta etapa tiene importancia por haber permitido dar un gran salto en la evolución jurídica al buscar vincular por efectos prácticos al derecho romano con el canónico, el feudal y el estatutario. Esto permitió ampliar y modificar las instituciones jurídicas.

Dentro de este período, tenemos a Alberico que realiza un trabajo teórico sobre el tema, diferenciando a la simulación con la hipocresía y dividiendo a esta en buena y mala.

“Notaremos tan solo un principio jurídico que este comentarista señalo por primera vez con fina intuición, a saber, que la simulación no puede oponerse a los terceros de buena fe, los cuales no deben sufrir perjuicio alguno por los engaños ocultos de los contratantes. Nulli praecudicat dolosa simulatio” (Ferrara, 1926, p.166).

Bartolo presenta un estudio más completo sobre la simulación, a la cual la divide en cuatro especies. Por su parte Baldo es considerado por su precisión en lo que respecta a la simulación absoluta, en relación a la simulación relativa “empieza por establecer que un escrito puede contener la verdad e incluir una mentira, y contener lo no verdadero” (Ferrara, 1926, p.167).

En este período una actividad ilícita muy activa era la usura, para lo cual tenían que emplearse todos los medios necesarios para disfrazarla, por lo que los particulares dieron un gran impulso y diseñaron todo tipo de contratos usurarios, utilizando la simulación para no hacerla visible. Fue el contrato de prenda el más común para ocultar el préstamo con interés.

Doctrina Italiana del siglo XVI

Este período fue conocido como el del renacimiento por cuanto se dieron cambios incluyendo el estudio del derecho y el abandono de los métodos escolásticos y regresando a las Fuentes, lo cual significó que se tome un giro más apegado a la ciencia. Se lo consideró como un retroceso, llegándose a afirmar que “los escritores de esta escuela no nos enseñen nada nuevo y, en general, se limitan a indicaciones breves y fugaces” (Ferrara, 1926, p.173).

Doctrina Holandesa y Alemana de los siglos XVII y XVIII

En Holanda, los autores no realizan estudios enfocados de manera directa sobre la simulación sino como algo referencial, pues siguen el enfoque de la renovación jurídica de Francia instaurada por Cujas. Así autores como Vinnio y Huber no hacen mención alguna sobre la simulación. Noodt se refiere en algo al tratar sobre las presunciones, en cambio Voet lo hace al comparar la simulación con la ficción.

Los escritores alemanes se enfocan en el tema de una manera más amplia, pero lo hacen tomando como base a los escritores italianos e incluso los llegan a copiar. Así Brunemann diferencia entre simulación desnuda y vestida, siendo la segunda la relativa, que a su vez puede tener varias clases. Lauterbach se enfoca y diferencia el negocio simulado con el negocio disimulado, correspondiendo al segundo el criterio de no realizado. Para tener una mejor visión sobre la teoría de la simulación en Alemania, se debe considerar las conocidas como tesis doctorales, que permitieron que salgan a relucir las diferentes escuelas.

En primer lugar tenemos a Juncker que expresa que existe simulación "*cum aliud verbis vel factis ostenditur, quam revera intenditur*" (Ferrara, 1926, p.177), en la cual está implícita que la declaración unilateral no verdadera es simulación, lo que significa que se la confunde con el dolo. De igual forma diferencia entre simulación simplex y dúplex, según el número de intervinientes. También la divide en *bona et mala, personalis et realis*, refiriéndose la primera a los atributos de la persona y la segunda al objeto del contrato.

Una segunda tesis importante es la disputatio de Metzger, el cual presenta un trabajo realizado con más dedicación, llegando incluso a definir el contrato simulado con la posibilidad de que se puede dar simulación por uno solo de los contratantes.

“Reconoce que el contrato simulado es nulo, como lo son igualmente sus accesorios, y que no tiene eficacia la renuncia a la excepción de nulidad aunque se haya confirmado con juramento; y, por último, discute los varios medios de prueba de la simulación” (Ferrara, 1926, p.178).

Considerada como la mejor de las disputationes fue la de Junge, quien define la simulación como el acto por el cual se hace cosa distinta de la que se muestra y la distingue de la mentira y falsedad. Para este tratadista, la simulación puede ser de tres clases: la primera cuando se considera el negocio nulo, sin tomar en cuenta la falta de consentimiento; la segunda se refiere a que el acto es válido por no poder desvirtuarse la verdad; y, la tercera es cuando “la partes simulan una permuta o una enfiteusis para encubrir una venta y excluir al agnado del ius congrui. Los mismos principios rigen cuando se simula no el negocio sino la persona del otro contratante” (Ferrara, 1926, p.179).

Doctrina Francesa de los siglos XVII y XVIII

La doctrina francesa se mantuvo al margen de los movimientos renovadores, sin tener contacto con el exterior y pretendiendo únicamente transformar el derecho nacional a doctrina científica. En esta doctrina se tiene a Dumouli, el cual expresa que el acto simulado es el no sincero y que debe prevalecer la verdad antes que la apariencia, y que si el acto se lo realiza para perjudicar a terceros o la ley este sería nulo. De igual forma, distingue la simulación de la falsedad. Por su parte, Tiraqueau llega a confundir a la simulación con la reserva mental. Al jurista Favre se lo considera profundo en sus ideas el cual realizó tres definiciones de simulación. D'argentré diferencia la simulación *absolue* y una *simulación relative*, siendo la primera cuando entre los contratantes no había la seriedad ni la intención para obligarse, lo cual acarrearía la nulidad del contrato; y, la segunda cuando los contratantes bajo la simulación pretendían desvirtuar una obligación. La escuela francesa, al mantenerse al margen de lo que sucedía en el exterior, no toma en

consideración a la doctrina extranjera, situación que no sucedía con la doctrina alemana, la cual tomo gran parte de sus trabajos de las obras de autores italianos los cuales eran citados de manera constante.

Doctrina Italiana de los Siglos XVII y XVIII

Es en este país es donde se desarrolló con fuerza la doctrina de la simulación. Los cardenales Mantica y De Luca realizaron una gran obra sobre la doctrina de la simulación. Mantica se dedicó de manera especial a la prueba de la simulación. De Luca, por su parte, se enfocó en la simulación en los feudos, en los beneficios y en los oficios. En el siglo VII se encuentran varios trabajos, que sumados a los anteriores, reflejan el interés que existió sobre el tema. Cada uno de ellos contribuyen con algún elemento nuevo. En el siglo XVIII, la teoría de la simulación alcanza su mayor presencia en Italia, existiendo varios conceptos, siendo los principales los de Altimari, Tusco y Farinaccio, los cuales son considerados los que mayor contribución realizaron por la calidad de sus trabajos. Esta recopilación de trabajos se refleja en la doctrina que contiene los siguientes aspectos: 1. Concepto, 2. Distinción de otras instituciones afines, 3. Clases, 4. Efectos, 5. Prueba, 6. Acciones y Excepciones contra la simulación, 7. Competencia.

1.2.3 La Codificación

El Código francés de 1804 conocido como Código de Napoleón, sirvió de modelo para la codificación del código civil en varias legislaciones durante el siglo pasado. Sin embargo, éste no trató de manera específica la simulación sino de manera dispersa y no ordenada. Así, el artículo 911 inciso primero con relación a la capacidad dice:

“Toda disposición en provecho de un incapaz será nula, sea que se la haya disimulado bajo la forma de un contrato oneroso, sea que se haya efectuado bajo el nombre de personas interpósitas”. Caso similar sucede

con él artículo 1321 que decía: “ las contraescrituras no pueden surtir efecto sino entre las partes contratantes; no producen efecto contra terceros”. (Código de Napoleón, Art.911)

El nuevo texto dice: “Los pactos secretos solo podrán tener efecto entre las partes contratantes, no tendrán efectos contra terceros” (Código Civil francés, Art.911).¹ Otro artículo aislado es el 1396 que dice: “Ningún cambio o contraescritura será por otra parte válida, sin la presencia y consentimiento simultáneo de todas las personas que fueron parte del contrato de matrimonio” (Código Civil francés, Art. 1396).

Bajo el esquema antes referido también encontramos los artículos 1099 y 1100 que tratan “sobre el sujeto de las liberalidades simuladas que violen reglas relativas a las donaciones entre esposos” (Coronel, 1989, p.122).

El Código Sajón tenía principios bien específicos en los artículos 828 y 829 en lo referente a la intención de las partes de celebrar un contrato aparente y su efecto de nulidad; y el otro tenía relación con la voluntad. Dichas normas fueron ya derogadas. Otro ejemplo es el Código Federal suizo de las obligaciones que estableció una sanción al principio de la protección de la buena fe de los terceros.

El Código español no hace referencia directa a la simulación ya que sigue la denominación histórica proveniente del Código Francés, el cual utiliza el concepto de causa falsa, siendo posible la nulidad como sanción si tiene su origen en una simulación. El Código Civil alemán de 1900 hacía mención indirecta a la simulación en su artículo 117 cuando establecía: “si una declaración de voluntad que ha de emitirse frente a otro, es emitida de acuerdo con este solo en apariencia, es nula” (Código Civil Alemán, Art.117). Como contraste a los Códigos francés y alemán, tenemos al Código italiano que ha normado de una forma más amplia a la figura de la simulación, sirviendo este

como referente para la legislación peruana. El Código italiano trata la simulación en los artículos 1414 al 1417, con una normativa encaminada a regular: a) los efectos de la simulación entre las partes; b) efectos de la simulación respecto de terceros; c) relaciones con los acreedores y d) sobre la prueba de la simulación.

En América Latina existió una gran influencia del Código de Napoleón y fue el modelo a seguir por lo que son pocos los países que cuentan con legislación específica sobre la simulación, como por ejemplo Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú, el Distrito Federal en México y Brasil.

En el Código Civil argentino es donde se encuentra el mayor desarrollo sobre la simulación. Dichas normas se encuentran en el Capítulo I De la simulación en los actos jurídicos, en los artículos 955 al 960. Estas normas describen cuándo tiene lugar la simulación; contienen un concepto de simulación absoluta; establecen cuándo no se reprueba la simulación; prescriben cuándo no se puede anular la simulación relativa; y, cuándo no se pueden ejercer acciones contra el otro si se hubiere simulado el acto con el fin de violar leyes de perjudicar a un tercero. Por su parte, el Código Civil boliviano del año 1975, regula la simulación en el Capítulo VII De la simulación, en los artículos 543 al 545, que en su orden tratan sobre los efectos de la simulación entre la partes, tanto en la simulación absoluta como en la simulación relativa; los efectos de la simulación a terceros y sobre la prueba de la simulación.

A su vez, el Código Civil de Paraguay, en la Sección III De la simulación en los actos jurídicos, contenida en los artículos 305 al 310, regula la simulación determinando cuándo no es reprobada, cuándo se puede anular, sobre los contradocumentos, en relación a los terceros perjudicados, ante quienes no se puede oponer la simulación y sobre la prueba. Además, en el artículo 663 establece que la prescripción de la acción de simulación es de dos años.

En el caso del Código Civil peruano, han existido a lo largo de la historia tres diferentes versiones por lo que la simulación ha tenido diferente tratamiento. El código de 1852 no resaltó la importancia de la simulación como sí lo hizo el código de 1936. Con este antecedente, el Código civil peruano de 1984, actualmente vigente, contiene reglas sobre la simulación en los artículos 190 al 194 que regulan la simulación absoluta, la simulación relativa, la simulación parcial, la acción de nulidad del acto simulado, y la inoponibilidad de la simulación.

A pesar que el Código Civil del Distrito Federal de México data del año 1928, este contiene una regulación más extensa que otros códigos expedidos con posterioridad. Este código en los artículos 2180 al 2184 establece el concepto de acto simulado, la simulación absoluta, los efectos de la simulación absoluta, quiénes pueden pedir la nulidad de los actos simulados y los efectos de la nulidad del acto simulado.

Como se mencionó anteriormente, Brasil también ha regulado la simulación en su Código Civil del año 2002, y lo ha hecho en el artículo 167 que específicamente se refiere a la nulidad del negocio jurídico simulado.

En los países de América Latina que no fueron mencionados anteriormente sus códigos civiles no han regulado de manera específica la simulación, pero sí de manera indirecta al referirse a las contraescrituras, como sucede en los códigos de Colombia, Chile, Ecuador y Uruguay.

1.3. Definiciones

En la celebración de todo acto o negocio jurídico lo que se busca es una declaración real de la voluntad de los participantes, lo que hace pensar el porqué de aceptar la simulación sabiendo que lo que se pretende es “aparentar; hacer que figure una cosa distinta de la realidad” (Larrea, 2005, p.136). El problema no es reciente y ya fue tratado desde la época de los

romanos, teniendo referencia expresa en el Código de Justiniano en dos leyes la una cuando dicen: “Quod simulatur fingitur non esse que quiere decir la simulación se tiene por no hecho” (Cabanellas, 1974, p.4), y la segunda: “Plus valet, quod agitur, quam quod simulate concipiur” (Cabanellas, 1974, p.6), que significa vale más lo que se hace que lo expresado simuladamente. La simulación ha sido admitida en los actos y contratos teniendo en cuenta siempre que esta no sea contraria a la ley o al orden público, no tenga objeto ilícito y no se perjudique a terceros, siendo este el criterio generalizado.

Para Carcaba:

“Definir jurídicamente la simulación resulta una labor difícil y llena de dificultades debido a la enorme complejidad del fenómeno simulatorio, limitándose la mayoría de los autores a explicar el mecanismo propio de la simulación, a través del estudio de los elementos que la integran, infiriéndose del mismo su concepto, pero evitando describirla en líneas generales. No han faltado, no obstante, tratadistas que, más audaces, han expresado su concepción concreta de la simulación con una definición” (Carcaba, 1986, p.23).

Las definiciones dadas por las enciclopedias y los tratadistas son múltiples y con diversos criterios. Unas hacen un énfasis en la discrepancia y el perjuicio causado a terceros, otros a la contradecación, otros a la discrepancia de la causa típica del negocio y las descriptivas.

Es importante empezar con la definición realizada por Ferrara, el autor clásico más citado por todos quienes han escrito sobre el tema con posterioridad a éste. El define:

“simulación es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o

es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo” (Ferrara, 1926, p.74).

Por su parte, Rafael de Pina define a la simulación como la “manifestación de voluntad de las partes por medio de la cual declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas” (Pina, 1970, p.301). Dentro de esta misma línea de pensamiento tenemos a Martínez que considera que,

“la simulación de los actos jurídicos es una dualidad de convenciones, en la primera las partes declaran bilateralmente, con falsedad y publicidad lo que en realidad no han convenido; en la segunda manifiestan privada y secretamente entre ellas lo que verdaderamente han convenido; en consecuencia, hay una disconformidad bilateral y consciente entre lo querido y lo declarado con el fin de engañar;...” (Martínez, 1997, p.276).

Otro autor que se expresa en similares términos es Galindo, quien indica que,

“la simulación en Derecho es un acto de voluntad de los otorgantes, implica el propósito de declarar lo que en realidad no se ha convenido entre ellas y este propósito de ocultar la voluntad de los autores del acto, ha de ser producto de una concertación entre ellos (cuando el acto es plurilateral)” (Galindo, 1996, p.392).

Con una definición más amplia dentro de esta forma de pensamiento tenemos a Albaladejo, quien manifiesta que,

“Es simulado el negocio que, sin quererlo de verdad, se finge celebrar, llevando a cabo la conducta exterior en que consiste el otorgamiento del negocio verdadero que sea, pero sin voluntad de realizar efectivamente el tal negocio, que sólo aparenta, pues el otorgante u otorgantes no

tienen deseo de darle vida, sino que sólo persiguen (con el fin que sea) hacer creer a los demás que es realidad lo que únicamente es una engañosa apariencia vacía del necesario propósito comercial, propósito que no se tiene, sino que sólo se finge” (Albaladejo, 2005, p.17).

Una definición más completa la realizan los autores A. Alessandri, M. Somarriva y A. Vodanovic, manifestando que:

“la simulación es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitido conscientemente y de acuerdo entre las partes o entre el declarante y la persona a la cual va dirigida la declaración, para producir con fines de engaño la apariencia de un acto jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo” (Alessandri, Somarriva, y Vodanovic, 2005, p.360).

Una definición que hace referencia a la contradecación es la de Couture, considerando a la simulación “acción y efecto de crear las formas externas de un acto jurídico, normalmente con ánimo de perjudicar a terceros, ya sea ocultado con esas formas otro acto real, ya sea aparentando un acto inexistente” (Couture, 2006, p.676). Con criterio muy similar Ospina, G, y Ospina, E, ven a la simulación como la:

“figura específica de la discordancia entre la voluntad real (elemento interno) y su declaración (elemento externo), consiste en el concierto entre dos o más personas para fingir una convención ante el público, con el entendido de que esta no habrá de producir, en todo o en parte, los efectos aparentados; o en disfrazar, también mediante una declaración pública, una convención realmente celebrada, con el ropaje de otro negocio diferente; o en camuflar a una de las partes verdaderas con la interposición de un tercero” (Ospina, y Ospina, 2005, p.112).

Por su parte, Rivera, J y Medina, G, definen a la simulación,

“como el defecto de buena fe del negocio jurídico consistente en la discordancia consciente y acordada entre la voluntad real y la declarada por los otorgantes del acto, efectuada con ánimo de engañar, de donde puede resultar, o no, la lesión al orden normativo o a los terceros ajenos al acto” (Rivera y Medina, 2007, p.414).

Un concepto en el que se da importancia a la discrepancia entre la realidad y la apariencia es la de R. Fierro al decir que, “En el campo del derecho es aparentar, mediante concepto de las partes, para engañar públicamente. Por consiguiente, entraña una discrepancia entre la realidad y la apariencia” (Fierro, 2013, p.402).

Con relación al engaño lícito o ilícito, hay la definición que consta en la Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXV, en los siguientes términos: “la simulación es el acuerdo de partes discordante en la voluntad real y la declarada, con fines de producir un engaño lícito o ilícito” (Enciclopedia Jurídica Omeba, 1979, p.504).

El autor W. Núñez, en la línea descriptiva expresa:

“Nosotros, en esa misma perspectiva descriptiva, definimos la simulación negocial como el acto jurídico ficticio que tiene por finalidad engañar a terceros (absoluta) o encubrir un acto realmente producido (relativa), o una parte del mismo (testaferros o cláusulas inexactas” (Núñez, 2008, p.35).

Se puede afirmar que algo que es propio de la simulación es la no concordancia entre lo que se declara falsamente y la verdadera pretensión de los intervinientes, que contiene la voluntad cierta pero que no se hace visible.

1.4. Concepto jurídico

No es fácil encontrar el concepto jurídico de la simulación en las normas de derecho de los diferentes países que la tienen reglada, ni tampoco en la jurisprudencia de aquellos países que no han legislado de manera específica sobre la materia. Como primer ejemplo de una legislación que define de manera descriptiva a la simulación encontramos a la norma contenida en el Código Civil y Mercantil argentino, en su artículo 955,

“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, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten” (Código Civil y Mercantil Argentino, Art.955).

Se argumentó que ésta era una definición descriptiva, por cuanto se hace referencia a ejemplos de simulación relativa. Analizando el contenido del artículo citado, se puede apreciar que está compuesto de tres elementos: 1. El encubrimiento del carácter jurídico de un acto efectuando dos negocios como por ejemplo el aparentar una compraventa cuando en realidad es una donación y así evitar a futuro el pago del impuesto a la herencia. 2. El establecimiento de cláusulas que no son sinceras o fechas que no son verdaderas. Un ejemplo sería el establecer en una compraventa un precio menor al verdadero para pagar menos impuestos o cambiar la fecha del acto para favorecer a alguien que en su momento era menor de edad y no podía contratar por sí solo. 3. La presencia de personas interpuestas, situación que puede presentarse cuando se comparece a la celebración del acto como mandatario de otra persona o lo cuando se lo hace en calidad de testafierro para ocultar al verdadero interesado o beneficiario final del acto simulado.

El Código Civil del Distrito Federal de México en su artículo 2180 tiene una definición de que “es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas” (Código Civil del Distrito Federal de México, Art.2180).

Según I, Galindo,

“para penetrar en el sentido estrictamente jurídico de la disposición que se cita, debemos tener presente que la simulación incide--y sólo puede incidir--en un acto jurídico o mejor, en un negocio jurídico, cuyo elemento esencial es la voluntad de su autor...Las partes han conocido el propósito de engaño y además han exteriorizado lo que en realidad no se ha convenido entre ellas o que el autor del acto (si es unilateral) ha decidido no revelar. En realidad, en el contrato simulado se ha convenido ciertamente en algo: en fingir, en engañar. Existe en verdad una simulación del consentimiento que imprime falsedad al acto aparente, que es en fin, lo que caracteriza al concepto de simulación en la conducta humana en general” (Galindo, 1996, p.391).

En los países en los que no se ha regulado de manera expresa la simulación es necesario usar como referencia en la doctrina y en la jurisprudencia. Revisando en primer lugar el caso de Colombia, tenemos a D. Preciado que transcribe lo expresado por la Corte en los siguientes términos:

“El concepto ético-jurídico con que la ley y la doctrina aceptan y consagran el fenómeno de la simulación se funda en el principio de la autonomía de la voluntad y se condiciona con la exigencia de su licitud, esto es, con la necesidad de que con la simulación no se viole la ley ni se vulneren derechos de terceros. Desde el momento en que la simulación perjudica a estos o defrauda la ley, deja de ser lícita y pierde consecuentemente la condición jurídica el acto concertado en esa forma ficticia” (Preciado, 1988, p.3).

En el caso de Chile, que no cuenta con legislación expresa sobre la simulación, la Corte Suprema se ha pronunciado sobre el tema en varios fallos. En dichas sentencias la Corte Suprema chilena basa su decisión en la doctrina y a su vez elaboran sus propios conceptos. R. Díez hace referencia a dos sentencias en las que consta el concepto de simulación. En la primera se considera a la simulación como “un hecho que se produce dando a un acto jurídico las apariencias de otro diverso” (Díez, 2014, pp.71-72). En la segunda, en una explicación mas extensa se establece que,

“la simulación consiste en la declaración de un contenido de voluntad no real, emitido en forma consciente, con acuerdo de las partes para producir, la apariencia de un negocio que no existe o es distinto de aquél que realmente se ha llevado a cabo, con la finalidad de engañar a un tercero” (Díez, 2014, pp.71-72).

Para el caso de España se transcribe lo que el Tribunal Supremo dijo al definir la simulación en la Sentencia de 29 de Octubre de 1956 numeral (39) citada en la obra de M, Carcaba,

“Qué negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, sea que no existe en absoluto, sea que es distinto de aquel que se muestra al exterior, habiendo un marcado contraste entre la forma extrínseca y la esencia íntima, pues el negocio que aparentemente parece serlo y eficaz es, por el contrario, mentiroso y ficticio, porque no fue perfeccionado el negocio, o lo fue de modo diferente a aquel expresado, siendo un disfraz para encubrir un negocio diverso” (Carcaba, 1986, p.25).

Para la misma autora, “el Tribunal Supremo considera a la simulación como un supuesto de divergencia consciente entre la voluntad y declaración, en el que elementos son el acuerdo simulatorio y la finalidad el engaño” (Carcaba, 1986, p.24).

En el caso de Venezuela es necesario examinar lo contenido en la sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de Casación Civil en el expediente 2013-000052, en la cual se citan doctrinas y jurisprudencias anteriores para conceptualizar la simulación. En una parte de esta sentencia se establece que, "...La figura de la simulación no aparece definida por el legislador patrio, empero, la doctrina y la jurisprudencia han consagrado los principios que gobiernan esta materia." (El Tribunal Supremo de Justicia, Recurso de Casación Exp.2013 000052, p.9). En otro párrafo de menciona lo siguiente:

"Lo anterior pone de manifiesto, que la doctrina y la jurisprudencia son contestes en afirmar, que un acto simulado es una declaración de voluntad no real, emitida conscientemente y por acuerdo de las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que en verdad no existe o que es distinto del que realmente se ha llevado a cabo" (El Tribunal Supremo de Justicia, Recurso de Casación Exp.2013 000052, p.10).

El caso ecuatoriano tiene sus particularidades, por cuanto de la jurisprudencia revisada no se ha podido determinar la referencia a doctrina de autores ecuatorianos. En las sentencias examinadas, al tratar la simulación se hace referencia a autores chilenos o a repertorios de jurisprudencia de dicho país; y, en base a estas referencias extranjeras se fundamenta su análisis para establecer el concepto de simulación, las clases de simulación y otros aspectos dependiendo de cada caso a ser tratado.

1.5. La simulación y sus fines

En la simulación está presente el acuerdo de voluntades de los partícipes para que la declaración de voluntad manifiesta o expresa difiera de la de la verdadera intención con el propósito de engañar a terceros. A lo largo de la historia, las sociedades han recurrido a la simulación para ocultar al verdadero acto o negocio jurídico. Esto se lo puede observar en la actualidad cuando se

quiere ocultar bienes para no demostrar ostentación, para evitar ser sujeto de secuestro, no tener que afrontar constantes pedidos de dádivas o realizar donaciones evitando que se conozca la identidad del donante. También existen otros casos en los que parecería que lo que se quiere es incumplir la ley, como un matrimonio por conveniencia, la elusión de responsabilidades frente a los acreedores, burlar una incapacidad y evitar o disminuir el pago de impuestos. Es decir

“el acuerdo concertado entre todos los intervinientes en el contrato con el objeto de emitir declaraciones de voluntad divergentes de la intención real de los contratantes, no basta todavía para configurar una simulación; es necesario que las declaraciones aparentes hayan sido emitidas con la intención de engañar al público” (Carcaba, 1986, p.34).

Para entender de mejor manera cuales son los fines de la simulación vale la pena citar la definición de H. Cámara cuando dice: “el acto simulado consiste en el acuerdo de las 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 de terceros” (Cámara, 1958, pp.28-29). Esta definición, que puede ser considerada como tradicional, expresa de una forma más clara cuales son los fines de la simulación. No obstante, se procederá a realizar una pequeña variación, con el propósito de que sea más completa.

Como primer fin podemos destacar el engaño inocuo que no tiene la intención de causar daño a terceros; y, como contrapartida, tendríamos el engaño perjudicial que sí quiere causar daño o algún perjuicio a terceros, o como otros autores lo llaman, al público.

“En la simulación siempre hay un engaño, aunque no necesariamente un perjuicio. En efecto, dicho engaño puede ser inocuo, sin daño, como ocurre en la simulación lícita; o en perjuicio de terceros o para burlar la ley (animus nocendi), es decir, simulación ilícita. Al simular, los autores

del acto no actúan por simple pasatiempo, sino con propósito de provocar el engaño de terceros, del público, quienes tienen por real y veraz dicha apariencia. Este es el propósito y razón de ser de la simulación” (Enciclopedia Jurídica Omeba, 1979, p.505).

El engaño que se hace presente en la simulación debe servir para inducir a error a terceros pero no a la otra parte contratante. En la simulación la intención es causar un engaño a terceros, pero no de causar un daño perjudicial a terceros. “La simulación será un acto lícito si no contraviene derecho alguno. Por el contrario, será un acto ilícito, si perjudica a terceros, o si por otros motivos, es contraria a la ley” (Fierro, 2013, p.408). En el acto o negocio simulado el engaño o la falsedad no deben ser reconocidos por los terceros a quienes no se intenta causar daño. Puede afirmarse que la ley acepta, y en otros casos está normada de manera específica la simulación, estando conscientes que se puede violentar el principio de buena fe, como lo expresé en líneas anteriores con un engaño inocuo. “La mayoría de las veces, sin embargo, los simulantes desean defraudar los derechos de los terceros o violar una norma jurídica, siendo entonces la simulación ilícita” (Carcaba, 1986, p.34).

Ejemplos sobre esto sobran: puede ser considerado un engaño a terceros el ocultar el patrimonio del deudor ante sus acreedores a través de una venta simulada y de esa manera eludir el pago de obligaciones pendientes; o, un fraude a la ley sería el disminuir el precio que consta en una compraventa a fin de realizar un pago menor de impuestos; otro ejemplo de fraude a la ley es cuando se realiza una compraventa simulada que causa un menor impuesto que la donación.

1.6. Concepto de partes

De las definiciones y del concepto de simulación se puede deducir claramente que en esta intervienen las partes y terceros que son los engañados. En la simulación tiene importancia la distinción entre partes y terceros por las

acciones que se pueden ejercer y las pruebas que se pueden presentar o practicar. La acción de simulación tiene ciertas limitaciones para las partes y tiene mayor amplitud sobre los terceros a quienes se quiere proteger sus derechos. La valoración de la prueba dentro de un litigio va a variar dependiendo quien la presenta y de quien dedujo la acción. Las partes, como se dijo, tienen sus limitaciones y para estos en la simulación les une un vínculo contractual. En cambio, a los terceros perjudicados el vínculo es extracontractual.

“Son autores de la simulación los que han realizado el contrato simulado. En igual situación se encuentran sus representantes y sus herederos. Aquellos, por efecto de la representación, son considerados como verdaderos autores del contrato simulado; los otros, por título de sucesión universal, se colocan en la misma situación jurídica de sus causantes, continuando su personalidad” (Ferrara, 1926, p.427).

Las partes pueden comparecer a la suscripción del contrato de simulación de manera directa o a través de mandatarios, pero de todas formas serán considerados como partes contratante. Del concepto de parte citado anteriormente se puede expresar que los herederos o los sucesores a título universal se confunden con el causante, debiendo diferenciarse al legatario que este hereda a título particular, quien podrá ejercer las acciones en contra de los herederos universales, para hacer valer su derecho. Los herederos a título universal son considerados parte como lo fue el causante. Sin embargo, éstos podrán ser considerados terceros cuando ejerzan la acción de simulación y para la práctica de pruebas porque se han perjudicado sus derechos, como lo es en el caso de la legítima rigurosa.

“Por tanto quien no ostenta un derecho propio y actual, una posición jurídica amenazada por la simulación, no puede accionar. Por eso no es dado a los legitimarios impugnar donaciones simuladas de su causante durante la vida de éste, ya que sólo les corresponde entre tanto una

mera expectativa, no un derecho tutelable. Tampoco puede accionar por simulación un tercero no interesado, para beneficiar a otros o por simple impulso moral” (Ferrara, 1926, p.426).

Si bien es cierto que la parte y los terceros tienen derechos contrapuestos, puede darse el caso que la parte puede ser considerada tercero cuando se dan ciertas violaciones de sus derechos. Un ejemplo de esto es cuando los asignatarios forzosos ven vulnerados sus derechos por parte del testador, no solo en la forma de otorgar el testamento, sino cuando se intenta disminuir el valor de las asignaciones forzosas o evitar las mismas. En estas circunstancias, los asignatarios forzosos pueden ejercer acciones para reformar el testamento o ejercer la acción de simulación.

1.7. Concepto de terceros

Del concepto anterior se podría afirmar que es tercero todo aquel que no es parte de la simulación y que no está dentro de ninguna de las categorías para ser considerado como tal. Dentro de la simulación, el concepto de tercero es muy amplio y se deben establecer ciertas limitaciones. “En términos generales, terceros son todas aquellas personas extrañas a la convención; todos aquellos que no han concurrido con su voluntariedad a su generación; toda persona, que no es parte, es tercero” (Díez, 2014, p.111). La calidad de tercero en la simulación no puede tener la connotación normal, esto es cuando se considera como tercero a las personas totalmente ajenas a la relación entre las partes, pero existen personas que sí pueden tener interés sobre la simulación al ser posibles afectados o perjudicados.

“En efecto la noción corriente de tercero equivale a la persona absolutamente extraña al contrato [penitus straneus]. De acuerdo con la regla res inter alios acta, a una persona no la afecta el contrato, ni le aprovecha ni le perjudica. Nada le interesa entonces la celebración de determinado contrato, real o simulados” (Tamayo, 1997, p.326).

Siguiendo este concepto, podemos dividir a los terceros en absolutos y relativos. Los terceros absolutos son las personas que no tienen relación alguna con las partes ni la tendrán, por lo que no les interesa de manera alguna el esclarecimiento de la verdad y siempre permanecerán ajenos al hecho. Por otra parte, tenemos a los terceros relativos los cuales al momento que se celebra la simulación no tienen relación jurídica con los intervinientes o partes, pero a futuro si tendrán relaciones jurídicas. Estas últimas son las personas que tendrán interés en que se establezca la veracidad o no del acto jurídico que puede llegar a ser impugnado. En esta categoría de terceros relativos podemos tener, entre otros, a los acreedores quirografarios, acreedores hipotecarios, el cesionario o los causahabientes a título particular de las partes.

“El concepto de terceros en materia de simulación es, como puede verse, bastante amplio y comprende incluso a los causahabientes que, por lo demás, habrían de tener el mayor interés en defenderse de los engaños de las partes contratantes. Puede sintetizarse ese concepto de terceros en la siguiente formula: todos aquellos que son ajenos al contrato simulado, bien porque no tomaron parte en él, o no estuvieron representados en el mismo, o no son sucesores a título universal de los que lo realizaron” (Ferrara, 1926, pp.427-428).

Los herederos universales no ostentan la calidad de terceros por ser la continuidad de la personalidad jurídica del causante. Adicionalmente, son considerados parte del contrato simulado y deben respetar lo acordado por las partes. Por excepción, podrían ser considerados terceros cuando tengan que hacer valer derechos propios que por ley les corresponda. Por otra lado, tenemos a los legatarios que suceden a título particular quienes sí tienen la condición de terceros y pueden hacer valer su derecho contra las actuaciones de los herederos o contra los actos del testador si se llega a probar la simulación.

El Código Civil ecuatoriano en el artículo 1724 trata sobre las contraescrituras y se hace referencia a terceros. Este texto es similar al contenido en el artículo 1707 del Código Civil chileno sobre el cual se ha pronunciado la Corte Suprema de dicho país en relación al concepto de terceros. La Corte Suprema ha precisado el concepto expresando que,

“aunque la ley no dice quienes tienen la calidad de terceros para efectos del artículo 1707 del Código Civil, ha de entenderse que lo son los que no figuran como partes en la escritura pública; y en el hecho, lo serán aquellos que de alguna manera, directa o indirectamente, pueden ser afectados o tener interés en sus estipulaciones” (Díez, 2014, pp.111).

Se puede ver que existe una coincidencia de criterios entre lo sostenido por la doctrina y por la jurisprudencia respecto de lo que debe considerarse como terceros. Por estipulación debe entenderse las cláusulas contractuales, a la disposición o a la convención. Según el diccionario de la Real Academia Española, por estipulación se entiende “cada una de las disposiciones de un documento público o particular” (Diccionario de la Lengua Española, 2012). En cambio, de acuerdo al diccionario Anbar, se entiende por estipulación “cada una de las disposiciones de un documento público o particular” (Diccionario Anbar, 1998). En términos más exactos se puede afirmar que las estipulaciones pueden “determinar los derechos y obligaciones mediante una manifestación de voluntad. Se estipula principalmente en las cláusulas de los contratos; pero también cabe estipular en otros actos de voluntad” (Larrea, 2005, p.140). Un ejemplo del uso de la palabra estipulación encontramos en el Código Civil cuando habla sobre la sucesión futura.

1.8. Características de la simulación

La doctrina considera que para que exista un acto simulado es necesario que estén presentes varios componentes. A estos se los conoce como características, elementos o requisitos del acto simulado. Existe un criterio

mayoritario sobre la necesidad de la presencia de dos de ellos que son el acuerdo simulatorio y el propósito de engañar a terceros. La presencia de un tercer elemento que sería la divergencia entre la voluntad real y la voluntad declarada se mantiene en discusión. Para un sector minoritario de la doctrina existe un cuarto elemento que es “el acto ostensible, que es la declaración falsa y pública de las partes de que se ha convenido algo y en la que ocultan lo pactado en el acto secreto” (Martínez, 1997, pp.276). De igual forma, otros consideran como un elemento la discrepancia consciente, bajo el entendido que la simulación “es la discrepancia consciente entre lo declarado y lo realmente querido, proveniente de ambas partes a fin de engañar a terceros” (Ortiz, 2015, pp.50). Con estos antecedentes, se realizará un análisis de los tres principales elementos.

Un ejemplo en donde se pueden evidenciar las características de la simulación es en los contratos de trabajo simulados. Bajo estos acuerdos, se suscribe un contrato de servicios profesionales sujeto a las normas del Código Civil. Estos incluyen el pago de un honorario que lo establecen las partes de mutuo acuerdo. Sin embargo, a diferencia de un contrato regulado por el Código del Trabajo, el contratante no tiene que cumplir con las prestaciones laborales y sociales que le corresponderían. Las dos partes tienen un aparente beneficio económico al no asumir ninguno de ellos el valor que deben deberían por prestaciones de seguridad social. En esta forma de simulación se hacen presentes las tres características de la simulación. La primera es el convenio simulatorio, que en este caso es a través de una declaración verbal entre las partes de no suscribir el contrato de trabajo correspondiente. En segundo lugar, se hace presente la divergencia entre la voluntad real y la declaración pública, al ser la voluntad real una relación laboral y la declaración pública el contrato de honorarios profesionales. En tercer lugar se evidencia el engaño a terceros, en este caso al Ministerio de Trabajo y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social quienes pierden control y dejan de recibir mes a mes los aportes correspondientes. Esto posteriormente implica el perjuicio a otros afiliados y al propio trabajador que no podrá acogerse a los beneficios sociales que representa el estar afiliado al IESS.

El Estado, a través del Ministerio de Trabajo o el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social pueden realizar inspecciones de rutina a las empresas. En dicho procedimiento se podrá constatar que existen personas laborando con contratos de servicios profesionales cuando en realidad tienen una relación laboral. Estas personas, al estar sujetas a un horario de trabajo, al tener un sitio permanente de trabajo y al recibir órdenes directas de los que se considerarían sus empleadores, cumplen todos los requerimientos para ser considerados empleados bajo una relación laboral y no profesional. En estos casos, las empresas mas allá de ser multadas por el Ministerio del Trabajo, tienen la obligación de regularizar la relación laboral con la suscripción del correspondiente contrato de trabajo, la afiliación al IESS de manera retroactiva y el pago de las prestaciones sociales también con efecto retroactivo. Se puede concluir que la simulación ha sido desenmascarada en beneficio del trabajador.

1.8.1. El acuerdo simulatorio entre los partícipes

“Por acuerdo simulatorio ha de entenderse aquel al que llegan las partes de manera oculta y que constituye el presupuesto de toda simulación” (Fierro, 2013, p.410). En la doctrina y en la jurisprudencia se sobrepone la tesis que el acuerdo simulatorio es el elemento esencial del acto simulado, no siendo suficiente el engaño a terceros ni la divergencia entre la voluntad real y la declaración pública. “ En todo caso, la simulación requiere de un acuerdo simulatorio sin lo cual ésta no es concebible en la simulación” (Galindo, 1996, p.394). El acuerdo simulatorio va a recoger la conformidad de las partes otorgantes, esto es de mutuo acuerdo, para celebrar un acto simulado que va a aparentar lo que se va hacer público. “Con otras palabras: la simulación presupone siempre la convivencia entre quienes han participado en ella” (Ospina y Ospina, 2005, p.114). En el acuerdo simulatorio, el cual deber ser concertado o celebrado antes del acuerdo simulado, las partes reflejan su verdadera voluntad o la voluntad real,. Es en este momento en el que las partes intervinientes dejan sentadas las bases para la validez o no del acto disimulado, cuando se trata de la simulación relativa. Por ello, el convenio

simulatorio ha sido considerado el núcleo central de la simulación, en cuanto da significado al contrato simulado y, en el caso de la simulación relativa, también al disimulado.

Al acuerdo simulatorio se lo conoce como contradocumento o contraescritura cuando esté por escrito; y, contradecларación cuando es de forma oral. Con anterioridad se indicó que las leyes de varios países, en menor o mayor extensión, regulan de manera expresa la simulación. En los países que no lo hacen de manera expresa se lo hace por medio de la figura jurídica de las llamadas contraescrituras. Para la mayoría de los autores, la palabra contraescritura, contraescrito o contradocumento, proviene de la traducción literal de la locución francesa *contre-lettre*. Otros la llegan a llamar declaración secreta.

“El concepto de contraescritura constituye la verdadera intención de las partes y corresponde contrato disimulado. Esta verdadera intención puede estar escrita o no estarlo. Cuando está escrita, se denomina contraescritura. Cuando no lo está, se denomina contradecларación, por lo cual podemos concluir que esta es el género y aquella la especie. La contradecларación constituye el nexo de primacía del contrato disimulado sobre el contrato simulado” (Fierro, 2013, p.407).

La celebración del contrato simulado se la puede hacer antes o de manera simultánea a la celebración del acto aparente con el fin de quitar los efectos de este o con el fin de dar otros efectos al contrato disimulado cuando se trata de la simulación relativa.

Existen varias tesis por parte de los autores sobre las contraescrituras. Así para algunos la contraescritura sirve para modificar o dejar sin efecto lo que se ha expresado o acordado en la escritura; pero,

“en cambio para otros autores y es la opinión que predomina entre nosotros y en la jurisprudencia, sólo hay contraescritura cuando el documento da constancia de un acto simulado; en consecuencia, si no existe simulación, hay una modificación o revocación de lo pactado, pero no contraescritura” (Abeliuk, 2014, pp.188-189).

El Código Civil ecuatoriano hace referencia a la contraescritura en el artículo 1724 del Título XXI del libro IV “De la prueba de las obligaciones,” cuando dice:

“(Contraescritura) Las escrituras privadas hechas por los contratantes, para alterar lo pactado en escritura pública, no surtirán efecto contra terceros. Tampoco lo surtirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero” (Código Civil ecuatoriano, Art.1724).

El texto de este artículo es casi similar al texto constante en los códigos civiles de Chile y de Colombia. Debido a esto se ha considerado que el artículo establece el efecto de las contraescrituras y su oponibilidad; habiéndose cometido el mismo error del código francés respecto a su ubicación al no ser su fin el probar una obligación. Adicionalmente, del texto del artículo antes citado queda claro que la contraescritura es ley para las partes que lo suscriben; y, para los terceros la escritura privada les es inoponible y la contraescritura si es oponible, siempre y cuando se hayan cumplido los dos requisitos establecidos en el segundo párrafo del mismo artículo, esto es su marginación y que se haya corrido traslado al tercero.

Aún cuando así lo establece el Código Civil ecuatoriano en el artículo citado en el párrafo anterior, llama la atención que las escrituras privadas pueden alterar lo pactado en un escritura pública, eso sí precautelando el derecho de terceros, contra quienes no surtirá efecto alguno. Algunos autores sostienen que no es necesario que la contraescritura sea otorgada de manera anterior o simultánea

al acto aparente; solo basta que exista la simultaneidad intelectual, es decir que debe haber la intención de otorgar la contraescritura desde que se otorgó el acto simulado.

Como principio general se tiene que no es oponible para terceros el acuerdo simulatorio. “Ese acuerdo que lo podríamos llamar preparatorio de la simulación, contiene el convenio para la celebración del acto simulado y contiene también además los elementos esenciales el contrato aparente que se comprometen a celebrar los simuladores” (Galindo, 1996, p.396). Este acuerdo simulatorio celebrado previamente al acuerdo simulado, el cual contiene la voluntad real de los intervinientes, generalmente se lo otorga por escrito, lo que a futuro podrá servir como prueba.

1.8.2. La divergencia entre la voluntad real y la voluntad declarada

La doctrina considera a la divergencia entre la voluntad real y la voluntad declarada como el segundo requisito del acto simulado. Antes de analizar este aspecto vale la pena tomar en cuenta cuándo se considera que existe simulación.

“Existe simulación cuando el declarante está de acuerdo con el destinatario de la declaración en que éste no tenga eficacia, tratándose únicamente de despertar, a los ojos de terceras personas, la apariencia de una declaración válida y eficaz. A veces, las partes se limitan a forjar una apariencia de negocio jurídico, pero, otras veces, a la par con el negocio simulado o ficticio celebran un contrato serio, encubierto o velado (disimulado) por aquel, y como según la ley, se ha de estar a la voluntad real y concordante de las partes que contratan, es evidente que el negocio simulado es un negocio nulo, mientras que el otro, el disimulado, surtirá efectos, siempre y cuando que se den en él todos los requisitos que le son propios” (Tuhr, 2007, pp.214-215).

Otra definición de simulación más relacionada al requisito de la voluntad es la siguiente: “Hay simulación en un acto jurídico cuando hay discrepancia intencional entre la manifestación de voluntad y el verdadero propósito del sujeto o los sujetos del acto” (Cubides, 1999, p.181).

En muchos casos puede existir divergencia entre la voluntad interna y la voluntad aparente por diferentes motivos, pero en el caso de la simulación, esta divergencia entre las voluntades es consciente, es decir los declarantes conocen y se dan cuenta que en sus declaraciones no está el reflejo de su verdadera voluntad.

“El problema de la divergencia entre la voluntad declarada y la voluntad real no puede resolverse de una manera uniforme, porque hay situaciones en que será justo y socialmente conveniente dar preferencia a la declaración sobre la voluntad real y situaciones en que se impone la solución contraria” (Melich, 1993, p.104).

Dentro de esta línea de pensamiento se debe diferenciar claramente los casos que tanto la doctrina como la jurisprudencia han calificado como simulación absoluta y simulación relativa. Para la simulación absoluta se puede aplicar lo siguiente: “Del mismo modo es común que en casos de contratos simulados, no exista verdaderamente un contrato en el que las partes hayan convenido; se trata simplemente de aparentar la celebración de un contrato, que en el hecho no existe” (Alessandri, 2011, p.390).

De forma mayoritaria, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que la disconformidad entre la voluntad interna y la voluntad declarada o voluntad hecha pública o declaración pública, es la que de manera intencional, deliberada y consciente, las partes han querido al celebrar el contrato simulado. “Esta declaración ostensible puede ser enteramente vacía, o recubrir una diversa voluntad efectiva, lo cual da lugar a dos especies de simulación: la absoluta o la relativa” (Enciclopedia Jurídica Omeba, 1979, p.505). Para poder

apreciar la simulación absoluta y la simulación relativa, es útil revisar el siguiente razonamiento,

“En la simulación absoluta, en la cual los agentes crean una ficción deliberadamente desprovista de toda eficacia entre ellos, así en las llamadas ventas de confianza o ficticias, como la que el deudor hace a su paniaguado para burlar a sus acreedores, y también en la simulación relativa, en la cual el acto real se recubre con un ropaje que no lo corresponde, como la donación disfrazada de compraventa o la compraventa real que ostenta condiciones distintas de las estipuladas...” (Ospina y Ospina, 2005, p.114).

La discrepancia entre la voluntad y la declaración no es aceptada de manera unánime por la doctrina, por lo que se analizará lo que sostiene la doctrina encabezada por F. Ferrara y quienes lo han seguido y, en menor extensión, las doctrinas que tienen un enfoque diferente. Para F. Ferrara:

“en la simulación, a una declaración preventiva, que permanece oculta y establece que no se quiere el negocio que se trata, sigue una declaración pública de que se quiere el negocio. Estas dos declaraciones separadas y autónomas, tienen también en la mente de los contratantes una función diversa: la primera sirve para regular sus reciprocas relaciones y en esto se agotan sus efectos: la segunda, para producir la apariencia ante los terceros con el propósito de engaño.... La unidad de la acción de voluntad, excluye la idea de la neutralización, que supone dos términos, igualmente eficaces y contrarios. Por otra parte, puede añadirse, para que dos declaraciones se neutralicen precisa que sucedan en el orden de lo positivo a lo negativo y, así, sustrayendo la una el contenido de la otra dan por resultado cero. Pero en la simulación sucede lo contrario. Lo pre ordenado es el fraude: el acto simulado es la ejecución de un designio preestablecido, y si la declaración verdadera y secreta se suele confirmar en una contraescritura que, de ordinario, es

posterior al acto, esto es tan sólo al fin de tener un documento de prueba” (Ferrara, 1926, p.72).

En España, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha confirmado lo expresado en la doctrina en el sentido que “en todos los casos de simulación existe discordancia intencional entre la voluntad declarada y la voluntad real (66), de modo que nota característica de todo negocio simulado es la divergencia consciente entre voluntad y declaración” (Carcaba, 1986 p.31). Esta tesis ha tenido apoyo doctrinario y jurisprudencial en España y de los países latinoamericanos como Argentina, Colombia, Chile, Ecuador, Perú.

“En Argentina, donde la simulación ha tenido un importante desarrollo doctrinario, con el invaluable soporte de un tratamiento positivo sobre la materia, sostienen esta tesis, entre otros, Llambías para quien “la simulación está formada por dos declaraciones: una reservada y que corresponde al verdadero querer de las partes; otra, ostensible destinada a los terceros y que no corresponde al real querer de las partes”. (Parraguez, 2014, p.77).

El autor argentino afirma que, “Una de las notas esenciales de la simulación, es la discordancia usualmente bilateral querida por las partes intervinientes, lo que se exterioriza en la unidad de un proceso psicológico e intelectual (unidad de acto volitivo)” (Gagliardo, 2008, p.66).

Un concepto muy similar se da en el caso de la doctrina colombiana donde en relación a la simulación se establece que: “Esta figura específica de la discordancia entre la voluntad real (elemento interno) y su declaración (elemento externo), consiste en el concierto entre dos o más personas para fingir una convención ante el público...” (Ospina y Ospina, 2005, p.112).

En Chile, al tratar los requisitos de la simulación, la doctrina hace referencia a la disconformidad entre la voluntad y su declaración en los siguientes términos:

“Esta contradicción, entre la voluntad interna y la voluntad declarada, es característica de la simulación” (Díez, 2014, p.75). Algo similar se manifiesta en otra doctrina chilena al hablar sobre la existencia de la voluntad negocial, contenida en los siguientes términos:

“Otro tanto ocurre en los supuestos de simulación absoluta en que las partes exteriorizan una apariencia de voluntad, pero sin querer realmente el acto, sino solo la apariencia de este, o en los de simulación relativa, en que se aparenta un negocio, pero en verdad se quiere otro, que se disimula con aquel, de forma que en el primero no hay real consentimiento” (Domínguez, 2014, p.37).

El mismo autor realiza dos preguntas. La primera se refiere sobre cuál de las voluntades debe atenderse para determinar la voluntad negocial. Esto es a la voluntad interna o a la voluntad declarada. La segunda pregunta está enfocada respecto a cuál es la posición de la legislación chilena.

“Anotaremos , primeramente, que a la época en que se dictó nuestro Código, predominaba sin discusión la teoría de la voluntad interna.... Es en razón de ello que en la interpretación de los contratos debe estarse a la “intención de los contratantes... más que a lo literal de las palabras”. Por eso la teoría de los vicios de la voluntad consagrada entre nosotros, y que veremos más adelante atiende a la preservación de la voluntad interna” (Domínguez, 2014, p.42).

En la doctrina ecuatoriana se tiene pocas referencias sobre el tema, sin embargo se puede citar la siguiente:

“Lo más característico en el Acto Simulado, es la divergencia intencional entre voluntad y declaración. Las partes no quieren el negocio, quieren sólo hacerlo parecer y por ello emiten una declaración disconforme con la realidad que PREDETERMINA la nulidad del Acto Jurídico y al mismo

tiempo, produce una ilusión falaz de su existencia. Se trata de una declaración vacía, efímera y por lo mismo NULA, que no representa la voluntad real, destinada tan sólo a deslumbrar al público.” (Coronel, 1989, p.24).

Siguiendo lo expresado por la doctrina chilena, la Corte Suprema de Justicia de Ecuador utilizó el mismo criterio sobre la intención de los contratantes. Este razonamiento jurídico se lo evidencia cuando se expresa que, “Además el mismo Código Civil ecuatoriano prescribe que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y dispone también que conocida claramente la intención de estos debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; de manera que, en el caso, conocida claramente es intención, descartado el acto jurídico ostensible queda el efectivo, y a éste se subordinan las relaciones jurídicas de las partes,...” (CSJ. Juicio No.237-2006-k.r., 2008, p.4).

En el caso peruano las cortes tiene diferentes criterios respecto a que si la divergencia entre la voluntad y la declaración deba ser considerada como un elemento de la simulación. Un pronunciamiento de que sí es elemento de la simulación se puede observar en el siguiente texto,

“Exp. No. 878-94-Lima, 16 de octubre de 1995, refiere que en “ la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo; requiere, por tanto, la concurrencia de tres presupuestos tales como la disconformidad entre la voluntad real y la manifestación, el concierto entre las partes para producir el acto simulado y el propósito de engaño.” (Núñez, 2008, p.72).

Entre las doctrinas que no aceptan la discrepancia que puede existir entre la voluntad interna y la voluntad declarada se encuentra la de Díez Picazo que,

“sostiene que quien dice querer cuando en realidad no quiere se expresa de este modo voluntariamente, de suerte que lo manifestado coincide plenamente con la voluntad de realizar tal declaración, negando por tanto todo desacuerdo entre la voluntad interna y la exteriorizada (68)” (Carcaba, 1986, p.32).

Por otro lado tenemos la doctrina que considera que tanto el acuerdo simulatorio como el negocio simulado tienen su propia autonomía e independencia. En los mismos se han realizado declaraciones de voluntad perfectamente válidas con la intención de que tenga validez cada uno de los actos; por tanto, no se da la contradicción entre la voluntad y la declaración, sino una contradicción entre los negocios realizados. De igual forma se hizo presente en el siglo XIX la llamada doctrina objetiva o de la voluntad declarada,

“esta doctrina alerta sobre la dificultad y los peligros de supeditar la inteligencia del negocio a la exploración de un elemento particularmente esquivo, como es la intención, albergada, como está en el fuero interno de las personas, búsqueda que por su naturaleza, pertenece a la psicología más que al Derecho.” (Parraguez, 2014, p.36).

Un sector doctrinal minoritario es el que fundamenta su razonamiento en la interpretación,

“Niegan la existencia de discrepancia entre la voluntad y la declaración para afirmar que las partes utilizan un lenguaje convencional cuya clave de interpretación se encuentra en el acuerdo simulatorio.... Las críticas a esta tesis son numerosas. La simulación y el lenguaje convencional, son dos fenómenos diferentes: éste consiste en un conjunto de señas y expresiones que nada tiene que ver con el lenguaje usual, y que únicamente se utiliza para impedir que los terceros tengan conocimiento del contrato tal como ha sido estipulado, pero con él no se oculta su

existencia ni se pretende crear la apariencia de un negocio, sólo se vela el contenido del celebrado.” (Carcaba, 1986, pp.32-33).

Considero que la divergencia entre la voluntad real y la declaración pública de las partes que intervienen en la simulación se efectúa de manera consciente e intencional, lo que evita que se confunda con otra figura.

1.8.3. El propósito de engañar a terceros

El engaño a terceros es considerado otro de los elementos esenciales para que se puede dar la simulación ya que no es suficiente el acuerdo entre las partes, momento en el que se presenta la divergencia entre la voluntad real y la declaración pública.

“Ahora bien, no debe confundirse la intención de engañar con la de dañar, porque la intención de crear una apariencia engañosa nada tiene que ver con el ánimo de perjudicar, pues el fin que se persigue engañando a terceros puede ser lícito,...”(Carcaba, 1986, p.34).

El objeto de la simulación es el engaño no se pretende causar daño. Dependiendo de este elemento, nos podemos encontrar frente a la simulación lícita o ilícita. Al existir acuerdo expreso y consciente entre los partícipes del acto simulatorio, el engaño tiene que surtir efecto a terceros los cuales no deben reconocerlo.

“Hacemos recalcar que el engaño debe ser empleado para inducir en error a terceros y no a la contraparte. Respecto de la contraparte, debe existir el acuerdo de voluntades que, en caso de estar viciado por el ocultamiento malicioso de la realidad por una de las partes, sería ineficaz, no en razón de la simulación sino del dolo, en conformidad a las reglas generales sobre el particular.⁹⁷” (Díez, 2014, p.77).

Sin embargo, existen autores que sostienen que la bilateralidad de la partes intervinientes en el acto simulado no es necesaria como regla general, sino que a veces existe un acuerdo entre una de ellas y un tercero. En este caso no se trataría de una simulación sino que se induciría al error o dolo a la otra parte, la cual podría demandar la nulidad del negocio o del contrato.

1.9 La calificación de la simulación

1.9.1 Calificación ética

En la celebración de los actos jurídicos o negocios jurídicos se presume que las partes contratantes están aplicando el principio de buena fe; además, se presume que su actuación es realizada con sinceridad. Esta aplicación de principios se ve afectada cuando la normativa legal de manera expresa regula la simulación o de manera indirecta la permite, siempre y cuando se lo realice con un engaño inocuo sin que se viole derechos de terceros o la ley.

“Es claro que el empleo de esta figura, en cualquiera de sus formas antes descritas, debería siempre ser sospechoso de fraude, porque no es normal que los particulares, al obrar como delegatarios del legislador en la regulación de las relaciones sociales, con plena conciencia engañen a los terceros. El engaño se opone a la sinceridad que debe ser el espíritu de toda norma jurídica, general como lo es la ley, o particular como lo es el contrato” (Ospina y Ospina, 2005, p.115).

En la doctrina existen criterios que son más drásticos al afirmar que “la simulación es un fraude” (8), o “una forma de fraude” (9) y, siendo absoluta, es frecuente que opere con fines de fraude.” (Gagliardo, 2008, p.80).

Desde la caída del Imperio Romano, hasta que se hicieron presentes la codificaciones del siglo XIX -conocido como el periodo intermedio europeo-, se consideró que en la simulación estaba presente el fraude, y por tanto se la

convertía en ilícita. En las doctrinas modernas se ha vuelto a la aplicación del derecho romano bajo la teoría individualista, la que establece que se puede aceptar la simulación siempre y cuando esta no contravenga la moral o la ley. Un ejemplo de esta forma de aceptación de la simulación se presenta cuando por motivos altruistas o para evitar la ostentación, se quiere ocultar quien es el verdadero dueño de la fortuna a ser donada, u ocultar quién está atrás de un negocio pudiente. Este ocultamiento se da por diversos motivos como por seguridad personal.

De igual forma se acepta que en ciertos casos la simulación puede estar encaminada a perjudicar a terceros o violar la ley, en ambos casos con intenciones fraudulentas. En la mayoría de estos eventos la ley sanciona civilmente y en otros casos incluso penalmente, al ser considerada la simulación un acto ilícito. “Es que el simulador no se conforma con la mera mentira, sea verbal o escrita, disimulando lo real pues su propósito es la creación de una apariencia” (Gagliardo, 2008, p.58). Este tipo de contratos de simulación para engañar y perjudicar a terceros se presenta, por ejemplo, cuando se ocultan los bienes del deudor para evitar que sus acreedores puedan acceder a estos.

La simulación puede presentarse en varias formas, ya sea por una compraventa simulada, una donación simulada, una aportación de los bienes a una sociedad, la constitución de un fidecomiso con aporte de los bienes, la creación de gravámenes no reales y otras variantes. Los casos de celebración de contratos simulados para violar o contravenir la ley se dan, por ejemplo, cuando se establecen en los contratos valores menores a los reales para disminuir el valor de pago de impuestos de transferencia y de plusvalía; o, cuando se realizan compraventas simuladas para eludir el pago del impuesto a la herencia. Existe fraude legal “cuando se hace para obviar incapacidades, por ejemplo, el tutor adquirir bienes del pupilo o el litigante adquirir bienes en el litigio en el cual actúa.” (Fierro, 2013, p.404).

El análisis realizado deja pensando un lado crítico de la simulación, esto es si esta sobrepasa lo que para unos está dentro de la ética y para otros fuera de esta.

1.9.2 Calificación jurídica

No existe un criterio unánime en la doctrina para referirse a la simulación. Hay dos teorías al respecto; la primera llamada dualista señala la existencia de dos actos, uno aparente y otro secreto; la segunda, llamada monista, sugiere la existencia de un solo acto que está conformado por dos declaraciones, y la segunda disminuye o limita a la primera o elimina cualquier efecto de la misma. En el caso de Colombia, la Corte Suprema ha participado del criterio dualista, pero en las últimas décadas se ha inclinado hacia la doctrina monista.

La jurisprudencia ecuatoriana se inclinado en sus pronunciamientos por la doctrina monista, sin considerar la existencia de una segunda declaración conocida como contra documento o contra escritura.

1.10 Actos susceptibles de simulación

En una concepción muy amplia es posible simular una infinidad de actos de la vida cotidiana, pudiendo ser estos todos aquellos que se exteriorizan, es decir, ser conocidos por un tercero, variando desde aspectos sentimentales hasta el estado de salud y pasando por todos los hechos que se nos presenten a diario. Como regla general, se considera que todo acto bilateral tiene la posibilidad de simularse. Sin embargo, como excepción a esta regla tenemos los siguientes casos,

“la doctrina en general acepta que hay ciertos actos en los cuales no cabe la simulación. Tales serían, entre otros, el matrimonio, los actos de Estado y el testamento, en los cuales deben protegerse o bienes y derechos superiores, o la voluntad solemnemente manifestada por quien ya no está en posibilidad de ratificar, o, en fin, la soberanía y estabilidad de las instituciones político-administrativas” (Cubides, 1999, p.187).

Aún cuando se dijo que el matrimonio no es susceptible de simulación, hay quienes sostienen que en el acto del matrimonio se puede hacer presente la simulación, en el momento que las partes están de acuerdo en llevarlo a cabo solo para un fin específico, como sería el facilitar la obtención de la residencia o nacionalidad de uno de los contrayentes, o con el fin de reconocer a un hijo extramatrimonial luego de lo cual disolverían el vínculo matrimonial. Con el fin de evitar este fraude, existen legislaciones que realizan la verificación de la veracidad de la celebración del matrimonio con la presencia de inspectores en el día de la boda. De igual forma, dependiendo de las legislaciones, se establecen un cierto número de años de convivencia entre los esposos para conceder la nacionalidad al otro cónyuge por matrimonio.

1.10.1 Actos Unilaterales

El acuerdo simulatorio es considerado como la base para que proceda la simulación; por tanto, al no estar presente el mismo en los actos unilaterales, ha llevado a la doctrina a que considere que no es factible la simulación de actos unilaterales.. Sin embargo, se ha desarrollado el concepto de los actos unilaterales recepticios, que están dirigidos a determinadas personas y que tendrán interés por cuanto van a producir efectos sobre estos. Tenemos como ejemplos la notificación de la cesión de un crédito al deudor, la renuncia de un derecho, la cancelación de una obligación de manera anticipada; es decir, no necesariamente lleva implícita una participación activa del llamado destinatario, pero sí implica la colaboración silenciosa o de manera tácita por parte de este, el cual está consciente de la intención simuladora del acto unilateral. Esta idea se encuentra en la cita que realiza Mosset al citar a Messineo cuando establece que,

“Sea que el destinatario rechazando la declaración tenga el poder de impedir la formación del negocio, como postula un sector de la doctrina, sea que se requiera de él la mínima cooperación que se desprende de la índole recepticia del negocio, lo cierto es que una u otra actitud posibilitan arribar al entendimiento simulatorio” (Mosset, 2008, p. 85).

Existe la tesis del autor francés Dagot, quien considera que no es necesario el acuerdo simulatorio para que se dé la simulación. Por tanto, para él es perfectamente ejecutable la simulación en los actos unilaterales, inclusive en el testamento. Esto en razón que para el autor no se ha demostrado la necesidad del acuerdo simulatorio y esto viabiliza en el testamento a pesar de ser un acto unilateral no recepticio. Tenemos como ejemplo un legado que se realiza mediante interpuesta persona. En los actos testamentarios no existe la necesidad de aceptación del legatario o heredero. El acto se perfecciona con la mera voluntad del causante. En lo que respecta a la sucesión, se presentan de manera simultánea varios negocios unilaterales, en especial lo que constituye la aceptación o la repudiación de la herencia. En estos casos no está presente la simulación ya que no son actos recepticios, por cuanto en esta se encuentra expresada la voluntad del declarante sin que sea expresada contra alguien en particular.

Considero que es procedente la simulación en los actos unilaterales compartiendo el criterio de la corriente moderna, siempre y cuando tenga conocimiento la parte que se va a beneficiar de manera directa o indirecta del acto unilateral simulado.

1.10.1.1 Tesis contrarias

La corriente clásica mantiene el criterio que no procede la simulación en los actos unilaterales al no cumplirse el requisito indispensable para que se dé la simulación que es el acuerdo de las partes reflejado en el acuerdo simulatorio. “Dentro del mismo orden, tampoco se puede configurar la simulación en los actos unipersonales, en los que, por definición, hay un agente único y, por ende, una voluntad y una declaración únicas” (Ospina y Ospina, 2005, p.115).

Por tal motivo y de forma general, quedan sin la posibilidad de ser considerados actos simulados todos aquellos negocios unilaterales en los cuales solo la voluntad de una parte es la que se expresa. La corriente

moderna considera que sí es posible la configuración de la simulación en los actos unilaterales, para lo cual acude a la fórmula de distinguir entre actos unilaterales,

“recepticios y no recepticios (o dirigidos o no dirigidos); entendiéndose por los primeros aquellos que para su existencia y la producción de efectos deben comunicarse a determinado sujeto exclusivamente interesado en él, y, por los segundos, los que carecen de un destinatario exclusivamente interesado y, por ende, no pueden ni deben ser dirigidos a persona alguna” (Mosset, 2008, p.84).

Esta distinción de actos unilaterales recepticios, o también llamados declaraciones recepticias, y los no recepticios fue motivo de análisis en el numeral anterior. Sin embargo, vale la pena resaltar que el propio Ferrara tuvo dos posiciones respecto de la procedencia de la simulación en los actos unilaterales. En las primeras ediciones de su obra expresó que, “la simulación requiere el concurso de varias partes contratantes, está excluida del campo de los actos unilaterales; y si el declarante tiene una voluntad opuesta a lo que declara esto constituye reserva y no simulación.” (Ferrara, 1926, p.140). Esta postura del gran tratadista tuvo su giro, y según palabras de su hijo, antes de morir, durante la redacción de la sexta edición de su obra, en el prólogo se refirió expresamente sobre la simulación en los actos unilaterales al manifestar que,

“que el acuerdo simulatorio no debe entenderse como un verdadero contrato de obrar en apariencia: “Basta una simple inteligencia o acuerdo entre las partes, la simple cooperación pasiva del otro, o la aquiescencia, o la convivencia. Así es preciso admitir que el protagonista, el que planea el contrato simulado, es únicamente aquel que tiene interés en hacer aparecer el acto jurídico, mientras que los otros se prestan a ser compadres o complacientes comparsas” (Mosset, 2008, p.86).

En todo caso se puede afirmar que la llamada tesis clásica ha ido perdiendo terreno frente a la llamada corriente moderna.

1.10.1.2 Testamento

Existe un criterio doctrinario casi unánime en el sentido que en el testamento no es posible la simulación, al ser considerado un acto unilateral por excelencia. El testamento está dentro de los actos jurídicos no recepticios. “Se forma en cuanto se realiza la manifestación de voluntad y deviene eficaz, perfecto, por la muerte del declarante. No hay necesidad de que llegue a conocimiento de nadie, heredero, legatario, acreedores” (Mosset, 2008, p.86).

De igual forma existen criterios que consideran al testamento como la declaración de la última voluntad del testador, sin que exista la bilateralidad que se requiere para que se dé el acto simulado. Por tanto, no procede la simulación pero sí la reserva mental, por tener que prevalecer la voluntad real sobre la voluntad declarada en asuntos testamentarios. Mosset, al citar a Cicu, indica que se da una excepción al sostener que “la simulación es posible cuando el testamento; por ejemplo, con el fin de hacer creer a terceros interesados que ésta era la última voluntad del testador, mientras que en una declaración contraria se haga constar que se trata de un testamento simulado” (Mosset, 2008, p.87). Esta hipótesis no ha prosperado por cuanto se está vinculando a la última voluntad del testador a un convenio sobre la futura herencia, y por tanto pierde esa calidad.

1.10.2 Actos Bilaterales

No existe cuestionamiento alguno de que la simulación puede estar presente en los negocios jurídicos bilaterales. En efecto, en estos se puede concretar el acuerdo simulatorio entre las partes, las cuales en algunos casos pueden estar compuestas por varios intervinientes convirtiéndose en negocios plurilaterales. Bajo esta premisa, la simulación tiene un amplísimo campo de aplicación en los

negocios bilaterales, pudiendo estos ser negocios jurídicos patrimoniales o extra patrimoniales. En los segundos podemos encontrar a las capitulaciones matrimoniales, la disolución del vínculo matrimonial, el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, la adopción, entre otros. Los negocios jurídicos patrimoniales son de difícil enumeración por todas las formas en que pueden presentarse; no obstante, se los podría agrupar en:

- “a) Los que cumplen funciones de cambio mediante la circulación de bienes a través de su enajenación o disposición –compraventa, permuta, cesión onerosa de derechos-, o en virtud de esa circulación pero recurriendo a la concesión temporaria de esos bienes –locación urbana, arrendamiento rural, etcétera-;
- b) los que cumplen función de crédito mediante los préstamos de consumo, mutuo oneroso y gratuito, o de uso gratuito, comodato, o entrega en guarda con derecho a usar, deposito irregular;
- c) los que cumplen función de previsión, como la renta vitalicia;
- d) los que cumplen función de cooperación o contratos asociativos, sociedad y asociación, o de mera cooperación en la gestión de mandato con o sin representación, etcétera” (Mosset, 2008, p. 90).

Si bien esta agrupación de los contratos que pueden simularse esta realizada por conceptos, su enumeración es ejemplificativa y no taxativa. Vale indicar que existen contratos que aún siendo de uso frecuente no se han mencionad; por ejemplo, la promesa de compraventa, la transacción, el contrato de trabajo, la renta vitalicia, el leasing financiero o el negocio fiduciario. Adicionalmente, es importante mencionar que en muchos casos se realiza la combinación de dos figuras jurídicas para llevar a cabo la simulación, como sería la compraventa y luego el arrendamiento, con el propósito de que los bienes objeto de la simulación continúen en posesión y uso de la parte que quiere ocultar su patrimonio.

Es importante resaltar un ejemplo muy común respecto a la disposición de bienes patrimoniales, que a pesar de estar enunciada en la clasificación en la categoría de enajenación de bienes tiene su propia identidad. Este es el caso de la venta de bienes realizada de padres a hijos, cuando en realidad es una donación con el fin de evitar o disminuir a futuro el pago de impuesto a la herencia. En el Ecuador cualquier compraventa de esta naturaleza es considerada una donación y está sujeta al pago de un impuesto similar al del impuesto a la herencia. Lo que permite nuestra ley es realizar donaciones de padres a hijos, durante cada ejercicio fiscal, existiendo una exoneración para un valor determinado anualmente y por el excedente se paga un impuesto progresivo en base a una tabla.

1.10.3 Los más comunes, compraventa, donación, cesión

Como fue mencionado, los negocios bilaterales pueden ser de la más amplia aplicación, por lo que resulta imposible analizar cada uno de ellos. En razón a esto nos concentraremos en los más comunes.

La compraventa es quizás el contrato donde con mayor frecuencia se puede presentar la simulación, en razón a que este contrato permite la transferencia de la propiedad de bienes muebles e inmuebles, permitiendo la disminución del patrimonio de quien realiza la venta simulada. En este punto vale la pena distinguir los casos en los que las partes realizan la compraventa con la única intención de ocultar los bienes del vendedor; es decir, no existe la intención genuina de transferencia de dominio, siendo el único fin evitar que estos bienes sean ejecutados por los acreedores del propietario. Este sería un típico caso de simulación absoluta en el que las partes pueden cumplir de forma muy estricta con todos los requerimientos necesarios para perfeccionar la compraventa simulada, ya sea con la suscripción del contrato privado en caso de muebles o con la escritura pública en el caso de inmuebles. En el caso de inmuebles además se debe cumplir con la formalidad de celebrar el contrato ante notario público y la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad.

De esta forma los partícipes en la compraventa simulada quieren presentar a terceros la mayor solemnidad posible y las características de un acto verdadero. Un caso diferente es la compraventa simulada donde las partes realizan el negocio para ocultar otro propósito, siendo la verdadera intención y voluntad ejecutar una donación. En este caso se estaría ante una simulación relativa.

“Quienes aparentan celebrar la compraventa tienen presente su finalidad, que no es otra que transferir la propiedad de una cosa mueble o inmueble –complementada con los modos que la ley prevé: la tradición (art. 577) y, en su caso la inscripción registral (art. 2505) como contraprestación por el pago de un precio en dinero” (Mosset, 2008, p. 90).

En el caso de bienes muebles también es posible que se transfieran los mismos en su totalidad a un tercero, muchas veces a un pariente del vendedor o un amigo de confianza, para evitar acciones de los acreedores o para perjudicar al otro cónyuge, siendo común que el vendedor siga en su uso y goce de los bienes. Dentro de este análisis vale la pena tomar en cuenta el siguiente razonamiento:

“Las partes intervinientes en el contrato simulado, convienen el carácter aparente de las declaraciones simuladas que deliberadamente emiten; no quieren de común acuerdo, en todo o en parte su contenido. Sólo quieren las declaraciones en cuanto resulten una máscara, una pantalla” (Gagliardo, 2008, p. 151).

Siendo posible el simular la compraventa, también es posible simular la promesa de compraventa tanto de muebles como de inmuebles y para los mismos fines.

Otra figura jurídica relacionada al tema es la dación de pago, la misma que puede servir para simular una aparente deuda entre el deudor y un acreedor

con el fin de transferir ciertos bienes para ocultarlos de los acreedores y presentarse el deudor como cumplidor de sus obligaciones.

La donación es otra figura jurídica que se presta para llevar a cabo la simulación, siendo la que más sobresale para realizar actos jurídicos de apariencia no onerosa. “Sin embargo, los casos que se suelen destacar, más notables, son los de la mentira recompensada, es decir la denominada donación disfrazada” (Gagliardo, 2008, p.156). El caso típico de una donación de esta naturaleza es la donación bajo la apariencia de una compraventa, la misma que puede presentarse en dos sentidos; el primero cuando el que aparenta ser el comprador no paga valor alguno por el precio pactado; el segundo es cuando el que aparenta ser el vendedor, una vez recibido el precio, lo devuelve en su totalidad. Puede hacerse presente la donación simulada en los contratos de arrendamiento, cuando el supuesto arrendador no cancela valor alguno por el uso del bien arrendado. Otro caso de donación simulada es cuando se realiza el aporte de bienes a una sociedad, la cual no cumple su objeto social a cabalidad, sino que se utiliza como pantalla para el uso de los bienes por parte de un tercero o en busca de un beneficio futuro sobre los bienes aportados al disolverse y liquidarse la sociedad.

Una tercera figura muy común para realizar la simulación es la cesión que puede ser de varias especies. Ejemplos son la cesión de derechos, la cesión de crédito y la cesión de deuda. Dentro de las especies mencionadas podemos hacer referencia a la cesión de derechos hereditarios, las cuales pueden ser a título gratuito u oneroso. En caso de simulación, la cesión se puede realizar a otro heredero o a un tercero con el fin de eludir la responsabilidad con los acreedores. En la cesión de créditos tenemos que el acuerdo simulatorio puede darse entre el cedente y el nuevo acreedor o cesionario, con el fin de perjudicar a otro acreedor del cedente.

“Los mismos fines fraudulentos se realizan mediante la enajenación simulada de un derecho de crédito bajo la forma de cesión in solutum.

Así, es frecuente en la práctica simular la cesión de fecha anterior de un crédito embargado para eludir los procedimientos de los acreedores (I), A veces, la cesión se refiere a un crédito futuro y sirve de instrumento para constituirse artificialmente en una situación duradera de insolvencia y asegurarse de este modo contra el incumplimiento de las propias obligaciones” (Ferrara, 1926, p.197).

La cesión de deuda es el otro aspecto de la cesión de crédito, pudiendo realizarse esta simulación con el fin de perjudicar a un acreedor de quien cede el crédito. Esta modalidad de simulación no es tan viable pues para la cesión de la deuda se requiere la aceptación del acreedor, lo cual puede acarrear ciertas complicaciones.

1.11 La simulación y su comparación con otras figuras

Con el propósito de realizar la comparación de la simulación con otras figuras, se ha visto la necesidad de seleccionar algunas en las que existe mayor coincidencia por parte de la doctrina. Por tal motivo, el análisis se concentrará en la reserva mental, el error, el dolo, el fraude, el negocio fiduciario, el negocio indirecto y con la interposición de persona.

Reserva mental

En la reserva mental está presente un hecho psíquico, a través del cual se da una divergencia entre lo querido y lo declarado. “En ella una de las partes oculta a la otra parte de su voluntad real, declarando una voluntad diferente a lo verdaderamente querida por ella” (Galindo, 1996, p.392). En la reserva mental se da la divergencia intencional entre la voluntad y declaración. Se hace presente en los actos unilaterales o no recepticios cuando de manera consciente “hay una disconformidad deliberada y unilateral entre la voluntad y su declaración” (Martínez, 1997, p.277). La reserva mental también puede configurarse en los actos bilaterales en los que se declara algo que realmente

no se quiere sin que la otra parte, que va a aceptar la declaración, tenga conocimiento de la discrepancia entre la voluntad real y la declaración pública.

Para que opere la reserva mental en los actos bilaterales es necesario que quien va a ser el destinatario de la declaración no haya conocido o podido conocer sobre la reserva mental, caso contrario sería nulo el acto de simulación. La reserva mental no influye en la validez de acto unilateral, bilateral y en relación a terceros.

“La existencia de reserva mental no tiene influencia alguna en la validez y eficacia del acto jurídico, ya que el Ordenamiento nunca le reconoció efectos de ningún tipo, ni siquiera en Derecho Romano clásico, ... podemos afirmar que la reserva no influye en la seriedad de declaración, de modo que quien promete algo pensando que no lo va a cumplir, a pesar de todo, obligado válidamente, produciendo la declaración todos sus efectos como si coincidiera con la voluntad interna, dando como resultado un negocio jurídico válido” (Carcaba, 1986, pp. 49-50).

No hay duda que un aspecto compartido o una semejanza entre la reserva mental y la simulación es que en las dos se presenta la disconformidad entre la intención y la declaración con el propósito de engañar. En la reserva mental se trata de engañar al otro contratante; en cambio, en la simulación con el acuerdo de los partícipes se trata de engañar al público, es decir a personas ajenas a la simulación, por lo que algunos autores la consideran una doble reserva mental. Esta diferencia es fruto del origen de cada una de las figuras. Así mientras que la reserva mental es de origen exclusivo del interior de uno de los contratantes, la simulación es consecuencia de la participación de todos los intervinientes en el negocio.

Otros autores señalan como una diferencia las consecuencias de la aplicación de cada una de las figuras. Es por ello que consideran que la reserva mental no afecta a la validez del acto, en cambio la simulación puede anular al mismo.

También se considera como diferencia cuando se puede hacer uso de cada una de las figuras, siendo viable la reserva mental en los actos unilaterales y bilaterales; en cambio, la simulación solo es factible en actos bilaterales. Finalmente, se considera que la reserva mental no es posible que esté presente en la simulación si se considera como requisito indispensable de este el acuerdo simulatorio, el cual no está presente en la reserva mental.

Estas diferencias entre reserva mental y simulación,

“conducen a restar a la reserva mental toda trascendencia sobre la validez del negocio, a su irrelevancia. La reserva mental no tiene trascendencia, afirma Santoro Passarelli, “porque el proceso comercial es perfecto, al haber sido la voluntad declarada conscientemente” y, por lo demás, “el ordenamiento jurídico no puede atribuir valor alguno a la voluntad no declarada debidamente” (Mosset, 2008, pp. 172-173).

Al aceptar la validez del acto jurídico, a pesar de la presencia de la reserva mental, prevalecen los principios de buena fe y confianza, dando seguridad jurídica a las transacciones comerciales.

Error

El error es otra figura que se suele comparar con la simulación. En el error se produce por existir una discrepancia, disconformidad o divergencia entre la voluntad y la declaración, la cual es inconsciente, involuntaria, no intencional, no deliberada y unilateral; por tal motivo, la equivocación le corresponde exclusivamente al que cometió el error. “En el error hay una equivocación espontánea, una falsa noción sobre el objeto, las personas o la causa principal del acto...” (Rivera y Medina, 2007, p. 416).

En la simulación la disconformidad es consciente y bilateral y hay el propósito de engañar a terceros que no participan del acto simulado. El error puede estar

presente en los actos unilaterales, en los actos bilaterales cuando existe error en una de las partes intervinientes o en las dos partes, y si son varios los intervinientes, puede haber un error común. El error “es un vicio de la voluntad, la segunda, un vicio del acto jurídico” (Enciclopedia Jurídica Omeba, 1979, p.509).

Dolo

Según la doctrina, el dolo,

“consiste en cualquier maquinación, argucia o engaño encaminado a provocar el consentimiento de una de las partes contratantes sobre el acto en general o sobre ciertas condiciones del mismo. Se trata de crear en la mente de otra persona, empleando procedimientos condenados por la buena fe, un móvil o razón para consentir que en realidad no existe o existe de manera diferente” (Carcaba, 1986, p.52).

El dolo opera con la intención de engañar a otro contratante, o por parte de un tercero contra uno de los contratantes para motivarlo a que suscribir el acto; el dolo debe operar antes de la suscripción del acto. “El dolo actúa sobre la inteligencia mediante el engaño y por, tanto induciendo a error” (Mosset, 2008, p. 171). El dolo se lo realiza con mala fe, lo que implica ilicitud; en cambio, la simulación puede ser lícita. En el dolo existe un enfoque dirigido para engañar al otro contratante, o por parte de un tercero a uno de los contratantes. En cambio, en la simulación se entiende que se da un acuerdo previo entre los partícipes para engañar a terceros o al público. Además, el dolo es un vicio del consentimiento.

Dentro de este análisis es necesario realizar una comparación entre la simulación con relación al fraude. Este último consiste en presentar de apariencia un cumplimiento al texto de la ley, desafiarla y no cumplir con el espíritu de la misma. De igual forma se violan los contratos presentándolos

como cumplidos. “Es decir, el fraude como vicio de los actos jurídicos vulnera la buena fe, generalmente a través de acciones, y su ámbito de actuación es el campo patrimonial” (Gagliardo, 2008, p. 187). En el acto fraudulento las partes quieren que éste se lleve a cabo para perjudicar a terceros, siendo éste real y tomado con toda la seriedad del caso. “Con mayor razón el fraude no es un vicio de la voluntad. Lo que las partes quieren eso dicen y hacen. Es un vicio del acto que afecta su aspecto ético y que abre la acción pauliana” (López, 1997, p.274).

La acción pauliana va a permitir que se revoque el acto fraudulento y se regrese la garantía a los acreedores con el fin de reparar el daño causado. La acción es en contra del acto del deudor para restablecer su patrimonio que fue disminuido a través del fraude. En la simulación la acción es en contra del acto simulado del deudor para demostrar que estos siguen bajo su poder. En el fraude existe la intención de perjudicar a terceros; en cambio en la simulación se quiere engañar a los terceros.

Negocio Fiduciario

El negocio fiduciario se lo perfecciona con el pacto de fiducia, para lo cual las partes intervinientes transmiten un derecho al fiduciario quien deberá retransmitir a un tercero o al mismo constituyente. La doctrina sobre este tema se encuentra dividida. Para algunos autores no existe diferencia entre el negocio simulado y el negocio fiduciario; para otros la diferencia son muy claras empezando que en la simulación está presente el ánimo de engañar a terceros, en cambio en los negocios fiduciarios se busca un mecanismo para lograr un propósito deseado.

“No debe confundirse con la simulación (relativa), en la cual hay una declaración de voluntad discordante con la efectiva, o sea que los efectos jurídicos no serían realmente queridos; a la vez que es incitar la intención de engañar a los terceros. En los fiduciarios, el acto es real y

efectivo, del cual se quieren sus consecuencias y desprovisto del propósito de engañar” (Enciclopedia Jurídica Omeba, 1979, p.510).

El negocio fiduciario es un negocio querido y real. Por el contrario, en el negocio simulado no existe la voluntad de que se perfeccione, siendo este aparente y no veraz.

“Se denominan negocios indirectos aquellos en los cuales no existe una correspondencia entre la finalidad perseguida y el medio técnico empleado” (Rivera y Medina, 2007, p.417). Los negocios indirectos se concretan por lo que son reales y no puede argumentarse que se pretenda una simulación. Tenemos como ejemplo clásico de negocio indirecto la venta con pacto de retroventa, con la finalidad de garantizar un crédito. Sin embargo, la figura del negocio indirecto puede utilizarse para ocultar otro negocio; en tal caso se estaría frente a un acto simulado. En los negocios indirectos la doctrina coincide que las partes quieren que se perfeccione el negocio, todas sus consecuencias y efectos, sin que exista ocultamiento.

Interposición de persona

Finalmente se analizará la interposición de persona o interpósita persona, conocida también como intervención de un testaferro. Esta figura puede estar presente en la simulación si los partícipes están de acuerdo. Esta interposición se da en el negocio jurídico cuando:

“una persona celebra el contrato o mejor, aparece como una parte en el contrato, pero su intervención lo es únicamente en apariencia, actúa sólo como “prestanombre”, apareciendo como contratante cuando en realidad es otra persona quien asume las obligaciones y adquiere los derechos derivados del contrato. Esta variante sólo puede considerarse como simulación, cuando mediante esa sustitución de persona, se causa daño a tercero” (Galindo, 1996, p.397).

La intervención de la interpuesta persona o testaferro o prestanombre, cabeza de turco u hombre de paja se lo hace como intermediario ficticio, apareciendo éste como el responsable de los efectos del acto cuando éstos en realidad deben recaer sobre el verdadero interesado. Los casos más frecuentes en la vida cotidiana donde se hace presente está figura es para viabilizar la venta de bienes entre cónyuges; para eludir la norma que declara nula la disposición testamentaria a favor de un incapaz; para adquirir bienes públicos o particulares por parte de los empleados públicos que se vendan por su ministerio o para adquirir bienes por parte de los jueces, abogados, procuradores o secretarios del litigio donde han participado, aunque sea por subasta pública. Estas incapacidades y prohibiciones se encuentran regladas por los artículos 1735,1737 y 1738 del Código Civil ecuatoriano. La interposición de persona puede ser lícita siempre que no tenga la finalidad de perjudicar o defraudar a terceros, y será ilícita, entre otras circunstancias, cuando se quiere burlar las incapacidades o prohibiciones mencionadas en líneas anteriores.

2 Capítulo II: Clasificación de la simulación de los actos jurídicos

En la doctrina existen varios criterios para determinar la clasificación de la simulación de los actos jurídicos, ya sea por su naturaleza, por su fin inmediato y por su extensión. Dos corrientes prevalecen: la primera clasifica la simulación en lícita o ilícita según la intención o no de defraudar, perjudicar o causar daño a terceros; en cambio la segunda que es considerada más dominante, la clasifica en absoluta y relativa. Una corriente de la doctrina menos popular considera a la simulación por su extensión entre completa o parcial.

2.1 Concepto de simulación lícita

Previamente se dijo que una de las características de la simulación es el propósito de engañar a terceros. Este tipo de simulación es lícita cuando no tiene por objeto el perjudicar a terceros, esto es perseguir fines dolosos ni fraudulentos. La simulación se considera que:

“Es determinación por motivos inocentes o de orden moral, como evitar conflictos con personas que se juzgan con derecho a idéntico beneficio, quedar a salvo de indiscreciones o impedir que el público se ponga al corriente de ciertos negocios, o bien por modestia o desinterés para realizar anónimamente el bien” (Alessandri, Somarriva, Bodanovic, 2005, p.362).

La simulación lícita quiere mantener oculta de manera parcial la declaración real de voluntad, la cual puede llevarse a cabo en las relaciones comerciales o para realizar ciertos actos de caridad o generosidad, para no evidenciar quien los realiza o ejecuta. “La simulación lícita, legítima o inocente solo busca engañar a los terceros, mas no perjudicarlos” (Núñez, 2008, p.94).

La simulación lícita no es reprochada por el derecho y es permitida para fines lícitos siempre que exista una causa lícita y no se cause perjuicio a terceros. “Bien se advierte que el carácter lícito o ilícito de la simulación depende del fin

buscado. Por ello, se ha dicho que la simulación en sí misma no es ni buena ni mala, es neutro, incolora. Cuando es lícita no es una causa de nulidad” (Enciclopedia Jurídica Omeba, 1979, p.507).

Sin embargo, la gran mayoría de simulaciones tienen como objeto el engaño a terceros, lo que les convierte en fraudulentas con el correspondiente perjuicio a terceros. Esto ha motivado que para algunos autores se considere al engaño fraudulento como requisito de la simulación. No obstante, esta teoría carece de sustento cuando nuestro Código Civil considera cierto valor a las contraescrituras, siempre y cuando se den bajo las premisas previstas en el artículo 1724 del referido código. Ejemplos de este tipo de simulación se dan con mucha frecuencia en los negocios comerciales para no revelar la negociación que se llevó a cabo o en los negocios fiduciarios, en los actos de desprendimiento, en las donaciones a instituciones de beneficencia donde no se desea que aparezca de manera frontal el verdadero donante o quien realiza el acto de generosidad.

La legislación argentina en su artículo 957 da a entender que es posible la simulación lícita cuando dice que “la simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito” (Código Civil y Comercial Argentino, Art. 957). Quizás un fundamento que motivó a la ley para aceptar la simulación lícita podría ser el respetar la decisión de la voluntad de las partes y el principio de intimidad de las personas.

2.1.1 Manifestación del consentimiento

El Código Civil ecuatoriano acepta a la simulación como una forma de manifestación del consentimiento. Esta no está prohibida y se la evidencia regulada en el artículo 1724 cuando se acepta el valor de las contraescrituras para las partes y con valor para terceros siempre y cuando se cumplan lo establecido en dicho artículo. Así tenemos que la escritura privada que se realiza para modificar a la escritura pública tiene plena validez y surte efectos contra las partes contratantes, pero esta no puede producir efectos de ninguna

naturaleza contra terceros. Se respeta el efecto para las partes bajo el principio de que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales. Este principio mantiene concordancia en el artículo 1561 de nuestro Código Civil y 1724 donde predomina el respeto entre las partes.

2.1.2 Responsabilidad contractual

Se puede afirmar que la simulación lícita es una fuente de la responsabilidad contractual al estar permitida en nuestra legislación. Como se ha dicho, las escrituras privadas y las contraescrituras públicas tienen plena validez para las partes contratantes siempre y cuando se cumpla la formalidad de marginación; es decir, se acepta la validez del consentimiento expresado por las partes en concordancia con lo establecido en el artículo 1561 del Código Civil ecuatoriano que dice: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (Código Civil ecuatoriano, art.1561). En consecuencia, en nuestra legislación la simulación es plenamente lícita, mientras no exista daño a terceros, aceptándose las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública.

2.2 Concepto de la simulación ilícita

“La simulación ilícita, maliciosa, ilegítima o fraudulenta será aquella simulación que es contraria al orden público o a las buenas costumbres, o sea, que busque perjudicar a los terceros” (Núñez, 2008, p. 94). La simulación ilícita busca perjudicar a terceros o llevar a cabo el fraude a la ley o a una regla moral. Se busca afectar a terceros cuando se lleva a cabo un acto simulado para disminuir de manera artificial el patrimonio del deudor y perjudicar a los acreedores, y se lleva a cabo un fraude a la ley cuando se perjudica al estado en la recaudación de impuestos.

Son de fácil descripción los ejemplos para cada uno de los conceptos de simulación. Es muy sencillo disminuir de manera artificial el patrimonio del deudor cuando este enajena sus bienes a un tercero bajo un contrato simulado de compraventa. Por otro lado, se puede eludir una prohibición legal, por ejemplo la venta de bienes entre cónyuges, para lo cual se recurre a cualquier otra figura jurídica o se realiza la venta a través de interpuesta persona. Finalmente, para el caso de fraude a la ley se realiza una compraventa de inmueble a un menor valor del real en el instrumento público para evadir el pago de impuestos, tasas o contribuciones. La simulación con la intención de perjudicar al fisco “ocasionará la nulidad, ya que no consciente el abuso del derecho y la falsa utilización de las norma jurídicas con finalidades que no sean precisamente las de dar a cada uno lo suyo, sin perjudicar a nadie” (Larrea, 2005, p.506). Este tipo de simulación ilícita se encuentra sancionada en el artículo 342 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador cuando prescribe: “Constituye defraudación, todo acto doloso de simulación, ocultación, omisión o engaño que induzca a error en la determinación de la obligación tributaria,...” (Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador Art. 342).

Como se puede observar, la simulación ilícita se encuentra sancionada por nuestra legislación. Se puede afirmar que el acto simulado ilícito, en aplicación de la teoría general de los actos jurídicos, tiene objeto ilícito conforme el artículo 1478 del Código Civil ecuatoriano y, a su vez, los actos simulados ilícitos serían nulos conforme al artículo 1698 del mismo cuerpo legal donde se determina que hay nulidad absoluta cuando existe objeto o causa ilícita en los actos o contratos.

2.2.1 Daños a terceros

Como se señaló anteriormente, un elemento que no puede faltar en la simulación ilícita es el propósito de engaño a terceros.

En la simulación ilícita está siempre latente el cometimiento de un delito civil al cumplir con todos sus requisitos, dando origen a que los terceros perjudicados puedan ejercer todas las acciones por responsabilidad extracontractual en contra de los partícipes del acto simulado. Los terceros perjudicados son las víctimas del cometimiento del dolo y de los daños.

2.2.2 La responsabilidad contractual y extracontractual

En la simulación ilícita está presente la responsabilidad contractual en relación a los partícipes del acto simulado y les son aplicables las normas de responsabilidad contractual previstas en el Código Civil ecuatoriano. En cuanto a la responsabilidad extracontractual, esta puede ser ejercida por los terceros perjudicados.

2.3 Concepto de simulación absoluta

La discrepancia entre la voluntad real y la voluntad declarada puede ser absoluta o relativa, lo que da origen a la clasificación de la simulación en absoluta o relativa. Esta clasificación se puede decir que corresponde a naturaleza, a la cualidad o a la existencia misma del acto simulado.

En la simulación absoluta, las partes intentan aparentar un acto jurídico que carece de contenido y que ficticio en su totalidad, esto es, no se quiere celebrar ningún acto jurídico ni se desea que produzca efecto jurídico alguno. La única finalidad es el engaño y posible perjuicio a terceros. No está presente el consentimiento, no hay objeto en el contrato y no existe la intención de encubrir otro negocio que las partes sí lo quieran celebrar. Mosset, citando a Messina, considera que en la simulación absoluta “el intento práctico de las partes no está dirigido a negocio alguno; no hay acuerdo más que sobre la no realidad del negocio y sobre la voluntad de producir la ficción” (Mosset, 2008, p.192). La práctica corriente de la simulación absoluta sugiere que está se puede presentar como una disminución del patrimonio o un aumento del pasivo, “se trata de negociaciones ficticias, simuladas, llamadas “ventas de confianza”

(Ortiz, 2015, p.51). Para realizar estas ventas de confianza se hace comparecer por lo general a amigos, compadres o conocidos cercanos, ya que son transacciones riesgosas. En la ejecución de la simulación absoluta se suele combinar varias simulaciones con el fin de ocultar de mejor manera el engaño y perjuicio, dejar menos rastros e indicios, no hacer fácil su descubrimiento y complicar la prueba de esta por parte de terceros perjudicados. “En la simulación absoluta, el papel del negocio simulado no es el de ocultar el acuerdo simulatorio (ya que éste no es el objetivo perseguido, sino precisamente el medio necesario para conseguir la simulación” (Albadejo, 2005, p.62). En esta línea de pensamiento tenemos una pronunciación de la Corte Suprema de Colombia cuando realiza la distinción entre simulación absoluta y relativa,

“dando a la primera la extensión de descartar todo efecto negocial, es decir, de suprimir todas las consecuencias del acto público o aparente, y a la segunda el solo alcance de modificar las condiciones pactadas en el acto público, como sería el caso de una compraventa que aparentemente se realiza con un precio inferior al real” (Cubides, 1999, p.460).

Se puede encontrar la teoría de la simulación absoluta en una forma indirecta en nuestra legislación en lo que tiene relación a los contratos bilaterales. El artículo 1461 del Código Civil en sus numerales 3 y 4 establece como requisito para que una persona se puede obligar a otra por acto o declaración que este recaiga sobre objeto lícito y que tenga una causa lícita. En la simulación absoluta existe ausencia del objeto y de la causa lícita. De igual forma, el Código Civil ecuatoriano en varios de sus artículos establece nulidades que pueden ser motivo de simulación. Por ejemplo, el artículo 1008 establece la nulidad de cualquier disposición a favor de un incapaz, así se lo haga con apariencia de contrato oneroso y a través de interposición de persona. Otro ejemplo es el artículo es el 1735 que también establece nulidad relativa a la capacidad para el contrato de venta, disponiendo que es nulo el contrato de venta entre cónyuges o entre padres e hijos mientras estos sean incapaces.

Los propósitos o usos que se pueden dar a la simulación absoluta son múltiples. Las personas que recurren a ella están buscando nuevas alternativas conforme la legislación es modificada o en razón a la generación de nuevas modalidades contractuales. El típico caso de simulación absoluta es la disminución del patrimonio para evitar que los acreedores ejerciten sus derechos. Es así que el deudor vende los bienes a un tercero a través del respectivo contrato de compraventa o escritura pública en el caso de inmuebles. Luego el deudor, que sigue con el uso de los bienes, los arrienda a terceros para despistar a los deudores, a pesar de cobrar la renta de los mismos. También es común el contrato simulado para aumentar los pasivos con la aparición de nuevos acreedores, y de esta forma perjudicar a los verdaderos acreedores disminuyendo su participación de los bienes disponibles de parte del deudor.

La legislación positiva también tiene sus conceptos sobre lo que debe entender por simulación absoluta. Se encuentran textos similares en la legislación de países latinoamericanos. Por ejemplo, el Código Civil argentino establece que: “La simulación es absoluta cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real” (Código Civil y Comercial argentino, Art.956). De forma parecida, el Código del Distrito Federal de México señala que: “La simulación es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real” (Código Civil del Distrito Federal de México, Art.2181).

Se puede concluir entonces que en el acto jurídico absolutamente simulado se hace presente la manifestación de voluntad pero sin ninguna intención jurídica.

2.3.1 La simulación como precedente de nulidad absoluta por falta de consentimiento

Existen precedentes en la jurisprudencia extranjera que indican que la falta de consentimiento acarrea la nulidad absoluta del contrato. Esto es, una vez que se ha probado la simulación absoluta del contrato también se debe probar la

falta de consentimiento y, aceptadas estas, existen fundamentos para ejercer la acción de nulidad. Sin embargo, en la doctrina existen criterios que señalan que al no existir la finalidad de crear relación alguna, no se puede hablar de una nulidad de acto sino de un acto inexistente.

2.3.2 La simulación absoluta tiene como consecuencia la nulidad absoluta

Siguiendo los lineamientos anteriores, esto es considerar dentro de la teoría general de los actos jurídicos a la simulación, la simulación absoluta es el precedente necesario para la nulidad absoluta; esto quiere decir que la simulación absoluta por la falta de consentimiento da paso a la nulidad absoluta. Esto en razón a que no existe consentimiento y este es un requisito imprescindible dentro de toda convención consensual. La nulidad es una sanción civil al no cumplirse con los requisitos necesarios para la validez de todo acto o contrato. De acuerdo a nuestro Código Civil,

“la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez aun sin petición de parte cuando puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años” (Código Civil ecuatoriano, Art. 1699).

El juez debe verificar que el que tenga interés tenga una afectación patrimonial para así poder declarar la nulidad, que conlleva a la extinción de derechos y obligaciones. La acción de nulidad absoluta no puede ejercerse sobre intereses de índole moral, social o espiritual.

2.3.3 Diferencia con la simulación relativa

La simulación relativa también puede ser precedente para la nulidad absoluta y relativa. Esta característica es que lo que la diferencia con la simulación

absoluta, donde se constituye siempre como precedente para la nulidad absoluta. Un ejemplo que nos puede servir para evidenciar esta diferencia es cuando se celebra un contrato simulado de compraventa de un inmueble por documento privado. Existe nulidad absoluta por que no se cumplió con la solemnidad de celebrar el negocio por instrumento público ante notario; y, la nulidad relativa es por la falta de cumplimiento de otra solemnidad, que es la inscripción del contrato de compraventa en el Registro de la Propiedad.

2.4 Concepto de simulación relativa

En la simulación relativa se hace presente un acto aparente, ficticio, no real, que encubre a otro real que no se hace visible, permanece oculto. En la simulación relativa,

“se celebra el acto ostensible, pero en el secreto que conviene que los efectos jurídicos verdaderos serán distintos a los que corresponden al ostensible; es decir, en el acto ostensible se celebra aparentemente un contrato, pero en el acto secreto se conviene realmente que el contrato celebrado es otro distinto, así el ostensible oculta al secreto” (Martínez, 1997, p.277).

Como se puede apreciar, en la simulación relativa están presentes dos actos jurídicos: el primero que es simulado y un segundo acto jurídico que contiene la voluntad real de las partes y que estas quieren que permanezca en secreto. De acuerdo a la doctrina, la simulación relativa,

“tiene lugar cuando bajo la falsa apariencia existe un negocio realmente querido, ya sea de distinta naturaleza al que aparece como verdadero a ojos de terceros, ya de la misma pero formulado en términos diferentes a los que aparecen al exterior” (Carcaba, 1986, p.61).

Al contrario de la simulación absoluta donde todo es irreal o ficticio y sin que exista la voluntad de celebrar contrato alguno, en la simulación relativa parte es verdadero y parte es simulación. En efecto, se da la simulación pero está presente también un acto disimulado, el cual contiene la voluntad real de las partes intervinientes.

El caso más frecuente de simulación relativa se lo evidencia en las donaciones en las que el donante o el donatario celebran un contrato de compraventa. De esa manera, evitan el pago de impuestos a la donación o modifican la proporción de las asignaciones forzosas establecidas en la ley en el caso de las herencias. En el ejemplo descrito, entre el acto aparente y el acto oculto existen coincidencia de elementos como son: los partícipes que son las mismas partes, en un primer acto son vendedor y comprador y en el segundo son donante y donatario; se trata de la misma cosa, en el primer acto como objeto de la compraventa y en el segundo como objeto de la donación; y, expresan su voluntad de vender y de comprar en el acto simulado y expresan la voluntad de donar y de aceptar en la donación.

Otro caso frecuente de simulación relativa es la compraventa con pacto de retroventa, que en realidad es un contrato de mutuo y se está ocultando la garantía real. En definitiva, en la simulación relativa lo que se hace conocer públicamente es el contrato no verdadero, el falso, y el contrato verdadero queda oculto para que no sea conocido por terceros.

En el caso de la simulación relativa, la legislación de varios países latinoamericanos también recogen su concepto, para lo cual tomaremos nuevamente como ejemplo a la legislación argentina y mexicana, las cuales mantienen textos muy similares al igual que sucedió con el concepto de simulación absoluta. En el caso argentino, simulación relativa es “cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter” (Código Civil y Comercial argentino, Art. 956). En el caso mexicano, se dice que la simulación es relativa “cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter” (Código Civil del Distrito

Federal de México, Art. 2181). Las dos legislaciones, al tratar la simulación relativa, confirman la existencia de dos actos, uno el acto simulado o acto simulatorio y el otro el llamado acto disimulado.

2.4.1 La simulación relativa como antecedente de la nulidad

En la simulación relativa existe una manifestación de la voluntad en la que existe discrepancia entre la voluntad real y la voluntad declarada, lo que no lleva a una falta absoluta de voluntariedad, por lo que las partes puede hacer prevalecer la voluntad real sobre la voluntad declarada. Las partes quieren que el acto jurídico disimulado sea el que prevalezca y sea el acto que surta efectos jurídicos, por lo que será este acto disimulado el que debe cumplir con todos los requisitos y formalidades para su validez. Este acto disimulado no puede ser contrario a la ley ni puede haber la intención de perjudica a terceros, por cuanto esto lo convertiría en una simulación relativa ilícita. La simulación relativa pretende no hacer aparecer a los verdaderos contratantes frente al público, o el verdadero acto jurídico que se quiere perfeccionar, siendo esto permitido por la ley cuando se puede celebrar las contraescrituras previstas en nuestra legislación, siempre y cuando no se quiera perjudicar a terceros.

Para que exista validez del acto disimulado se deben cumplir con los requisitos necesarios para que una persona se obligue para con otra respecto como son la capacidad, conforme el artículo 1461 del Código Civil ecuatoriano, esto la capacidad de las partes; el consentimiento de las partes sin vicio alguno; objeto lícito; y, causa lícita. No es necesario ver la validez del acto simulado o convenio simulatorio. La simulación relativa puede ser antecedente de la nulidad absoluta y de la nulidad relativa, o puede permanecer válida sin que esté sujeta a una acción civil y la correspondiente sanción.

2.4.2 Clases de simulación relativa

Para poder clasificar a la simulación relativa es necesario referirnos a dos corrientes. La primera que la llamaremos clásica que divide a la simulación relativa en tres categorías:

- a) simulación en la naturaleza jurídica del acto o negocio jurídico,
- b) simulación en el contenido y objeto del contrato; y
- c) simulación en las personas o sujetos.

A la segunda corriente la llamaremos moderna, misma que divide a la simulación en total o parcial.

La simulación en la naturaleza jurídica del acto o negocio jurídico se da al celebrarse un acto o contrato distinto al que se exterioriza. Por ejemplo, tenemos el típico caso de compraventa cuando en realidad era una donación, o el caso contrario cuando siendo una compraventa se la presenta como una donación o una compraventa con pacto de retroventa. En estos contratos el acto aparente contiene una convención diferente a la que realmente celebraron las partes. En muchos casos se realiza ocultando el verdadero nombre del acto o contrato,

“pero este procedimiento resulta ineficaz en consideración a que “el nombre que las partes den a un contrato no lo desnaturaliza ni impide al juez proceder a su correcta calificación jurídica y esa calificación ha de resultar de los hechos que el juez debe desentrañar y de las disposiciones legales que definen y caracterizan la figura contractual” (Mosset, 2008, p.201).

El caso más común son las simulaciones de donaciones irrevocables, con el fin de desheredar a un legitimario bien sea a favor de otro legitimario o a favor de un tercero, convirtiéndose en una simulación relativa ilícita, por cuanto se estaría desvirtuando la naturaleza de la sucesión.

En lo que respecta a la simulación en el contenido u objeto del contrato puede presentarse con el ropaje que distorsiona la verdadera prestación. Por ejemplo, el caso puede darse cuando se realiza un contrato de arriendo con un objeto distinto al que se refleja en la contraescritura, donde se va a expresar la verdadera intención y voluntad de las partes.

También puede hacerse presente la simulación respecto al precio el cual puede ser mayor o menor que el verdadero o real. Lo usual es establecer entre las partes un precio menor al real, con el propósito de realizar un pago menor de impuestos de transferencia de dominio, siendo el perjudicado el Municipio respectivo. En cuanto al precio, también se puede hacer presente la simulación cuando se hace constar en la convención que el pago ha sido de contado, cuando en realidad lo será a plazos.

Un elemento muy importante para llevar a cabo la simulación es la fecha, la cual puede tener dos calidades, la de fecha fingida y la de fecha falsa. “La primera está en oposición a la verdad por acuerdo deliberado de las partes: en la segunda la verdad se altera, o por un tercero, dolosamente, o por uno de los contratantes en perjuicio del otro” (Ferrara, 1926, p.266). La manipulación de la fecha puede presentarse en la simulación en dos formas, la antelación de la fecha para hacerla constar en el acto simulatorio o hacer constar una fecha posterior. La anticipación de la fecha se la conoce como anti data o ante fecha y a la postergación se la conoce como postdata o post fecha). Los fines más comunes para hacer uso de este mecanismo son evitar las incapacidades legales. Así el menor de edad que quiere aparecer como contratante cuando ya tenía la mayoría de edad. En lo que respecta a las fechas se tiene que tomar en cuenta a la constante en instrumentos privados y a la constante en instrumentos públicos, esta última es el resultado de la fecha colocada por el funcionario público, fecha que es de buena fe hasta que se pruebe lo contrario

“Generalmente, la simulación de la fecha se emplea con fines fraudulentos. Por regla general, es ilícita. En caso de quiebra, es frecuente la extensión de documentos de crédito con una fecha anterior a la verdadera, a fin de que las obligaciones que representan aparezcan contraídas en una época anterior al periodo sospechoso” (Díez, 2014, p157).

En lo que tiene relación a la simulación de la fecha, esta puede ser modificada por las partes en base a lo prescrito en el Código Civil ecuatoriano cuando dice que,

“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella” (Código Civil ecuatoriano, art. 1562).

Por su parte, los terceros pueden también solicitar la modificación de la fecha de la simulada a la verdadera, en base a lo prescrito en el artículo 1724 del Código Civil ecuatoriano tantas veces citado.

En lo que tiene que ver con la simulación en las personas o sujetos, estamos frente a la interposición de persona “que constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten” (Núñez, 2008, p.101).

Por interposición de persona en la simulación se entiende cuando la persona que celebra el acto o contrato no es en realidad el verdadero contratante que se obliga en la relación contractual que está por nacer. El verdadero contratante permanece oculto, siendo este una tercera persona de la cual se desconoce su nombre.

La legislación argentina, en el artículo 955 de su Código Civil hace referencia, entre otras cosas, a que la simulación tiene lugar cuando se transmiten derechos a personas interpuestas. Según el Diccionario Jurídico Anbar, interpósita persona es “la que en un acto jurídico, sin tener interés verdadero, aparece como parte, para favorecer el interés de otra persona que, por razones generalmente no lícitas del todo, desea ocultar su participación en el negocio” (Diccionario Jurídico Anbar, 1999, p. 201).

El Código Civil ecuatoriano, para evitar que el mandatario adquiera los bienes que su mandante lo ha ordenado vender, limita dicha intención inclusive con la intervención de interpuesta persona, cuando dice:

“No podrá el mandatario por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar; sino fuere con aprobación expresa del mandante” (Código Civil ecuatoriano, art. 2048).

La interposición de persona no tiene que ser necesariamente ilícita; puede ser lícita cuando las personas contratantes no quieren figurar en el acto simulatorio por diferentes circunstancias, pudiendo ser una o las dos partes que hacen comparecer a terceros prestanombres para que celebren el contrato, lo que es un negocio verdadero sin ninguna otra simulación.

Para la doctrina moderna la simulación puede ser parte de dos categorías: la una es la simulación total y la otra la simulación parcial. Se da la simulación total cuando el negocio simulado tiene las características de tal, esto es que sea un negocio simulado en su totalidad. La simulación parcial se da en cambio cuando las partes quieren el negocio, sin que sea otra figura jurídica la que quiera concretarse, pero que contiene cláusulas inexactas o a interpuesta persona. “La simulación parcial, es aquella en la cual las partes celebran un negocio jurídico verdadero, sin fingimientos, salvo en lo que hace relación a alguna condición del negocio o a alguna cláusula en especial” (Fierro, 2013, p.409).

En relación a las cláusulas inexactas, estas pueden referirse a la fecha, al precio cuando se hace constar un precio mayor al real para dar apariencia de mayor solvencia o cuando se menciona como precio convenido uno menor para el pago de menores impuestos de transferencia o no incrementar el patrimonio por diversos fines. En conclusión, en este punto la simulación parcial se refiere a los elementos del negocio jurídico.

2.5 Concepto de inoponibilidad

Existe un criterio bastante uniforme en la doctrina en el sentido que la simulación no puede afectar o perjudicar a los terceros, siendo estos los que no han participado en el acto simulatorio; sin embargo, se pueden producir diferentes efectos para estos.

“En general el acuerdo simulatorio no es oponible a los terceros (poenitus extranei). Debe tenerse en cuenta que los terceros, si conviene a su interés podrían prevalerse del acuerdo simulatorio o del acto simulado, según los efectos de uno u otro de tales actos, le beneficien o les causen perjuicios” (Galindo, 1996, p.396).

El Código Civil ecuatoriano, como ya se ha mencionado anteriormente, trata sobre las contraescrituras tanto privadas como las públicas, sean o no simuladas, y también sobre sus efectos a terceros. Se denomina contraescritura o contradocumento al “instrumento que las partes otorgan con el objeto de derogar total o parcialmente los efectos de un acto jurídico simulado, dando a éste su verdadera, naturaleza jurídica y eficacia” (Cabanellas, 1962, p.494).

Debemos en primer lugar recordar que la simulación absoluta tiene como efecto su inexistencia, lo que se refleja en la nulidad absoluta, al no estar presente el consentimiento ni la voluntad de las partes para obligarse. Por esta razón, está normado que es nulo el contrato de venta entre cónyuges y entre padres e hijos mientras estos sean incapaces. De igual forma es nula cualquier disposición (asignación testamentaria) a favor de un incapaz aunque se disfrace como contrato oneroso o por interposición de persona, siendo estos dos casos la excepción al principio general.

El artículo 1724 del Código Civil ecuatoriano regula los efectos de las contraescrituras para las partes y para terceros. Se tiene como principio general que el contrato donde se refleja la voluntad real prevalece para las

partes, pero para los terceros es inoponible el acto simulado. Las contraescrituras públicas que han sido marginadas en la escritura matriz son oponibles a terceros conforme lo establece el artículo arriba citado, siendo esta la única salvedad que establece la ley. Todos los demás actos simulados no son oponibles a terceros, no tienen efecto alguno ni pueden ser usados en su contra.

La norma del Código Civil ecuatoriano anteriormente referida sobre las contraescrituras que utilizan los simuladores para engañar a terceros, puede subsistir para hacer valer los derechos de terceros de buena fe “que obran en base a la confianza que suscita un derecho aparente” (Mosset, 2008, p.242). Las declaraciones privadas y las declaraciones aparentes son inoponibles para los terceros, quienes las pueden impugnar.

“Si se suscitare un conflicto de intereses entre dos o más terceros, en cuanto a unos les beneficie y a otros les perjudique el acto simulado o el acto disimulado la controversia debe resolverse a favor de aquél que pretenda hacer prevalecer el acto ostensible, en razón de que es el acto aparente (simulado) el único que por ser conocido pudo servir de base para crear derechos a terceros” (Galindo, 1996, p.396).

Los terceros que actuaron de buena fe pueden tener diferentes intereses entre sí; para unos puede ser necesario que prevalezca la declaración aparente y para otros que prevalezca la declaración privada. Ante estos dos intereses la doctrina indica que de forma,

“unánime otorga la preferencia a los terceros que se acogen a la declaración aparente, ya que la ley, para garantizar la seguridad del comercio, expresamente establece que contra dichos terceros no pueden oponerse los pactos privados de las partes. Con otras palabras: la protección se otorga a quienes los pactos privados les sean perjudiciales, con preferencia sobre quienes dichos pactos les aprovechen” (Ospina y Ospina, 2005, p.131).

El acto simulado puede ser nulo entre las partes, pero tiene validez con relación a terceros o mantiene su eficacia frente a terceros de buena fe. Por tanto, el acuerdo simulatorio es inoponible frente a terceros. Los terceros de buena fe tienen el derecho de renunciar a la inoponibilidad a su discreción; pueden hacer prevalecer ya sea el acto simulado o la contraescritura, cuando ha sido posible establecer la existencia de las dos.

“Así pues, los terceros tienen una verdadera opción: pueden acogerse al acto ostensible si les conviene, y por la sola razón de que cualquier convenio secreto de las partes les es inoponible; o, por el contrario, si el acto ostensible los perjudica, pueden acogerse al acto o acuerdo secreto, ejerciendo la acción de simulación o prevalencia” (Tamayo, 1997, p.325).

Se puede concluir que el acto secreto como principio general tiene plena validez para las partes contratantes, pero para los terceros se aplica la regla contraria; esto es que les es inoponible por cuanto estos lo desconocen. Si bien es cierto existe el principio en el Código Civil ecuatoriano que el acto secreto no tiene efecto contra terceros, nada dice si este puede ser utilizado en su favor, entendiéndose que no está prohibido y que la ley siempre quiere brindarles seguridad. La doctrina también coincide en que el acto ostensible es el que debe prevalecer por ser este el que los terceros lo conocían y bajo estas circunstancias contrataron.

2.6 Relaciones de las partes con terceros

El Código Civil ecuatoriano brinda y quiere dar toda la protección a los terceros. Es por esto que el artículo 1724 regula la relación de las partes con los terceros, favoreciendo el texto del mismo a estos últimos.

“Cabe distinguir los alcances del contradocumento, si se refiere a las partes que intervinieron en el acto, y con relación a los terceros. Y asimismo, debe considerarse, en ambas situaciones, si se trata de instrumento público o de un instrumento privado” (Enciclopedia Jurídica Omeba, 1979, p. 107).

Las contraescrituras no pueden ser utilizadas en contra de los terceros, quienes no las conocen por ser las privadas y secretas; y, las públicas, pueden no estar publicitadas. Esta norma abre la posibilidad que los terceros puedan ejercer la acción de simulación sin perjuicio de que las partes puedan ejercer dicha acción entre ellos. En el proceso de la simulación se produce entre las partes un efecto interno al conocer estas las verdaderas intenciones dando origen a una zona oculta; y, en relación a los terceros, se produce un efecto externo zona visible, al desconocer estos cual es la apariencia que quisieron dar las partes al acto simulatorio y el alcance del engaño. Dentro de este contexto se tiene que diferenciar la calidad de los terceros, pudiendo ser estos terceros de buena fe, terceros de mala fe, terceros que no tienen interés alguno o terceros interesados.

“Podemos comenzar distinguiendo los verdaderos terceros o penitus extranei, que son tales por no haber intervenido en la simulación y, además, por no recibir de ella beneficio o perjuicio alguno, de los “terceros interesados”, sea porque adquieren derechos fundados en el acto aparente o porque a mérito del mismo sufren menoscabo o perjuicio” (Mosset, 2008, p.220).

Según la doctrina y la jurisprudencia, se considera que los terceros interesados, que pueden ser los causahabientes o sucesores a título particular, y los terceros acreedores tienen derecho a ejercer la acción de simulación

2.6.1 La simulación, las partes contra terceros de buena fe

Según se ha expresado en líneas anteriores, la simulación es inoponible a los terceros de buena fe; por tanto, las partes no pueden ejercer la acción de simulación en contra de terceros de buena fe.

“En relación a terceros la ley debe distinguir cuidadosamente entre aquellos terceros, causahabientes de los autores del acto simulado, que han procedido de buena fe, por ignorar la existencia del acto disimulado y que ha tenido en cuenta, como ocurre generalmente, sólo la existencia y efectos del acto simulado, cuya falsedad ignoran y no están obligados a conocer” (Galindo, 1996, p. 403).

Bajo esta clara visión es que el artículo 1724 del Código Civil ecuatoriano que protege a los terceros de buena fe. Esto debido a que las contraescrituras, tanto privadas como públicas, son inoponibles a los terceros de buena fe por cuanto estos no conocen el contenido de las mismas y está contra ellos dirigido el engaño y sus intereses se verían afectados de manera directa.

“Los autores están de acuerdo en afirmar que para que obre la buena fe, es indispensable, no solamente que el tercero ignore la verdadera intención de los contratantes, sino que la ignorancia no sea debida al descuido de los deberes más elementales de prudencia y cautela” (Enciclopedia Jurídica Omeba, 1979, p.108).

Los terceros de buena fe no tienen conocimiento que la voluntad declarada por los simuladores difiere de la voluntad real, la cual se encuentra expresada en el acto simulado. Esta voluntad real ignorada por lo terceros de buena fe no puede ser invocada por las partes en contra es estos.

“Finalmente, es indudable que los terceros protegidos son los que han creído en la plena eficacia vinculante del negocio simulado, en la ignorancia de los términos del acuerdo simulatorio. Es el contenido del acuerdo simulatorio válido y eficaz entre las partes, e inoponible a los terceros de buena fe” (Mosset, 2008, p. 242).

Por lo expresado, se confirma que las partes no pueden ejercer acción alguna contra los terceros de buena fe, sin diferenciar para este propósito a la simulación absoluta de la simulación relativa.

2.6.2 La simulación, las partes contra terceros de mala fe

Los terceros de mala fe son los que sabían o podían saber de manera directa o indirecta de la simulación, que la entendieron perfectamente y se mantuvieron callados. Este tercero tuvo conocimiento que entre las partes intervinientes en el acto simulatorio existía la discrepancia entre la voluntad declarada y la voluntad real, y que además existía el ánimo de engañar a terceros.

El artículo 1724 del Código Civil ecuatoriano, como se expresó, protege a los terceros de una manera amplia, sin distinguir si son de buena o mala fe, por lo que no podrían ser obligados a respetar y cumplir con las estipulaciones contantes en la contraescrituras sean estas privadas o públicas, con la salvedad de estas últimas si son marginadas la contraescritura en la matriz. Sin embargo de lo expuesto, puede presentarse el caso del tercero de buena fe que adquiere un bien fruto de una simulación previa, al cual es inoponible la simulación.

“Distinta es la situación del tercero subadquirente de mala fe, que conocía del concierto simulatorio del que se derivó el dominio aparente de su tradens y respecto del cual no hay mérito para una protección como la que acaba de exponerse y al que le son oponibles la simulación y sus consecuencias”(Parraguez, 2014, p. 275).

En este presupuesto es perfectamente viable que las partes o terceros de buena fe puedan ejercer la acción de simulación contra el tercero de mala fe.

2.6.3 Relación entre terceros

Nuestra legislación protege al tercero para que pueda ejercer la acción de simulación en contra del tercero de la mala fe, es decir, que puede oponerse a la contraescritura. El artículo 1724 del Código Civil ecuatoriano protege a los terceros de la mala fe y del engaño de las partes; y si bien no lo dice de manera expresa, tampoco lo prohíbe por lo que estaría permitido.

“Podrá obtener la declaración de la simulación del acto todo interesado, incluido el tercero en cuyo favor se celebró el acto ficticio. Ahora bien, puede ocurrir que entre los varios terceros, unos deben mantener el acto aparente y otros el secreto: en tal caso, la preferencia debe asignarse a los que postulan por la validez del acto aparente” (Enciclopedia Jurídica Omeba, p. 102).

El acto aparente debe prevalecer por cuanto es el único que los terceros conocieron. Por ejemplo en el caso de los acreedores, es en éste acto sobre el cual se fundaron para confiar en la solvencia del deudor. Estos principios de la simulación no siempre pueden ser aplicados, y se debe resolver de otra manera.

“Este es el caso en que las dos clases de terceros se encuentran en igualdad de condiciones y merecen la misma protección; sin que para mantener los unos frente a los otros su adquisición respectiva tengan necesidad de invocar el negocio simulado, que incluso pudiera serles desconocido. Esto sucede cuando están frente a frente los que adquirieron del enajenante fingido y los adquirentes del testafierro, si tanto el enajenante simulado como el falso comprador transmiten la cosa a otras personas” (Ferrara, 1926, p.371).

Al existir situaciones de terceros en contra de terceros pueden presentarse variados casos, debiendo darse a cada uno de ellos el trato específico y la prelación que les corresponda.

2.6.4 Apreciación de la buena o mala fe del tercero

Para poder apreciar la buena o mala fe del tercero es necesario tener en consideración el momento en que éste pasa a ser titular de un derecho o es partícipe de algo contrario a la simulación. Se puede afirmar que el tercero actuó de buena fe si al momento de celebrar el contrato no conocía de la simulación, aún cuando llegase la verdad a su conocimiento en el futuro. En este punto es necesario profundizar algo más de lo que debe entenderse por buena fe. La doctrina describe la buena fe como la,

“convicción de haber obrado de acuerdo a la ley o encontrarse al amparo de ella. Convencimiento en quien realiza un acto jurídico de que es lícito y justo. El concepto tiene mucha importancia sobre todo en materia contractual y derecho reales” (Diccionario Jurídico Anbar, 1999, pp.515-516).

Nuestro Código Civil no define la buena fe, pero la trata en el Título de la posesión, artículos 717, 721 y 722,. Dichas normas dictan principios generales que pueden ser aplicados de manera extensiva a lo largo del Código Civil ecuatoriano. El primer artículo referido tiene relación a la posesión regular, que tiene como requisito el proceder de justo título y haya sido adquirida de buen fe. El Código Civil hace referencia a la buena fe en los siguientes términos:

“La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y cualquier otro vicio.... El justo error, en materia de hecho, no se opone a la buena fe. Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario” (Código Civil ecuatoriano, Art. 721).

”La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece presunción contraria” (Código Civil ecuatoriano, Art. 722).

De los textos legales citados se desprende que se aplica la buena y la mala fe para la adquisición o pérdida de la posesión. Tiene que tomarse en cuenta la buena o mala fe de manera especial al momento de celebrar o interpretar los contratos y en particular los testamentos. A quienes les interesa de manera principal su alcance e interpretación es a las partes; en cambio, los terceros interesados intervienen en los contratos de manera excepcional. La jurisprudencia chilena ha expresado que el texto del artículo 702 del Código Civil de dicho país, y el artículo 722 del Código Civil ecuatoriano contienen términos tan generales y comprensivos que debe aplicarse en todos los casos de buena fe, sin considerar su ubicación en el Título de la Posesión.

2.6.5 Puede el tercero beneficiarse con la simulación

El artículo 1724 del Código Civil ecuatoriano establece como regla general que las contraescrituras no surtirán efecto contra terceros, es decir que la simulación es inoponible contra terceros. Esto posibilita que los terceros puedan ejercer la acción de simulación ilícita, lo que implica que éstos se pueden beneficiar de esta solicitando la validez de la contraescritura, o del acto simulatorio a su elección por conveniencia. La norma no hace distinción entre terceros de buena o mala fe para ejercer la acción de simulación en contra de las partes, ni tampoco lo hace respecto a la acción de simulación absoluta o relativa.

2.6.6 Acciones entre terceros

En este punto se debe realizar el análisis tomando en consideración dos situaciones diferentes, estas son las acciones entre los terceros de buena fe; y, la de terceros de mala fe contra terceros de buena fe.

En relación al primer supuesto, esto es la posibilidad que un tercero de buena fe pueda ejercer la acción de simulación contra otro tercero de buena fe, partiendo del entendido que los dos desconocían del acto simulado, no se cuenta con un texto expreso en la ley que regule el tema. Sin embargo, se los debe proteger y debe prevalecer la voluntad real sobre la voluntad declarada.

En el segundo supuesto se tiene el evento cuando el tercero de mala fe quiere ejercer la acción de simulación en contra de un tercero de buena fe. En este caso se debe observar el espíritu de lo prescrito en el Código Civil ecuatoriano, que es proteger al tercero de buena fe. Lo contrario iría en contra de toda lógica jurídica, por lo que no debe prosperar cualquier pretensión del tercero de mala fe.

3. Capítulo III: La acción de simulación, marco legal, jurisprudencia y propuesta

3.1 La acción de simulación

La acción de simulación es una acción declarativa que está encaminada a buscar la verdad jurídica y desenmascarar la ficción del contrato. Esto se logra a través de la vía judicial, donde un juez dentro del proceso considerará las pruebas presentadas y declarará la existencia de un acto simulado o desestimaré la acción por falta de pruebas.

“No se trata de una impugnación en sentido técnico, o sea de una acción dirigida a destruir relaciones jurídicas existentes, sino de una simple acción declarativa al solo, pero eficaz, objeto de hacer constar de modo autorizado la falta de realidad o la verdadera naturaleza de una relación jurídica, sin pretender su modificación o su destrucción. La sentencia declara un estado de hecho, se limita a reconocerlo simplemente” (Ferrara, 1926, p. 413).

La acción de simulación es el antecedente que se requiere para el inicio de otra acción legal para obtener la condena civil. En esta acción de simulación se busca transparentar el engaño y sacar a relucir la verdadera voluntad de las partes intervinientes en la simulación.

3.1.1 Como acción o como excepción

Existe coincidencia entre la doctrina y la jurisprudencia al aceptar que la simulación se puede alegar como acción o como excepción. En la Argentina, desde hace más de siglo y medio, la doctrina y la jurisprudencia aceptan la nulidad por simulación, la cual se puede oponer como acción o como excepción.

“Debe entenderse la excepción, no en el sentido técnico del procedimiento romano, es decir, contraposición o paralización de otro derecho, sino en el sentido genérico de omni defensión qua quis utitur, pues propiamente hablando, la simulación tiene el carácter de negación del fundamento de lo pretendido por otra persona a causa de la falta de consentimiento” (Ferrara, 1926, p. 413).

La simulación puede impugnarse como una reconvención por la parte demandada. De igual forma, la simulación puede ser alegada por terceros los cuales pueden comparecer dentro de un juicio como terceristas, ya sea apoyando la posición de una de las partes litigantes o en contra de lo dos.

3.2 Legitimación para accionar

Tanto la doctrina como jurisprudencia especializada coinciden que es titular de la acción de simulación quien tenga la titularidad del derecho o un interés legítimo para poder accionar, pudiendo ser las partes contratantes, los herederos a título universal o singular, terceros que han sufrido los daños o los perjuicios o dejan de obtener un beneficio por la simulación y el Ministerio Público. Otros autores subdividen a los terceros como los acreedores de derechos patrimoniales afectados por los negocios, el cónyuge o compañero, los representantes de los menores, los adquirentes o subadquirentes, el albacea, acreedores condicionales, masa concursal, representados o mandantes y el testigo.

“La acción para atacar la simulación no escapa a esta regla general de las acciones civiles, de manera que solamente puede intentarse por quien justifique un interés legítimo en la declaración de simulación del negocio; concepto que en el presente caso, se muestra como extenso, porque va más allá de la titularidad formal de un derecho subjetivo, y complejo, porque incorpora la necesidad de un elemento objetivo: el daño” (Parraguez, 2014, 250).

Los primeros en ser legitimados activos para ejercer la acción de simulación son las partes, al tener estas el interés legítimo. Las partes pueden ejercitar la acción entre sí o contra terceros de mala fe, pero no podrán ejercerla contra terceros de buena fe. Las partes están legitimados para ejercitar la acción de simulación; sin embargo es “preciso que de la destrucción de la apariencia no obtengan beneficio, porque en otro caso se alentarían las defraudaciones” (Carcaba, 1986, p.108). También pueden ejercer la acción de simulación como legitimados activos los terceros de buena fe que tengan el interés legítimo y jurídicamente tutelable, siendo tercero de buena fe todo aquel que no ha intervenido directamente en el negocio y que tampoco tuvieron conocimiento de éste. Se tiene interés legítimo cuando se cumplan los siguientes presupuestos:

“Que quien impugna por simulación sea titular de un derecho subjetivo y presente,....Que el mantenimiento del negocio aparente cause un daño cierto o que, por lo menos, amenace gravemente los derechos del tercero....Que la acción se funde en un derecho presente y no en una mera expectativa de derecho” (Carcaba, 1986, pp.108-109).

La buena fe de los terceros se presume por lo que no tendrán que probarla. El caso más común de terceros que tiene interés legítimo es en la compraventa simulada para perjudicar a los acreedores, quienes están legitimados para ejercer la acción de simulación al cumplir los tres presupuestos antes citados. Estos, quienes tienen el derecho de una acreencia, se verían perjudicados en su garantía de cobro si se mantiene la compraventa simulada.

Por otro lado es necesario analizar quién tiene a la legitimación pasiva, que es quien será la contraparte en el litigio o juicio. En el juicio de simulación se debe demandar a todos aquellos que participaron ella, para que todos tengan el derecho a la defensa y de esta manera evitar fallos contradictorios por una misma causa.

3.3 Medidas cautelares

Muy poco ha tratado la doctrina sobre las medidas cautelares que pueden ejercerse en paralelo con la acción de simulación. En la jurisprudencia extranjera existe divergencia de criterios sobre la procedencia o improcedencia de medidas cautelares, bajo la consideración que la acción de simulación es una acción declarativa. A esto se debe sumar que no existen normas expresas que autoricen que al ejercer la acción de nulidad por simulación se puedan solicitar medidas cautelares, ni tampoco existe una norma de carácter general.

Entre las medidas cautelares tenemos que mencionar al embargo, a la inhibición y a la anotación de Litis. El embargo preventivo como regla general no es aceptado por los jueces al ejercer la acción de simulación; sin embargo, se han aceptado ciertas excepciones para dar paso a esta medida cautelar, cuando existe confesión de los demandados o contraescrituras por escritura pública.

“La inhibición procede cuando, por ignorarse los bienes del deudor no es posible trabar embargo alguno. En la acción de simulación el pedido de inhibición era rechazado por entender que no siendo procedente el embargo preventivo, “tampoco lo era la inhibición”” (Mosset, 2008, p.279).

La anotación de Litis o marginación permite que terceros conozcan del pleito al anotarse o marginarse en el Registro de la Propiedad la Litis, y de esa manera no perjudicar a terceros adquirente. Además, en nuestro país se tiene acceso a los juicios en trámite a través de la página de la función judicial, lo que también contribuye a la publicidad del caso.

3.4 Carga de la prueba

El probar dentro de un proceso judicial el acto simulado es un tarea compleja, donde se pueden presentar varias dificultades tanto para las partes que

intervinieron en el acto simulado como para terceros. Los intervinientes en el acto simulado antes de suscribirlo han preparado todo el proceso, tomando las medidas para que este acto aparente se presente como real y permanezca con esa apariencia en lo posible de manera permanente, sin que se levante sospechas de ninguna naturaleza. Los simuladores evitan dejar rastro de sus acciones y cada vez con más frecuencia son asistidos por expertos para que el engaño sea de difícil detección. “La prueba de la simulación debe ser severa y ante la duda debe estarse por el mantenimiento del acto jurídico” (Kiper y Lisoprawski, 2004, p.26).

Para estos autores argentinos su afirmación se sustenta en lo establecido en la ley cuando dice: “Solo podrá prescindirse del contradocumento para admitir la acción, si mediaran circunstancias que hagan inequívoca la existencia de la simulación” (Código Civil y Mercantil argentino, Art. 960). Con las prueba de la simulación lo que se pretende demostrar es que el acto aparente es acto simulado y no verdadero. La jurisprudencia argentina, al interpretar la palabra circunstancias que consta en el artículo 960 del Código Civil y Mercantil argentino,

“concluyó que el empleo de la palabra “circunstancias” no es casual, pues con ello se ha querido significar que no sólo las pruebas han de tenerse en cuenta, sino también el conjunto de circunstancias que constituyen el ambiente o clima en que la simulación se produjo” (Parraguez, 2014, p.292).

Existe la tendencia generalizada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia que se deben seguir las reglas generales de la prueba y se pueden utilizar todos los medios probatorios que la ley los acepta, por cuanto no existen normas especiales o específicas para la prueba de la simulación.

3.4.1 Clásica

Para tratar el tema de la carga de la prueba conocida como carga clásica, vale la pena recordar lo que se entiende por simulación.

“Se habla de simulación cuando las partes contratantes consignan en el documento declaraciones, que total o parcialmente no corresponde al convenio que realmente celebran; hay en este caso una disparidad, absoluta o relativa, entre la voluntad secreta y la aparente pública” (Devis,1994, p.315).

En la celebración de todo acto o contrato se presume que existirá completa identidad entre la voluntad declarada y la voluntad real. En efecto, algunos autores sostienen que debe existir identidad entre la voluntad psíquica y la voluntad declarada. “Lo lógico es suponer que las partes declarantes han dado a su declaración hablada, escrita o expresada en cualquier forma, el verdadero sentido y alcance que corresponde a su voluntad psicológica” (Díez, 2014, p.212).

Como concepto general se tiene que para la simulación se deben aplicar las reglas generales de la carga de la prueba, ya que no existen reglas especiales. Por tanto, aplicando las reglas generales de la prueba o presunciones, le corresponde la carga de la prueba a quien alegue la simulación, en base al principio de que las convenciones entre particulares deben reputarse sinceras hasta que se pruebe lo contrario. Los simuladores realizan el mejor esfuerzo para que el acto aparente no demuestre ninguna falencia. “Desde todas las épocas se ha considerado a la simulación como una materia *difficilioris probationes*, pues reúne la triple característica de hallarse constituida por unos hechos ocultos, psíquicos y generalmente ilícitos” (Muñoz, 2011, p. 45).

En muchos de los actos simulados las partes intervinientes cumplen con todas las formalidades requeridas. Por ejemplo, en el caso de bienes inmuebles,

efectúan el pago de los impuestos correspondientes al traspaso de dominio, realizan los trámites de transferencia y catastro en el Municipio correspondiente, celebran el contrato ante notario público y su correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad. Todos estos hechos y actos dificultan la carga de la prueba cuando es responsabilidad exclusiva del actor. Según el tratadista mexicano Galindo, “quien impugna la eficacia del acto simulado debe invocar la existencia de hechos ciertos, suficientemente idóneos para demostrar la ausencia de consentimiento contractual y para crear así una falsa apariencia de realidad” (Galindo, 1996, p.410).

Nuestra legislación, siguiendo el Código Civil francés, establece que la carga de la prueba le corresponde a quien la alega. Cuando dice “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta” (Código Civil ecuatoriano, Art. 1715). De igual forma, el mismo cuerpo legal exige que ciertos actos o contratos deben constar por escrito cuando superan cierto valor. “Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América” (Código Civil ecuatoriano, Art. 1726).

Si bien es cierto que en nuestra legislación las contraescrituras surten efecto para las partes, estas no surtirán efectos contra terceros de buena fe que hubieren contratado con estos. Al ejercer la acción de simulación, el actor deberá aportar las pruebas para probar el acto simulado, pero también el demandado deberá aportar las pruebas de descargo para demostrar por su parte que el acto en el cual participó fue lícito y que ha colaborado con el juez para el esclarecimiento de la verdad.

3.4.2 Dinámica

De forma general, el concepto de la valoración clásica de la prueba se va distanciando del aforismo romano de que a quien le corresponde la carga de la prueba es al actor (*actori cumbit onus probandi*).

“La doctrina moderna entiende que la carga de la prueba de los hechos constitutivos y convalidativos del derecho cuyo reconocimiento se pretenda, pesa sobre el litigante que afirma la existencia; en tanto que la prueba de los hechos extintivos, impeditivos, invalidativos o modificativos, gravita sobre aquel que los invoca, vale decir, a quien los hechos constitutivos o convalidativos perjudican” (Enciclopedia Jurídica Omeba, 1979, p. 515).

Bajo esta premisa o nueva concepción de carga de la prueba se da origen a una nueva teoría sobre el tema. La carga de la prueba dinámica se aparta del concepto de la carga de la prueba clásica. Esta tiene sus defensores en la doctrina y existe jurisprudencia que la soporta. “Se ha encontrado acertada jurisprudencia que ha aplicado las máximas de la experiencia y la carga de la prueba dinámica (en la cual, la carga de probar se traslada a quien está en mejores condiciones para producirla). (Núñez, 2008, p.187).

La aplicación de esta doctrina permitiría a los jueces resolver de una manera más justa y llegar al esclarecimiento de la verdad, lo cual no es de fácilmente alcanzable al no tener legislación positiva que los soporte.

“La jurisprudencia ha debido, sistemáticamente, acudir a una inversión de los principios de la carga de la prueba, para evitar la clamorosa injusticia que la aplicación de los principio tradicionales traería aparejada. Esa inversión, no apoyada en ningún texto legal, constituye un auxilio de las reglas de la sana crítica, aplicadas a la distribución de la carga de la prueba. No se trata de ningún criterio de valoración de la prueba, sino de su distribución” (Couture, 1949, pp.223-224).

En la mayoría de los procesos judiciales se puede afirmar que el demandado se encuentra en mejor posición para demostrar sobre la verdad del negocio celebrado. Pero esta regla puede cambiar cuando el demandado también está en capacidad de aportar con pruebas suficientes y valederas para demostrar la veracidad del acto que es impugnado.

“Se ha entendido con buen criterio, que también debe el demandado producir la prueba de descargo pertinente, tratando de convencer de la honestidad y sinceridad del acto en que intervino, lo cual no significa exonerar de esa carga a quien corresponda” (Enciclopedia Jurídica Omeba, 1979, p.515).

En este caso se puede hablar más que de una inversión de la carga de la prueba de una redistribución del *onus probandi*. Como soporte de esta doctrina, Mosset cita un fallo del Superior Tribunal de Corrientes:

“Si bien la regla consistente en que el *onus probando* incumbe al actor es aplicable a los supuestos de simulación, ella no puede ser llevada al extremo de exigirle prueba de un hecho negativo, como la falta de precepción de pago del precio en 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, tratando de convencer acerca de la seriedad y honestidad del acto en el cual intervino” (Mosset, 2008, pp. 282-283).

En la simulación, debido a su complejidad, quien ejerce la acción de simulación debe superar una verdadera muralla jurídica debido a que los medios de prueba generales no son suficientes, por lo que es necesario recurrir a los indicios y presunciones que solos o combinados pueden servir para demostrar el acto simulado de una manera más fehaciente que los medios de prueba clásica. “A través de todas estas consideraciones, y otras parecidas pero unánimes en atribuir el onus al actor (o al demandado si es él quien excepciona la simulación)” (Muñoz, 2011, p.52).

Los tribunales argentinos han expresado en varias de sus sentencias que en los juicios de simulación no se invierte la carga de la prueba; esto quiere decir que el principio que sobre el actor recae la carga de la prueba no es de

aplicación absoluta en materia de simulación. Con la carga de la prueba dinámica no solo que se puede trasladar la prueba del actor al demandado, sino que no se debe estar sujeto a la presentación de las contraescrituras como única prueba de descargo, lo que en muchas ocasiones no se realiza por la confianza existente entre los contratantes, confianza que luego deja de haber por el abuso de uno de ellos. Lo primordial es llegar a probar la simulación por todos los medios posibles, llegando los jueces a su convicción para esclarecer la verdad sin importar el medio probatorio.

3.5 La prueba de la simulación

En la simulación el objetivo de la prueba va a ser diferente si esta es practicada por las partes intervinientes en el acto simulado, por terceros o si se trata de la simulación absoluta o simulación relativa.

“Consideradas desde el punto de vista de su aportación al proceso, como actividad del juez o las partes o como los diversos medios utilizados para obtener el convencimiento del juzgador sobre la existencia o inexistencia y las características de los hechos sobre los cuales debe proferir su decisión, las pruebas son actos jurídicos procesales, porque en ellas intervine la voluntad humana” (Devis, 2006, p.11).

En la simulación, las partes intervinientes de manera deliberada quieren ocultar la verdad del negocio aparente por lo que recurren a todo tipo de mecanismos legales y no legales para evitar sacar a relucir el acuerdo simulatorio, haciendo lo posible para que permanezca como creíble el acto simulado. Bajo este argumento, la prueba de la simulación tiene especial trascendencia para los terceros que no han participado del acto simulado y se han mantenido distantes a este. Están legitimados para ejercer la acción de simulación las partes y los terceros. “La legitimación para la prueba y la titularidad del derecho concreto a probar, son conceptos idénticos” (Devis, 2006, p. 249).

Se debe distinguir claramente quién ejerce la acción de simulación, esto es las partes intervinientes en el acto simulado o los terceros, y esto llevará a determinar qué hay que probar, cómo se va a probar y quién tiene la carga de la prueba.

3.5.1 La prueba de la simulación entre las partes

Existe discrepancia entre la doctrina y la jurisprudencia sobre la prueba de la simulación entre las partes. Para unos, cuando el acto aparente ha sido celebrado por escrito o de manera verbal, la prueba de la simulación “debe ser de igual fuerza de convicción que la que tiene el medio empleado para formular la declaración engañosa” (Ospina y Ospina, 2005, p.139). Si el acto o contrato se celebró verbalmente por no ser necesario por escrito o porque las partes así lo acordaron, las partes pueden recurrir a todo tipo de pruebas para comprobar la simulación. Por el contrario, si el acto o contrato se celebró por escrito ya sea en documento privado o documento público, se requiere un instrumento de igual valor para poder probar la simulación,

“como una contraescritura, o un principio de prueba por escrito que haga verosímil la simulación y complementado por otros medios, inclusive la declaraciones de testigos, los indicios, etc. Y, sobre todo por la confesión judicial de parte, “que es la prueba por excelencia” (Ospina y Ospina, 2005).

En cambio según otros, las partes pueden recurrir a todos los medios de prueba posibles para probar la simulación, inclusive a la prueba testimonial o a los indicios o presunciones. Es decir que no se requiere del formalismo *ad probationem* que limitaba lo medios probatorios que podían recurrir las partes para acreditar la simulación. “ En resumen, Llambías sostiene que “siempre que medie una prueba incontrovertible, cierta, inequívoca de la simulación, es lógico admitir la acción” (Mosset, 2008, p.297). La prueba de la simulación no puede ser aceptada solamente por declaraciones de testigos y presunciones o indicios.

3.5.2 La prueba de la simulación alegada por terceros

Como se ha expresado, los terceros son aquellos que no han participado en el proceso simulatorio. Para ellos tiene mayor complicación la prueba de la simulación, partiendo del hecho que no podrán tener acceso a la contraescritura con facilidad, requisito que se exige en algunas legislaciones donde se debe probar de manera documental -considerada la prueba directa-. A esto se debe sumar que las partes intervinientes en la simulación la han planificado con premeditación y se esfuerzan para que aparente veracidad y eliminar cualquier rastro en contrario. Los terceros pueden tener acceso a la contraescritura de forma casual, por lo que a manera de excepción les es permitido probar la simulación por cualquier medio legal sin limitación alguna, incluyendo la declaración de testigos, confesión judicial, documentos, informes, libros de comercio, contabilidad, peritajes, indicios y presunciones. Estas pueden ser las pruebas que permitan al juez llegar al esclarecimiento de la verdad, satisfagan su convicción y posteriormente pueda declarar el acto como simulado; caso contrario se deberá estar a la validez del acto.

“Para los terceros la simulación no es un acto jurídico que los vincule, sino un hecho ajeno para cuyo establecimiento es necesario concederles la más amplia libertad probatoria, especialmente si se tiene en cuenta que sería inusitado que ellos tuviesen premunidos de una prueba escrita de la maniobra simulatoria, como sería poco probable que lograsen la confesión de las partes” (Ospina y Ospina, 2005, p. 141).

A los terceros, al probar el acto simulado, no se les puede exigir los mismos requisitos y formalidades que a las partes intervinientes en el proceso simulatorio, Por tal razón, es correcta y razonable lo que se podría denominar la flexibilización de la prueba a ser actuada por terceros. Sobre este aspecto es importante conocer lo expresado por la doctrina chilena:

“Como la simulación ilícita es un verdadero delito civil, los terceros, para probarla, deben acudir a las reglas que gobiernan la prueba en materia delictual y no en materia contractual. Por eso pueden valerse de todos los medios que la ley permite para acceder el fraude, incluso presunciones” (Alessandri, Somarriva, Vodanovic, 2005, p.364).

Lo que pretende la doctrina y la jurisprudencia es que los terceros de buena fe dispongan de todas las herramientas probatorias necesarias para que se pueda conocer del acto simulado que los perjudica. Los jueces en la prueba actuada por terceros deben ser menos rigurosos que en relación a la prueba actuada por las partes.

3.5.3 La prueba de la simulación alegada por herederos

Los herederos como causahabientes universales pueden ocupar dos diferentes posiciones jurídicas: la una es como sucesores de las partes, es decir que como dando continuidad a estos; y, la otra, es por sus propios derechos para defender sus intereses como causahabientes. En la primera posición, éstos deben defender las actuaciones y el obrar del causante en defensa del patrimonio, por lo que serían considerados como parte. En la segunda posición, en la que los herederos pueden estar en defensa de sus derechos, impugnan la simulación que los perjudica en sus asignaciones forzosas establecidas en la ley. Por lo dicho, los herederos harán uso de los medios de prueba en contra del proceso simulatorio dependiendo si lo hacen como partes o como terceros, en los términos expuestos en los numerales anteriores.

3.5.4 La prueba de la simulación por presunciones

No existe un criterio uniforme en la doctrina sobre lo que debe entenderse como indicios y presunciones. Carcaba cita sobre este punto específico a Melero y a Muñoz cuando dice:

“Lo que en el Código Civil se llaman presunciones de hecho no son otra cosa que indicios, esto es, fuentes de convicción que se deducen por vía de razonamiento lógico de determinados hechos. (455). No es esta mi opinión, pues me inclino a pensar que lo correcto es sostener que la presunción es la labor intelectual de deducción que realiza el Juez a partir de uno o más indicios (456)” (Carcaba, 1986, p.133).

La legislación ecuatoriana las regula como presunciones y estas se encuentran en dos normas del Código Civil, en los artículos 1729 y el 32. “Presunciones.- 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 ecuatoriano, Art.1729).

“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” (Código Civil ecuatoriano, Art. 32).

Las presunciones de hechos de la simulación se pueden clasificar en los siguientes términos: a) En cuanto a los contratantes se puede a su vez dividir en relación al parentesco o amistad íntima, probidad, moralidad, honorabilidad o a la falta de capacidad económica de comprador, procedencia del dinero y destino de este por parte del vendedor; b) De la naturaleza y cuantía de los bienes transmitidos; c) De la falta de ejecución material del negocio; d) Del comportamiento de las partes al efectuar el contrato; e) Del comportamiento de

las partes en el litigio. Si las presunciones no son graves, precisas y concordantes, que le permita al Juez arribar a la convicción de que el acto celebrado no ha sido real y hubo la intención de perjudicar a terceros en caso de duda, el juez debe hacer prevalecer la validez del acto.

3.6 Prescripción

El tema de la prescripción de la acción de simulación no ha sido resuelto de manera definitiva ni por la doctrina ni por la jurisprudencia. Existen diversos criterios entre autores de países donde se encuentra regulada la simulación, y autores provenientes de países donde no está normada. Un ejemplo cercano de esta diversidad de criterios es Argentina, donde se encuentra regulada la simulación en el Código Civil y Comercial argentino. En este país se venía discutiendo sobre la prescripción o la imprescriptibilidad de la acción de simulación; y, si prescribe en un año o de manera bienal o decenal. Para un buen número de expertos que están a favor de la imprescriptibilidad, el contrato simulado,

“...no entraña una “falsa causa” porque en él no hay nada de real; para otro sector la falsa causa puede aludir a la simulación relativa, donde se muestra una causa aparente, pero no a la simulación absoluta....Pero para la mayoría de los tribunales el concepto de “falsa causa” comprende el de simulación sea ésta absoluta o relativa” (Mosset, 2008, p.268).

En la misma línea, esto es que no opera la prescripción tenemos a Albadejo cuando dice:

“La acción de impugnación no se extingue por prescripción, ya que no se trata de ejercitar un derecho (a invalidar, a suprimir efectos) que pudiera morir por el paso del tiempo, sino, como ya tengo dicho, de poner de relieve que el negocio es desde antes inválido y que los efectos verdaderamente no existen” (Albadejo, 2005, p. 44)

El problema fue resuelto parcialmente con la ley 17.711 de 1968, que reformó el Código Civil y Comercial argentino y se enunció que “prescribe a los dos años la acción para dejar sin efecto entre las partes un acto simulado, sea la simulación absoluta o relativa” (Código Civil y Comercial argentino, Art. 4030). Además, se especificó cuándo prescribía la acción de simulación para las partes y desde cuando se computaría el plazo para ejercerla. La jurisprudencia Argentina, ante falta de norma expresa, aplicó la prescripción decenal ordinaria para la acción de simulación, hasta que con las reforma a la norma legal, se aplica de manera reiterada la prescripción bienal.

Contrario a quienes sostienen la imprescriptibilidad de la acción de simulación, tenemos que sobre la prescripción de esta ha tenido acogida,

“particularmente en el latinoamericano donde se apoya con mucha fuerza en el principio de la prescriptibilidad universal....Obviamente en los sistemas que no han disciplinado la acción simulatoria que son mayoritarios, no es posible encontrar soluciones positivas sobre su prescriptibilidad” (Parraguez, 2014, pp.278-279).

Como se puede ver, existe divergencia de opiniones entre los autores dependiendo si la simulación está regulada o no, incluso de manera directa o indirecta. Esto ha llevado a algunos autores a defender la prescriptibilidad de la acción de simulación,

“Algunos pretenden que la acción de simulación es imprescriptible, porque cualquiera que sea el tiempo que transcurra un acto que no existe no puede adquirir existencia y siempre se podrá pedir que se declare que no existe, pero contra esto se opone el principio general que declara que toda las acciones son prescriptibles, excepto las que expresamente el legislador establece como imprescriptibles” (Alessandri, Somarriva, Vodanovic, 2005, p.365).

El Código Civil ecuatoriano en su artículo 1583 numeral 11 establece que la prescripción es una forma de extinguir las obligaciones. Según este cuerpo legal, la prescripción sirve para adquirir el dominio o para extinguir obligaciones. De igual forma, sirve para precluir el inicio de acciones como sería la acción de simulación de actos y contratos; en este caso se la conoce como prescripción extintiva. De la misma manera, el artículo 2392 del Código Civil ecuatoriano define lo que es la prescripción, siendo ,entre otras cosas, una forma de extinguir acciones. El mismo artículo en el inciso segundo dice: “Una acción o derecho se dice que prescribe cuando se extingue por la prescripción” (Código Civil ecuatoriano, Art. 2392).

Bajo este concepto se puede aplicar el principio general de que todas las acciones son prescriptibles, con excepción de las que la ley las excluya de manera específica. Por lo dicho, la acción de simulación en el Ecuador puede prescribir por el transcurso del tiempo, de conformidad con lo establecido en el artículo 2415 que reza: “Este tiempo es en general de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez años para las ordinarias” (Código Civil ecuatoriano, Art.2415).

El tiempo para que prescriba la acción de simulación en el Ecuador es de diez años, al amparo del artículo antes referido. Sin embargo surge la pregunta desde cuándo empieza a correr el termino para el cómputo del plazo para ejercer la acción de simulación. Para poder contestar esta interrogante se debe diferenciar quién va a promover la acción, esto es las partes o terceros. “El plazo de prescripción tratándose de actos simulados, debe computarse desde el momento en que el titular ficticio pretende realizar actos de propietario real, con prescindencia del convenio oculto, o dando fuerza de verdadero al contrato simulado” (Mosset, 2008, p. 270).

Tratándose de las partes, la prescripción empieza no a la fecha de celebrar el acto simulado,

“sino desde que cualquiera de ellas exteriorice su propósito de desconocer, la convención oculta y prevalerse del acto aparente. Se entiende que mientras las dos partes se mantengan dentro del acto oculto y lo respeten, esta actitud importa un reconocimiento tácito y continuado del derecho de la contraria, interruptivo de la prescripción” (Enciclopedia Jurídica Omeba, 1979, p.527).

En otras palabras, la prescripción de la acción de simulación para las partes comienza no a la fecha de celebrar el acto simulado sino desde cuando alguna de ellas pretende desconocer lo que convino en mantener oculto. De igual forma, para los terceros el inicio de la prescripción de la acción no va a coincidir al momento de la celebración del negocio simulado, sino desde que tuvieron conocimiento del acto celebrado en perjuicio de ellos. En el caso ecuatoriano, se aplicaría para los terceros la regla general de la prescripción esto es de diez años para ejercerla.

Según nuestra normativa “El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla. El juez no puede declararla de oficio” (Código Civil ecuatoriano, Art. 2393). De acuerdo a esta norma se puede también aplicar el “principio clásico conforme el cual la prescripción no corre contra quien no puede valerse para actuar (contra non valentem agere proscriptio non currit)” (Ospina y Ospina, 2005, p. 136).

Para los terceros, comienza a discurrir el tiempo para la prescripción de la acción de simulación desde que tuvieron conocimiento pleno y cabal del acto simulado; no pueden hacerlo con simples presunciones o sospechas. Por esto, los terceros deben probar de manera fehaciente la fecha y forma en que tuvieron conocimiento del acto simulado. Se debe mencionar que para los herederos la prescripción de la acción de simulación comienza desde cuando se produce la muerte del causante, antes de este hecho no pueden ejercer acción alguna.

En la legislación comparada vale la pena resaltar lo dispuesto en el Código Civil de Perú respecto de la prescripción. En este código se estipula que para la simulación absoluta la acción de nulidad prescribe en diez años, para la acción de daños y perjuicios por quien ha sido afectado por la violación de un acto simulado es de siete años y para la simulación relativa la acción de simulación prescribe en dos años.

3.7 Análisis de las normas del Código Civil

Como se ha mencionado a lo largo de este trabajo, la simulación no se encuentra reglada de manera específica en nuestro Código Civil. Sin embargo, la simulación está presente cuando el Código trata la nulidad o prohibición cuando interviene una interpuesta persona, en los artículos 1008 y 2048. En este puntos nos vamos a focalizar en la regulación de la contraescritura:

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

Tampoco lo surtirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero.” (Código Civil ecuatoriano, Art. 1724).

Existen varios tratadistas que coinciden que la ubicación de este artículo bajo la prueba de las obligaciones está equivocada, al igual que en el Código francés de donde se heredó el error. Este criterio está basado en que el enfoque del texto legal es al efecto que producen las contraescrituras privadas o públicas en relación a las partes o contra terceros. La regla general es que las partes que otorgan una escritura pública en base a su libertad o autonomía privada pueden modificar o revocar sus obligaciones por haber cambiado los hechos o las situaciones que los motivó a suscribir en los términos originales.

“Puede ocurrir también que la escritura que han otorgado contenga un contrato que no tienen verdadera intención de efectuar; y que después de otorgada la escritura pública dejan constancia en un instrumento privado secreto de su verdadera intención de no realizarlo u otorgan otra escritura pública con este objeto” (Solar, 1979, p.686).

Tanto la escritura y la contraescritura privada o pública tienen un efecto para las partes que los suscriben; las segundas contienen la última manifestación de las voluntad libre y voluntaria de los contratantes. A estos dos instrumentos es aplicable el principio que del Código Civil que establece que, “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes” (Código Civil ecuatoriano, Art. 1561), lo que desvincula a los terceros.

“Sólo los contratantes están ligados por el contrato; sólo respecto de ellos tiene el contrato fuerza obligatoria; y sólo a ellos perjudican y aprovechan sus efectos. Esto importa decir que el contrato no daña ni beneficia a los que no han figurado en él como partes contratantes, porque el contrato no es para ellos una ley con fuerza obligatoria” (Solar, 1979, p.652).

Los terceros únicamente conocen la escritura que se ha hecho pública y que contiene el contrato celebrado entre las partes. Ellos no tienen conocimiento de la contraescritura, que por lo general es un pacto secreto celebrado de manera clandestina y que se quiere que permanezca oculto. Las partes suelen celebrar la contraescritura de manera simultánea al acto que lo va a modificar, pero en otros casos la celebran con anterioridad o con posterioridad por no existir impedimento alguno. “En una palabra, basta que haya “simultaneidad intelectual”, pero no simultaneidad material” (Díez, 2014, p. 98). El artículo 1724 del Código Civil ecuatoriano cuando hace referencia a los terceros que no han intervenido en la contraescrituras, quiere que sobre estos tenga prelación lo acordado en el contrato ostensible para de esta manera proteger algún derecho que les mantenga ligado con alguno de los contratantes.

Finalmente, las contraescrituras pueden producir efectos contra terceros cuando se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1724 del Código Civil ecuatoriano en su inciso segundo, esto es que se ha tomado razón de su contenido al margen de la matriz. Esto implica que así el tercero haya tenido conocimiento por otros medios de la contraescritura pública, esta no es oponible a este sin el requisito antes mencionado.

Se debe mencionar que si bien nuestra legislación trata sobre la contraescritura y sus efectos para las partes y contra terceros, se busca que prevalezca la voluntad real de los contratantes.

“El respeto de la ley por la intención de los que voluntariamente se obligan, usando su libertad, su autonomía privada, es tal, que aún en los contratos simulados, el legislador y el juez, ponen a salvo la verdadera voluntad de las partes, prescindiendo cuando sea del caso de los nombres o apariencia dada a las convenciones. Mientras no afecten a los derechos de terceros, al orden público o las buenas costumbres, los contratos simulados valen” (Larrea, p. 506).

Parecería que la simulación solo se puede probar con la contraescritura, que es una forma escrita de expresar la convención de las partes que contiene su verdadera voluntad, en contrario a lo que se declaró falsamente en el acto aparente. Sin embargo, puede haber simulación aún cuando las partes no suscriban una contraescritura, y esto “sin necesidad de exigir como resguardo otro instrumento secreto, entregándose confiada a la lealtad de la otra parte” (Díez, 2014, p.103). Es viable esta falta de contraescritura en la simulación que es consensual y no se requiere cumplir con ciertas formalidades que deben constar por escrito o por instrumento público.

3.8 Análisis de normas del Código del Trabajo

Las relaciones laborales tienen que tener una protección relevante a todo nivel, por la vulnerabilidad de los trabajadores a múltiples violaciones de sus

derechos. En previsión de una posible afectación de los derechos de los trabajadores es que en nuestro país existen normas expresas a nivel constitucional que castigan la simulación. Es por ello que se protege los derechos de los trabajadores en el artículo 327 cuando prescribe que,

“La relación laboral entre personas trabajadoras y empleadores 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.”
(Constitución de la República del Ecuador, Art.327)

A pesar de su complejidad, la simulación laboral está presente en el Ecuador. Para alcanzarla se recurren a diversas figuras jurídicas, pero siempre ocultando la verdadera relación laboral con figuras no de índole laboral. El Código del Trabajo no contiene norma expresa respecto a la simulación, pero si una norma que protege a los trabajadores cuando se perjudiquen sus derechos. Esto se logra estableciendo una responsabilidad solidaria. En relación a este principio, el artículo 41 del Código del Trabajo establece:

“Responsabilidad solidaria de empleadores. Cuando el trabajo se realice para dos o más empleadores interesados en la misma empresa, como condueños, socios o coparticipes, ellos serán solidariamente responsables de toda obligación para con el trabajador” (Código del Trabajo ecuatoriano, Art. 41).

A pesar de que la Constitución establece que se penalizará y se sancionará la simulación en materia laboral, no existe en el Código del Trabajo ecuatoriano dicha penalización o sanción, ni en ninguna otra norma. Es por ello que en la

práctica la figura de la simulación en el ámbito laboral sigue siendo frecuente, esto con el fin de evitar la afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, evitar el pago de beneficios laborales como son la décimo tercera y décimo cuarta remuneración, vacaciones, utilidades y cualquier otra prestación que esté obligado el empleador por ley o por contratación colectiva.

Es muy común el recurrir a la contratación bajo la modalidad de servicios profesionales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 2022 del Código Civil ecuatoriano. Esta norma determina de manera general cuáles profesiones pueden acogerse a este precepto legal. En la vida cotidiana, al existir exceso de oferta de mano de obra en el Ecuador, el empleador es quien impone las condiciones para la contratación de personal. El contratante evita en muchos casos el mantener una relación laboral directa y simula una relación profesional, a pesar de que quien está laborando bajo esta figura está sujeto a un horario de trabajo, debe acudir al lugar de trabajo diariamente, recibe órdenes directas de sus superiores; es decir, se reúnen los elementos necesarios para una relación laboral de manera indiscutible.

En el ámbito empresarial se suele aplicar la creación de empresas relacionadas con el objetivo de aprovechar las prestación laboral de los empleados, a pesar de que estos reciben su remuneración de una sola de ellas, y con frecuencia, de la que menos utilidades genera. En general se busca evadir alguna exigencia o prohibición legal.

En concordancia con el artículo 41 del Código del Trabajo ecuatoriano que establece la solidaridad de los condueños, socios o coparticipes, está lo regulado en la disposición general tercera de la Ley de Compañías, que distingue en primer lugar que la compañía de comercio goza de personalidad jurídica propia, siendo un sujeto de derecho distinto a sus socios. La misma norma determina que esta distinción no será oponible si entre otras cosas existe simulación que lleve a perjudicar a terceros, siendo imputables directa y personalmente las personas que se hubieren aprovechado de la simulación.

De igual forma se debe considerar el contrato de sociedad comercial. Al respecto, Gabino menciona que,

“no se admitirá prueba de ninguna especie contra el tenor de las escrituras de constitución o de reforma de una sociedad, “ni para justificar la existencia de pactos no expresados en ellas”. De esta suerte, el contenido de dichas escrituras es obligatorio tanto entre los socios como respecto de terceros, aunque haya pactos ocultos que contraríen o adicione las estipulaciones consignadas en la escritura social registrada” (Gabino, 1960, p.229).

En la jurisprudencia ecuatoriana existen varios pronunciamientos y antecedentes sobre la simulación en materia laboral. Así tenemos la sentencia de la ex Corte Suprema de Justicia (Registro Oficial Suplemento 433 de 9 de Enero de 2007, expediente de Casación 340). En este proceso, el actor argumentó que fue empleado de una cooperativa de transporte y demandó la indemnización que le correspondía por despido intempestivo. Esta petición fue rechazada en primera y segunda instancia. Los Magistrados de la ex Corte Suprema dentro de su análisis determinaron que existió una relación laboral directa entre el actor y la cooperativa. Esto en base a las pruebas presentadas, como son la declaración testimonial de la secretaria de la cooperativa, el oficio dirigido por el presidente de la cooperativa a los despachadores que les da instrucciones y amenaza con separarles del cargo definitivamente y finalmente el reglamento interno de la cooperativa que establece que los despachadores estarán bajo el control de la gerencia.

“Es decir se ha comprobado plenamente la existencia de la relación de trabajo del actor en esta causa con la cooperativa, por más que mediante hábiles subterfugios y disposiciones que se haya querido disimular esa relación, aduciendo que están a órdenes de los choferes o propietarios de los buses de la línea 116.... El contrato de trabajo muchas veces trata de ser ocultado mediante hechos, medidas, y formas

de simulación tendientes a eludir obligaciones que debe cumplir el empleador, como en este caso para no afiliar al trabajador al IESS, ...” (CSJ, Registro Oficial Suplemento 433, p.1).

Al no existir norma expresa en nuestra legislación que regule la simulación, la ex Corte Suprema, al dictar la sentencia antes citada, hace uso del concepto de simulación existente en el vocabulario jurídico. Esta sentencia hace prevalecer los derechos del despachador como trabajador con relación de dependencia de la cooperativa, derechos que no fueron reconocidos por los jueces de primera y segunda instancia por errónea valoración de pruebas.

3.9 Análisis del Código Orgánico Integral Penal (COIP)

La Constitución del Ecuador contiene solo dos referencias a la simulación. La primera fue motivo de análisis en el numeral anterior, y la segunda se encuentra en la Sección quinta bajo el artículo 335 que en su primer literal dice:

“El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.” (Constitución de la República del Ecuador, Art. 335).

En lo que respecta a la simulación, este precepto constitucional se encuentra reflejado en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano en dos artículos -a pesar de que en los artículos 163 y 287 se trate de la simulación de secuestro y la usurpación y simulación de funciones públicas-.

El artículo 186 del COIP en su primer literal trata sobre la estafa cuando dice:

“La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años” (COIP, Art. 186).

Esta norma legal tiene plena aplicación en los casos de simulación ilícita, con el objeto de perjudicar a terceros. Ejemplo de ello es la venta simulada de bienes muebles o inmuebles por parte del deudor, con el fin de eludir el pago a sus acreedores que arriesgaron su patrimonio por cuanto creyeron en su solvencia.

El artículo 335 antes citado de la Constitución hace referencia a que el Estado regulará los intercambios y transacciones económicas y sancionará entre otras a la simulación. Esta sanción se encuentra en parte regulada por el artículo 320 del COIP cuando dice:

“Simulación de exportaciones o importaciones. La persona que, a fin de beneficiarse de subvenciones, incentivos o cualquier otro tipo de aporte o ayuda del Estado, realice exportaciones o importaciones ficticias o de al producto importado un destino diferente al que declaró para obtener el beneficio, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años” (artículo 320 del COIP).

Este tipo de delito se hace presente en las importaciones de bienes al país, mediante la utilización de partidas arancelarias distintas a la que corresponden en realidad, para lo cual se solicita al exportador en el exterior en concertación con el importador local, el envío de documentación que no corresponde a la verdadera descripción de los bienes. De esta manera se evade el pago de tributos por aranceles al Estado, quien resulta ser el tercero perjudicado por violación de la ley.

3.10. Análisis de la jurisprudencia ecuatoriana y de otros países

Del análisis de la jurisprudencia de diferentes países, se va a poder ver con claridad la diferencia de la fundamentación de las demandas, de las contestaciones y de las resoluciones de los jueces y tribunales. En los países que no está regulada de manera expresa la simulación, las resoluciones se basan en la doctrina y jurisprudencia; en cambio, en los países que se está tipificada la simulación de manera expresa, se hace referencia a la ley y aleatoriamente a la doctrina y jurisprudencia. Los casos de jurisprudencia en otros países serán analizados no por su trascendencia sino por orden alfabético de los mismos.

Ecuador

1) La Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, el 22 de febrero del 2001 dictó sentencia en un juicio de nulidad de compraventa y contrato de división extrajudicial de gananciales. Los demandados interpusieron recurso de casación a la sentencia de mayoría de la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Babahoyo, la misma que confirma en todas sus partes el fallo de primera instancia, en el que se declara con lugar la demanda de nulidad de contrato de compraventa de los derechos de gananciales, como también el contrato de división extrajudicial de gananciales.

En la demanda se solicitó se declare la nulidad del contrato celebrado el 17 de noviembre de 1994 ante notario público, en el que la demandada dio en venta a dos de sus hijos su derecho de gananciales de la sociedad conyugal, por falta de precio convenido en la enajenación, así como también por carecer de causa lícita, al preexistir una sentencia judicial en firme que declaró nulo y por consiguiente sin ningún valor un contrato de la misma naturaleza en la cual intervinieron las mismas personas. Además, el notario que la confeccionó sabía que era simulada, por ser similar a la que el elaboró anteriormente el 28 de

octubre de 1992 que fue anulada. La Sala expresó que de las dos escrituras y de la confesión rendida por la demandada, donde manifestó no haber pagado precio alguno, sino que fue un obsequio de su madre la vendedora, fue un contrato simulado que tenía por objeto beneficiar a dos de los herederos, que eran sus hijos en perjuicio de los otros. La Sala cita a la doctrina sobre este punto cuando dice: “Los requisitos de la simulación son los siguientes: disconformidad entre la voluntad interna y su declaración, disconformidad deliberada y consciente, concierto entre las partes e intención de engañar a terceros” (CSJ, Gaceta judicial. Año CII Serie XVII. No 5, p.1310).

A continuación, la Sala, citando la misma obra, analiza la distinción entre simulación absoluta y simulación relativa, y a su vez lo que la doctrina define como simulación. La Sala considera que en el presente caso se configuró una simulación ilícita; además, manifiesta que aparece claramente la intención positiva de perjudicar a los otros potenciales herederos, al haberse realizado el contrato de compraventa simulado a favor de dos de sus hijos, en perjuicio de los herederos de los otros dos ya fallecidos. La Sala por sentencia desecha el recurso de casación interpuesto por los demandados.

2) La Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia dictó sentencia el 28 de mayo de 2008, dentro del recurso de casación en el que se impugnó la sentencia pronunciada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Cuenca. Esta última confirmó la resolución del Juez a quo y rechazó la demanda por simulación de contrato. Los casacionistas fundamentaron su recurso en varias causales, siendo la primera y la cuarta la que nos interesa en el presente caso.

La Sala de la Corte Suprema para su análisis cita un razonamiento previo realizado por la Corte en un caso similar, publicado en la Gaceta Judicial No. 12, Año LV, Serie VII, p. 1403. En este fallo se fundamenta la demostración de la simulación, cuando los demandados absolvieron la pregunta en sentido afirmativo, respecto a que “la venta, mi intención fue la de evitar hacer

testamento, para que luego de mi muerte, los confesantes se llamen dueños de esos bienes que los vendiera mediante aquel contrato escriturado y para que se procesa a una partición de lotes...” (CSJ. Juicio No.237-2006-k.r., 2008, p.3). Se pone de manifiesto que en el caso se aparentó un contrato diferente al realmente convenido entre las partes.

De acuerdo con el análisis realizado, la Sala procede a casar la sentencia impugnada y dicta otra en aplicación a la ley de casación. La Sala, teniendo como referencia los antecedentes, expresó que los actores mencionaron que el 8 de septiembre de 1993, ante Notario Público del cantón Cuenca, otorgaron escritura simulada de venta de inmueble de su propiedad a favor del demandado para garantizar deudas, reiterando que la venta fue simulada por lo que no hubo entrega del inmueble ni pago del supuesto precio, y que con posterioridad el supuesto comprador, obrando con astucia y mala fe, pretendió hacerse dueño, cambiando los términos del convenio, a través de otro juicio. La Sala, para resolver lo planteado por los actores sobre la acción de simulación y que en sentencia se declare la ineficacia legal del contrato de compraventa, citan al autor Rene Abeliuk Manasevich respecto a lo que se caracteriza como simulación. De igual manera, citan al mismo autor para el análisis de la simulación lícita, los elementos constitutivos de la misma, lo que constituye simulación absoluta y simulación relativa.

La Sala, de la revisión de la prueba documental (planilla de luz, teléfono, inspección judicial) establece que el inmueble se encuentra habitado por el actor y su familia, ha efectuado modificaciones al mismo, no se ha efectuado la entrega material del inmueble, no existe prueba del precio real de venta ni de la entrega de dinero por concepto del precio real de venta -sobre este último aspecto citan al autor Arturo Alessandri Rodríguez-. Existen grabaciones telefónicas, que luego del informe pericial y de la confesión rendida por el demandado, este acepta que realmente no existe venta de la cosa. La Corte Suprema casa la sentencia, acepta la demanda y declara que el contrato es simulado y que por tanto no se ha celebrado ni surte efecto de compraventa.

Por tanto, se dispone la cancelación de la inscripción de dicho contrato en el Registro de la Propiedad.

Argentina

1) Sentencia número Dieciocho, en la Ciudad de Marcos Juárez, del 29 de octubre del 2009. (La parte actora no aporta prueba suficiente para aceptar la nulidad de la acción de simulación, por lo que se rechaza la apelación y se confirma la sentencia de primera instancia).

La Cámara Civil, Comercial, de Familia y Trabajo conoció la apelación presentada por la parte actora en contra de la sentencia de primera instancia, que resolvió rechazar la acción de simulación. La Litis por parte de los actores consistía en que se declare la nulidad por simulación de escritura pública, y con posterioridad, se amplió la demanda buscando la nulidad por simulación del convenio de entrega de posesión del inmueble-liberación de deuda. Por su parte, los demandados en la contestación de la demanda niegan todos los hechos invocados en la misma, alegan la prescripción de la acción y el rechazo de la demanda. El Juez de primera instancia se enfoca a conceptuar jurídicamente a la simulación y sobre la prescripción se pronuncia que esta no ha operado.

La prueba aportada por la parte actora fue absolutamente insuficiente y no pudo acreditar los presupuestos de la acción de simulación; fue negligente en la producción de la prueba y no presentó la contraescritura para dejar sin validez al instrumento público materia de la nulidad planteada que sería la prueba idónea. De acuerdo a la legislación Argentina, a falta de contraescritura, para admitir la acción se requieren circunstancias que hagan inequívoca la existencia de la simulación, circunstancia que no ocurrió en esta causa.

La Cámara realizó un análisis del concepto de simulación, para lo cual citó lo expresado en la doctrina por Francisco Ferrara, Jorge Mosset, y Héctor

Cámara. Se hizo referencia a varios artículos del Código Civil y se analizó las pruebas entre las partes. Finalmente, por unanimidad, el Tribunal resolvió rechazar el recurso de apelación presentado por la parte actora, confirmando la sentencia de primera instancia en todo cuanto decide.

2) La segunda jurisprudencia tiene relación con el Expediente 480, sobre el cual la Cámara de Apelaciones de Cutral-Có dictó sentencia el 6 de mayo 2010,. (La sentencia acepta y valora las pruebas indirectas revocando la sentencia de primera instancia).

La Cámara conoció el recurso de apelación interpuesto por los actores en contra de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Los actores eran ex-trabajadores de la co-demandada una empresa de transporte y su antiguo socio mayoritario y a su vez ex administrador. La apelación ataca la errónea valoración de la prueba, la prescindencia de circunstancias indubitadas vinculantes, restando toda validez jurídica a la sentencia que apelan.

Los apelantes manifestaron que la sentencia de primera instancia definió la causa simulandi, pero la analizó equivocadamente y se ve un desprecio de la prueba, que conduce a ver con claridad una compraventa poco habitual y sospechosa como la denunciaron en su demanda. Se hace mención a que la intención de los accionados fue el sustraer del patrimonio de la empresa, los únicos activos que poseía, estos es varios camiones, con fin de no dar cumplimiento a una sentencia condenatoria en la que se ordena el pago de una compensación económica a varios trabajadores despedidos. También se ataca en la apelación la relación de parentesco entre el anterior socio de la empresa con la nueva socia administradora, al existir una coincidencia de apellido, presumiéndose que son hermanos. Esto facilitó para deshacerse de la propiedad de los camiones y buscar un aparente refugio sobre la titularidad de los mismos con una persona de confianza. De igual forma se manifiesta la falta de capacidad económica del anterior socio y ex-administrador, para adquirir los vehículos. También llama la atención que este mantenga operativos a los

mismos a título personal, obligando a la compañía a un cierre paulatino de operaciones, hasta llegar a su paralización, es decir llevando a cabo una operación ilícitamente simulada en perjuicio de sus acreedores, dejando insolvente a la misma.

A los demandados se les corrió traslado con la apelación, la misma que no fue respondida. El Vocal ponente expresó que no realizaría un análisis de todas las argumentaciones expuestas por el recurrente. Adicionalmente, cita a varios tratadistas para determinar qué se debe entender como simulación, estando entre estos Galiano, Ferrara; y, además, soporta el argumento con lo que para la jurisprudencia considera constituye simulación. Solicitada en el proceso la pretensión de que se declare judicialmente la nulidad del acto jurídico por ser simulado, basados en las normas del Código Civil y sus concordancias, se dan varios criterios, esto es si la promueven los participantes o un tercero que nada tuvo que ver en la formación del mismo.

En el análisis se cita a la jurisprudencia que acepta como medio probatorio de la simulación la prueba indirecta, criterio que se fundamenta en la doctrina de autores como Guillermo Borda, Jorge Mosset-Iturraspe, Francisco Ferrara, H Cámara, Santiago Fassi y Maurino Alberto.

Con estos antecedentes, el Vocal confronta algunas de las presunciones con los elementos probatorios, utilizando la sana crítica. Así, de las pruebas presentadas se concluye que la verdadera intención de los codemandados era dejar sin patrimonio a la empresa, evitar las medidas cautelares, su posterior realización y no pagar las indemnizaciones laborales que fueron determinadas en otro proceso judicial. De igual forma, se considera el parentesco entre el anterior y la actual presidenta de la empresa para la realización del acto simulado, aunque no de manera única o exclusiva. Vale indicar que la doctrina considera indicios importantes para descubrir la simulación el vínculo de parentesco o amistad, tratando de dar una fachada de seriedad. Los dos codemandados tenían conocimiento a las acciones administrativas, de los reclamos laborales y de la sentencia judicial condenatoria.

Otros indicios considerados en la sentencia son todos los cargos administrativos que ocupó el codemandado en la empresa, su condición de socio fundador y la venta de las acciones a su hermana a un valor que no le permitía tener la capacidad económica para adquirir los camiones. Se resalta que la jueza de primera instancia no tomó en cuenta la actitud de la demandada frente a la actividad probatoria que se exige en términos procesales. Este aspecto de la prueba se lo analiza en base a la jurisprudencia, la cual a su vez se refiere a la doctrina de autores como César Yáñez, Arturo Acuña.

El otro vocal realiza un análisis muy breve sobre lo que debe entenderse como simulación citando a Francisco Ferrara. Posteriormente, analiza la carga de la prueba estableciendo que:

“La doctrina y la jurisprudencia nacional con fundamento en la “difficilioris probationes” no exige para la declaración de simulación del acto jurídico -en supuesto como el presente- una prueba irrefutable de ella, admitiendo toda clase de pruebas indirectas, esto es, de indicios más o menos ciertos que den base a presunciones de la existencia de la simulación” (Cámara de Apelaciones, 2010, p.5).

Con el análisis anterior, los dos vocales de la Cámara resuelven revocar la sentencia dictada y en consecuencia dar lugar a la demanda en contra de la empresa de Transportes y Servicio Los Andes S.A. y el señor Oscar Alejandro Zuloaga, declarando como acto simulado y por ende nulo la compraventa referida.

Bolivia

El caso que servirá de jurisprudencia consta en el expediente SC-14-12-S, expresado mediante el Auto Supremo de 19 de julio 2013, por parte del Tribunal Supremo de Justicia Sala Civil. (La sentencia declara infundado el

recurso de casación interpuesto por el demandado, por lo que queda en firme la sentencia del tribunal inferior que a su vez confirmó totalmente la sentencia apelada en la primera instancia. Se acepta que es lícito invocar su propia simulación y demandar la nulidad de un contrato donde se es parte.)

El demandado interpone recurso de casación contra el Auto de Vista y Auto Complementario expedido por la Sala Civil Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, dentro de un proceso ordinario de nulidad de contrato y cancelación de inscripción de derechos reales.

El Juez Treceavo de Partido en lo Civil y Comercial de la ciudad de Santa Cruz, declaró probada parcialmente la demanda de nulidad de contrato de venta de inmueble por simulación y declaró ímproba a la nulidad por error esencial, causa y motivo ilícito y falta de forma; ímproba la reconvención por reivindicación, mejor derecho propietario, acción negatoria, desocupación y entrega y de daños y perjuicios, planteada por el demandado. El Juez declaró nulo el contrato privado de venta reconocido ante Notaría de Fe Pública, y ordenó la cancelación de Derechos Reales de la inscripción.

La resolución de primera instancia es apelada por el demandado, pero confirmada totalmente por el Auto de Vista de 22 de diciembre de 2011 por parte del tribunal de alzada. El demandado interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo de Justicia el cual casa parcialmente la resolución de alzada.

Ante esto, el demandado interpone la Acción de Amparo Constitucional contra los Magistrados de la Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia. El Tribunal de Garantías anuló el precitado Auto Supremo el cual fue confirmado por la sentencia. Dicho Tribunal fundamenta su resolución partiendo del mandato de la Sentencia Constitucional. Por esta razón, el análisis se basó en los puntos del recurso de casación en el cual no se denunció violación de los elementos constitutivos que hacen a la simulación. En consecuencia, el Tribunal se inhibe de realizar un examen sobre la calificación de la simulación. Sobre la violación

de los artículos 519 y 549 del Código Civil, el Tribunal expresa que no se percibe infracción del artículo 549 del Código Civil y menos del artículo 519 de la misma norma legal, por ser esta última una norma que tutela la eficacia del contrato, que no ésta relacionada a la figura de simulación o nulidad, como forzosamente pretende el recurrente.

En relación a la prueba idónea de la simulación, el contradocumento u otra prueba escrita, consideran que los juzgadores de instancia en la apreciación de la prueba gozan de libertad probatoria. Adicionalmente, indican que en el presente caso se evidencia que para decidir sobre la simulación en el contrato de 12 de marzo de 1997 se basaron en el documento de 29 de octubre de 1997. En otros tres acápites analizan la supuesta prueba escrita que debieron presentar los actores, para demostrar la existencia de un préstamo. Hacen referencia al principio constitucional de verdad material y finalmente sobre el error de hecho y derecho en la apreciación de la prueba.

El Tribunal concluye que los agravios acusados en el recurso no contienen el fundamento necesario para cambiar lo resuelto por los jueces inferiores, por lo que se declara infundado el recurso de casación interpuesto por el demandado en el fondo y se regula los honorarios del abogado.

Chile

La Corte Suprema de Justicia el 30 de Enero del 2012 decide sobre el juicio interpuesto en primera instancia en el Juzgado de Letras de Tome, seguido por los actores en contra de la demandada aduciendo acción ordinaria de nulidad, por simulación absoluta e ilícita, simulación relativa e ilícita y otras causales. La sentencia de primera instancia rechazó íntegramente la pretensiones, aspecto que fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Concepción por sentencia de 7 de Septiembre del 2010. A esta sentencia se interpone el recurso de casación basado en cinco capítulos y en el cuarto se alega infracción de derecho por haberse desestimado sus acciones, pese a encontrarse

acreditados los presupuestos de procedencia de la simulación y falta de precio real y serio. Por lo tanto se han infringido varias normas del Código Civil.

La Corte Suprema nuevamente analiza lo expresado en primera instancia, en la cual los actores indicaron que el contrato adolece de nulidad por diversas razones. En primer lugar, por simulación absoluta e ilícita por cuanto su objeto fue sustraer bienes del patrimonio de la vendedora; y, simulación relativa e ilícita desde que se oculta una donación y nulidad por falta de causa, pues el contrato adolece de un precio real y serio.

La parte demandada expresa que no se trata de un contrato simulado, que no existe lesión enorme, que no hubo error por parte de la vendedora y otros argumentos. La Corte Suprema también expresa que la sentencia de primer grado, que fue complementada, rechazó la nulidad absoluta por simulación y las demandas subsidiarias por lesión enorme, con costas. Dicha sentencia fue confirmada por la corte de apelaciones.

Finalmente, la Corte expresa que como corolario de lo razonado se concluye que la sentencia atacada no infringió las normas regulatorias de la prueba, no son efectivas las infracciones de derecho denunciadas y no están acreditados los presupuestos de las diversas acciones deducidas por lo que los jueces del grado han aplicado la preceptiva a la decisión por lo que consideran que hay motivo suficiente para desestimar la casación interpuesta.

Colombia

Previo a analizar un caso de la jurisprudencia colombiana sobre simulación, vale la pena conocer la evolución que ha tenido el concepto de simulación, el mismo que se encuentra resumido en el pronunciamiento que hace la Corte Suprema de Justicia de Colombia a través de una Sala de Casación Civil el 28 de febrero de 1979. En el mismo establece que:

”Sin pretender un extenso y si se quiere exhaustivo recuento de la naturaleza y consecuencias del fenómeno simulatorio a través de los diferentes sistemas y concepciones del derecho privado, y de los varios pasos de nuestra jurisprudencia sobre tan interesante tema, basta observar que en un principio la simulación se asimiló a la nulidad, respetando eso sí la posición de terceros de buena fe; luego se desdobló en dos actos, el aparente y el prevalente; y por último, opinión que para esta Sala es la más valedera y apropiada, se ha considerado que se trata de un acto único y verdadero, que por razones de distinta índole se quiere mantener oculto frente de quienes no han sido parte en él, a cuyo efecto por lo general se procura su disfraz mediante la preconstitución de pruebas de otro acto diferente que en realidad no existe.”

Una vez revisado el enfoque de simulación en la jurisprudencia colombiana procederemos a analizar un caso específico. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia decide el 4 de septiembre del 2006 el recurso de casación del expediente N. 050013103007-1997-5826-01.

Como antecedentes inmediatos se tiene que el demandante solicitó se declare que hubo simulación del contrato de compraventa de varios inmuebles celebrado por escritura pública el 7 de junio de 1995 y, en consecuencia, se disponga que el derecho de dominio sobre dichos predios vuelva al vendedor. Además, se solicita se disponga que el Registrador de Instrumentos Públicos de Medellín cancele el registro de esa escritura pública. Subsidiariamente se solicitó declarar la simulación relativa del act, por interposición de contrato y de personas; y, alternativamente, que se diga que hubo nulidad absoluta por falta de requisitos formales de la venta; nulidad relativa por concurrir un vicio del consentimiento; mandato oculto; rescisión por mala fe de los contratantes; y finalmente, la rescisión de la donación que en verdad existió.

Con el fin de sustentar su pretensión, el actor afirmó que los cónyuges demandados con fecha 30 de enero de 1995 suscribieron una letra de cambio a favor del señor Alberto Correa Cadavid, el cual la endosó a favor del hoy demandante. Dicha letra tenía que ser pagada el 30 de julio de 1995. Los demandados casados entre sí y padres de dos menores de edad, constituyeron una empresa hoy también demandada, a la cual vendieron varios bienes inmuebles de su propiedad, al tener varios acreedores que los asfixiaron económicamente.

Los demandados admitieron ante varios testigos que la venta se hizo para proteger el patrimonio de sus hijos. Se violó el propio estatuto de la compañía compradora, pues el gerente era el cónyuge padre de los menores, quien a su vez actuaría de vendedor, por lo que compareció a la compraventa a nombre de la empresa la madre de los menores.

Se afirma que en el acto no hubo acuerdo de voluntades para comprar y vender como tampoco intención de entregar. No se pagó dinero por lo bienes, no hubo un negocio real, la compañía no tenía la capacidad económica para cubrir el valor real de los bienes vendidos y los bienes continúan bajo la administración familiar, dejando a un lado a los acreedores. Los demandados nunca respondieron las pretensiones de la demanda. El juzgado de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que aunque halló plenamente probada la simulación, concluyó que la protección de los derechos de terceros impedían el triunfo de las pretensiones. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, realizando algunas consideraciones adicionales respecto que el derecho de revertir la propiedad al deudor se frustra frente a los terceros de buena fe. No obstante, bajo la certeza de que el acto fue simulado, el Tribunal concluyó que no procedía la declaración de la simulación absoluta, por cuanto se pasaría por alto el interés jurídico del Banco Central Hipotecario que como acreedor había ejercido el derecho de persecución mediante demanda contra la sociedad compradora.

Para tomar su decisión, la Corte Suprema colombiana realizó varias consideraciones debiendo resaltar las siguientes:

Que el Tribunal halló que estaba satisfactoriamente demostrada la simulación del acto, pero negó las pretensiones de la demanda porque encontró que de aniquilarse la venta simulada, se vulnerarían los derechos de los terceros que contrataron con el sedicente comprador. Recuerda la Corte que en materia de simulación, de manera consistente, la jurisprudencia ha protegido a los terceros ubicados en la margen del negocio simulado y tal resguardo se ha brindado porque sería injusto que quienes contrataron con el propietario aparente, cubiertos por el velo de la ignorancia sobre el acto oculto, y gobernados sólo por la apariencia, padecieran los efectos del arcano designio de los contratantes que sólo vería la luz como resultado de la sentencia que declara la simulación. La Corte hace referencia a la doctrina para sustentar este punto y cita a Emilio Betti y Francisco Ferrara.

Por los expuesto, la Sala de Casación Civil la Corte Suprema de Justicia casó la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y revocó la sentencia dictada por Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Descongestión de Medellín y en su lugar declaró que es simulado el contrato de compraventa celebrando entre los cónyuges y la sociedad.

España

La Sala Primera del Tribunal Supremo mediante sentencia T.S.225/212 dictó sentencia en la infracción procesal y de casación dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Pontevedra, la cual conoció la apelación de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Villa de Madrid. Dicho juicio fue presentado por una empresa pesquera en contra de la empresa Rhuz S.A. y de dos personas naturales.

La demanda versaba a que se condene a los demandados a cumplir con el concepto de la cláusula penal del contrato suscrito entre las partes y a que se les condene a cubrir la totalidad de las deudas pendientes fiscales, sociales, facturas, tripulantes y otras por haberse visto privada la explotación de un buque de pesca.

Los demandados, y en este caso la persona jurídica, contestaron entre otras cosas que se desestime todas las pretensiones de la actora, en especial que se declare la nulidad del contrato aportado por la actora y de todas sus versiones por simulación absoluta del mismo y por fundarse en causa ilícita y subsidiariamente se aprecie la simulación relativa de dicho contrato.

El juez de primera instancia, en base a las pruebas presentadas por la otra parte, desestimó la demanda deducida. En la apelación, la Audiencia Provincial de Pontevedra, desestimó la apelación formulada por la actora. La sentencia de primera instancia y la de segunda calificaron al contrato como simulado, como simulación absoluta es un negocio jurídico inexistente, por lo que desestiman la demanda. En la sentencia de segunda instancia se destaca la dificultad de acreditar la existencia del negocio jurídico simulado, por lo que se debió acudir a la prueba de presunciones.

El Tribunal Supremo cita sentencias previas dictadas en el año 2005, 2007 y 2008 en las que se dice “el problema de la simulación es la prueba de la misma, las propias partes, al ir de común acuerdo, no siempre dejan pruebas o, al menos indicios claros de su presencia, por lo que normalmente será preciso acudir a la prueba de presunciones” (así lo expresa la sentencia de 11 de febrero del 2005).

La Corte consideró que en el presente caso la falta de prueba no presenta problema alguno pues las sentencias de instancias han declarado probado la simulación absoluta. No se trata que la parte demandante sufra la carga de probar la existencia del contrato, sino que la parte demandada pruebe la

inexistencia del mismo por simulación absoluta; y, lo ha declarado probado por presunciones, las mismas que la jurisprudencia nos recuerda es el medio probatorio habitual, casi el único para poderse acreditarse la simulación absoluta. En base a lo expuesto, el tribunal falla que no hay lugar a los recursos por infracción procesal y de casación interpuestos por la empresa pesquera.

Paraguay

En la ciudad de Asunción el 26 de Julio del 2006, la Sala de Acuerdos del Excelentísimo Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, bajo el acuerdo y sentencia número 84 dictó sentencia sobre el recurso de nulidad y apelación.

La sentencia de primera instancia no acepta lo planteado por la actora, esto es la nulidad del acto jurídico por simulación. La actora solicita la revocación de la sentencia por considerar que en la transferencia del bien inmueble fue una venta simulada ya que no se probó que el inmueble haya sido adquirido con el dinero exclusivo del demandado. Al haberse transferido el inmueble a un tercero, era una simulación lícita y la transferencia una simulación ilícita en perjuicio de los hijos. El demandado por su parte alega que el bien fue siempre de su propiedad y que fue transferido a un tercero como garantía de una deuda de la familia, pero que una vez cancelada esta, recuperó el bien.

La Sala expresó que lo que se discute es la procedencia de la acción de simulación que intenta la actora, aduciendo que esta mantuvo una unión de hecho cuando el bien fue adquirido, que luego se casó con el demandado y con quien procreó hijos antes y después del matrimonio. Por tanto, le corresponden gananciales sobre el referido bien inmueble.

La Sala también pronunció que no procede el reconocimiento de gananciales, una vez que el bien inmueble fue adquirido, antes del matrimonio, y sobre la

norma aplicable a la unión de hecho, esta es posterior y no puede tener efecto retroactivo. Sin embargo, la Sala considera pertinente una norma relevante y que debe integrarse a la interpretación que es la Ley No. 1.215/86, que es el Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer-CEDAW, norma que tiene un rango superior por ser un Tratado Internacional, la misma que entro en vigencia el 28 de noviembre de 1986. Dado que el inmueble fue adquirido el 5 de diciembre de 1986, cuando el convenio ya estaba vigente, los principios allí consagrados son aplicables al caso.

La Sala a su vez consideró que se halla probada la convivencia de modo claro, desde el año 1983 mediante la partida de nacimiento del hijo en común del año 1983 y por la declaración de testigos sobre la convivencia en concubinato por más de 19 años. Por otra parte, el demandado no ha demostrado que la venta la realiza para garantizar una deuda, y aunque esto fuere cierto, no alcanza a destruir el aporte económico de la mujer a la convivencia doméstica y la consiguiente contribución para el pago del precio del inmueble.

La Sala manifestó que se debe comprobar la existencia de la simulación absoluta, es decir ante un acto irreal. Con este criterio, la Sala analizó el parentesco de los compradores del inmueble con el demandado, que según la jurisprudencia permite inferir la existencia de simulación. La coincidencia de la fecha la venta, esto es dos meses después del inicio del juicio de disolución y liquidación de la comunidad conyugal. La compradora nunca entró en posesión del bien inmueble vendido, manteniendo el vendedor la instalación eléctrica trifásica a su nombre hasta junio del 2001, continuando comportándose el vendedor como dueño.

En este caso se cumplen todas las presunciones que tradicionalmente han permitido acreditar la existencia del acuerdo simulatorio.

Perú

El 6 de junio del 2013, la Sala Civil permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, en la causa No. 4357-2011 Puno, conoce el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la resolución que revoca la sentencia de primera instancia que declara infundada la demanda sobre nulidad de acto jurídico por simulación absoluta y fin ilícito de la escritura pública.

El demandante demanda la nulidad de acto jurídico por simulación absoluta de la escritura pública de 30 de enero del 2004 y de la escritura pública de 15 de junio del 2007, mediante las cuales el demandante transfirió los derechos sobre la empresa Radio Televisión San José a favor de Marino Apaza, y a su vez Marino Apaza transfirió los derechos a un tercero.

El demandante argumenta que no existió pago ni voluntad de compra ni de venta alguna, por cuanto el mismo día de que se emitió la escritura pública se firmó un contradocumento en el que se menciona con claridad que la compraventa no existe, así como no existe vinculo jurídico ni pago de precio; sin embargo, el demandado transfiere los derecho y acciones de la radio a un tercero.

El demandado no compareció en el proceso por lo que se le declaró en rebeldía. El otro demandado, el tercero que adquirió la empresa, rechaza la demanda expresando que es el único propietario por haber cumplido con todas las formalidades legales, que él no participó en el contradocumento y solicita se declare la nulidad del acto jurídico y nulidad del contenido del acto jurídico denominado contradocumento. Sin embargo, esta pretensión fue declarada improcedente.

La resolución de primer instancia declaró infundada la demanda. Dicha decisión se fundamentó en base al argumento que el contradocumento no

acredita de manera indubitable la reserva de manifestación de voluntad de los demandados. Como fundamento del recurso de apelación, el tercero demandado señala que el contradocumento celebrado el mismo día de la escritura pública de transferencia materia de nulidad es prueba suficiente de la existencia de un acto jurídico simulado.

La Primera Sala Civil de Juliaca de la Corte Superior de Justicia de Puno, revocó la resolución de primera instancia indicando que se ha acreditado el acuerdo simulatorio mediante el contradocumento, por lo que se ha incurrido en causal de nulidad.

La Sala pertinente de la Corte Suprema analizó nuevamente los aspectos de la simulación en términos semejantes a los de la Corte Superior, por lo que declaró infundado el recurso de casación interpuesto.

Venezuela

A través del expediente 2013-000052, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala de Casación Civil, conoce el recurso de casación. En prima instancia, el Juzgado Cuarto de Primera Instancias en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado de Carabobo, resolvió el juicio por simulación de venta. La decisión fue confirmada por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, Bancario y del Tránsito, declarando sin lugar el recurso de apelación interpuesto por el demandado; confirmó la decisión proferida por el a quo; con lugar la demanda por simulación de contrato de compraventa; nulo el contrato de compra venta. A este fallo el demandado anuncio recurso de casación.

El demandado demandó que el juzgado incurrió en el vicio de inmotivación, pues no se establecieron los motivos que lo llevan a declarar simulada la venta al no decir nada sobre el tipo de simulación. Señalan que existen dos tipos de simulación, absoluta y la relativa, pero en la decisión no se califica al acto de tal o cual.

El Tribunal procede a realizar un análisis de lo que la jurisprudencia a resuelto en diferentes fallos sobre la motivación. De igual forma, dice el Tribunal, que la decisión del juzgador de alzada otorga valor probatorio a distintos indicios en su conjunto, en concordancia a lo definido en la doctrina sobre la simulación absoluta y relativa, y concluye que quedó demostrado en autos que la real voluntad de las partes al otorgar el documento de compraventa fue una enajenación a título gratuito, por lo que declaró procedente en derecho la pretensión de los demandantes.

El Tribunal, para explicar la acción por simulación, cita a varios autores entre ellos Eloy Maduro que expresa cuándo existe simulación. Cita otras sentencias donde se mencionan al autor Neiro Perera y Federico de Castro para determinar cuándo existe simulación. La propia Sala en su jurisprudencia ha indicado lo siguiente: "...La figura de la simulación no aparece definida por el legislador patrio, empero, la doctrina y la jurisprudencia han consagrado los principios que gobiernan esta materia" (El Tribunal Supremo de Justicia, Recurso de Casación Exp.2013 000052, p.5).

Se hace referencia a otras sentencias y a otros autores como Giogio Giorgi para diferenciar entre la simulación absoluta y la simulación relativa, conociendo lo que debe entenderse en cada una de ellas. En su análisis, el Tribunal observa que en el caso se hace alusión a los distintos hechos demostrados en autos, pero se invoca el criterio de la simulación absoluta y simulación relativa, sin determinar qué tipo de simulación se configura. En este punto se evidencia que el juzgador no expuso la debida motivación exigida por la doctrina de esta máxima jurisdicción. Con todo este análisis, el Tribunal determina la imposibilidad de controlar la legalidad del mismo ante la presencia de un fallo inmotivado. El Tribunal declara con lugar el recurso de casación anunciado, en consecuencia anula la sentencia recurrida y se ordena al tribunal inferior que resulte competente dictar nueva decisión sin incurrir en el error establecido, por lo que queda casada la sentencia impugnada.

4. Capítulo IV: Conclusiones y recomendaciones

4.1 Conclusiones

La simulación está presente en nuestras vidas desde que existe el ser humano. Ya sea que se simule en asuntos cotidianos, como lo hacen los actores, los payasos de circo, o el simular una enfermedad para no asistir al trabajo y obtener el correspondiente certificado médico de reposo o simular una incapacidad para obtener beneficios médicos, tributarios, arancelarios y otros. La simulación se puede también apreciar en el ámbito jurídico, donde puede tener otras connotaciones.

La primera conclusión a la que se llega es que la historia jurídica de la simulación se remonta desde la época romana; y, a pesar que han transcurrido muchos años de evolución del concepto, el mismo sigue siendo novedoso y extraño para muchas personas en cuanto a su alcance.

A pesar que le antecede una larga trayectoria jurídica, la simulación sigue sin estar legislada en muchos países. En efecto, es menor el número de naciones en las que existe legislación específica.

Los jueces, en los diferentes niveles, cuentan con herramientas para resolver los conflictos sobre simulación. Sin embargo, los jueces que se han mostrado más precisos son quienes provienen de los países donde existe normativa expresa. Esto ha permitido a dichas jurisdicciones desarrollar su propia jurisprudencia, sin tener que recurrir como soporte de sus fallos a la doctrina y jurisprudencia de otros países.

De igual forma se puede afirmar que la mayoría de la doctrina considera que para que se lleve a cabo la simulación es necesario el acuerdo simulado, es decir, la participación de dos partes, por lo que concluyen que no es posible en los actos unilaterales donde solo está presente la voluntad de una parte que la expresa. Sin embargo la doctrina moderna considera viable la simulación en los

actos unilaterales no recepticios, es decir los que no tienen un destinatario exclusivamente interesado.

Se podría decir que en el Ecuador la simulación más recurrente es la compraventa, ya sea de muebles o de inmuebles con el fin de ocultar el patrimonio del deudor respecto a los acreedores o para realizar una donación. Estos actos se ven de cierta manera limitados al existir normas legales que hoy permiten a las autoridades y jueces ejercer un control y verificación de la procedencia de los bienes, a través del cruce de información con los ingresos de la persona y el control de la procedencia de cualquier otro ingreso. De igual forma se controla la capacidad económica de los contratantes y el origen y destino del dinero al requerirse que toda transacción que supere los cinco mil dólares esté bancarizada.

El concepto de reserva mental quedó claramente explicado al considerar que esta, si bien puede estar presente en los actos unilaterales en los cuales no se configura la simulación, no puede estar presente en los actos bilaterales donde se requiere la instrumentación del acto simulado donde las dos partes están conformes con el engaño a terceros.

Otra conclusión a la que se llegó es que la simulación, si bien no está regulada de manera explícita en nuestra legislación, si se hace referencia a la participación de interpuesta persona y a las contraescrituras. La interposición de persona puede ser lícita si no se va a perjudicar a terceros y será ilícita cuando por su participación se violente las prohibiciones establecidas en la ley.

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia todavía existe el debate sobre las contraescrituras. El primer punto discutido tiene relación al momento en que éstas deben ser otorgadas. Para unos deben ser previas al acto simulatorio, para otros debe celebrarse de manera simultánea, y para otros puede llevarse a cabo con posterioridad. La tendencia actual es que éstas pueden celebrarse en cualquier momento, con tal que sean por escrito. El segundo punto discutido es respecto a la interrogante sobre si éstas deben ser por escrito o pueden ser

acuerdos verbales. Se puede afirmar que sobre este aspecto las dos tesis son valederas, por cuanto existen ocasiones que no se otorga el acto simulado por escrito por existir exceso de confianza entre amigos íntimos, amigos de confianza o compadres.

De igual forma se concluye que la prueba de la simulación, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, ha ido cambiando y flexibilizando. Con anterioridad se pretendía que entre las partes intervinientes en el acto simulado la única prueba valedera para probar la simulación era la contraescritura. Hoy la tendencia es que a falta de ésta se pueden ejercer otros medios de prueba permitidos por la ley, inclusive la declaración de testigos.

En lo referente a las contraescrituras, al no ser oponibles a terceros según nuestra legislación, no se realiza una distinción entre terceros de buena fe o terceros de mala fe, por lo que les beneficiaría a unos y a otros. Existe también la tendencia de que no son indispensables las contraescrituras en los actos donde únicamente se requiere expresar la voluntad sin tener que cumplir ninguna formalidad, en estos casos es posible aceptar que existieron contradecoraciones entre las partes que las mantienen en secreto y no por escrito.

En base a los antecedentes expuestos, se evidencia la necesidad que en nuestro país se emita normativa legal sobre simulación, la misma que debería definir al acto simulado, a la simulación absoluta, a la simulación relativa, establecer los efectos que tiene la simulación entre las partes, efectos respecto a terceros, efectos respecto de los acreedores, la prueba de la simulación y la prescripción.

4.2 Recomendaciones y propuesta

Se considera de importancia la difusión del concepto, características y efectos de los contratos simulados entre el público en general y, de manera especial, en las diferentes facultades de las universidades, en especial en las de

derecho. En lo que respecta al público en general, se debe dar a conocer las consecuencias jurídicas que pueden tener la simulación tanto en los efectos jurídicos del contrato, como para las partes intervinientes, esto es considerando si es una simulación absoluta y relativa, que deriva en un engaño con la intención de causar daño o un perjuicio, o el simple engaño por diferentes razones o motivos, que puede derivar en sanciones civiles y penales.

Respecto a la difusión en las universidades, esta se debe efectuar por cuanto la simulación puede llevarse a cabo en la relación contractual diaria que se da en la actividad empresarial con los trabajadores, en las relaciones contractuales comerciales, la industria y en la contratación pública. Los futuros profesionales deben conocer de esta figura jurídica y sus consecuencias.

Es fundamental introducir en nuestra legislación positiva, de manera específica en el Código Civil ecuatoriano, un capítulo que trate sobre la simulación. Esto debido a que, al analizar la jurisprudencia de otros países, se desprende que los jueces de los países en los que existe una normativa legal que les permite sustentar sus fallos tienen mayores facilidades. En el Ecuador, al no estar regulada la simulación, los están sujetos a la poca doctrina que se dispone sobre el tema en el país, a la de otros países, así como a la jurisprudencia extranjera. De igual forma, a los ciudadanos se establecerían reglas claras para la contratación, inclusive para los contratos simulados, que son aceptados por la normativa legal.

La propuesta concreta es que en el Código Civil ecuatoriano en el Libro IV, Título XX de la Nulidad y la Rescisión, a continuación del artículo 1714, se añadan varios artículos a fin de tratar sobre: qué se entiende por simulación, la definición de simulación absoluta, simulación relativa, efectos de la simulación entre las partes, efectos de la simulación respecto de terceros, la prueba de la simulación y la prescripción. Se ha tomado como referencia la legislación de otros países, entre los cuales incluso existe similitud de textos.

ARTÍCULOS PROPUESTOS:

- Art.... La simulación es aprobada por la ley si a nadie perjudica y tiene un fin lícito.
- Art.... Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellos.
- Art.... Simulación Absoluta.- La simulación es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real.
- Art.... Simulación relativa.- La simulación es relativa cuando a un acto se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter.
- Art....Efectos de la simulación entre las partes.- En la simulación absoluta el contrato simulado no produce efecto entre las partes. En la simulación relativa tendrá efecto el contrato disimulado, siempre y cuando cumpla con los requisitos de sustancia y forma, no viole la ley y no perjudique a terceros.
- Art....Efectos de la simulación respecto de terceros.- La simulación no puede ser oponible por las partes, ni por los terceros perjudicados, a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos de titular aparente.
- Art.... Acción de nulidad del acto simulado.- La acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercida por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado.
- Art.... Prueba de la simulación.- La prueba de la simulación solicitada por las partes puede hacerse por todos los medios incluyendo la de testigos, siempre que no atente contra la ley o el derecho de terceros. La prueba de la simulación solicitada por terceros puede hacerse por todos los medios sin limitación alguna, incluyendo la de testigos.
- Art.... Prescripción.- Prescribe en diez años la acción de nulidad de simulación en los casos de simulación absoluta.
- Prescribe en siete años la acción de daños y perjuicios de la parte perjudicada de la violación de un acto simulado.

- Prescribe en dos años la acción de nulidad de simulación en los casos de simulación relativa.

REFERENCIAS

- Abeliuk, R. (2014). Las obligaciones, (6ª. ed.). Chile: Editorial Thomson Reuters
- Albaladejo, M. (2005). La simulación. (1ª. ed.). Madrid, España: Editorial Edisofer
- Alessandri, A. (2011). La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno. (3ª.ed). Chile: Editores Ediar
- Alessandri, A. y Somarriva, M. y Vodanovic, A. (1998). Tratado de derecho civil partes preliminar y general. (1ª. ed.). Chile: Editorial Jurídica de Chile
- Argeri, S. (1982). Diccionario de derecho comercial y de la empresa. (1ª.ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea
- Borda, A. (2012). Contratos. (1ª.ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Ibañez
- Cabanellas, G. (1962). Diccionario de derecho usual A-D tomo I. (4ª.ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- Cabanellas, G. (1962). Diccionario de enciclopédico de derecho usual S-Z tomo IV. (4ª.ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- Cabanellas, G. (1981). Diccionario Enciclopédico de derecho usual tomo VII R-S. (20ª.ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- Cabanellas, G. (1980). Diccionario jurídico elemental. (4ª.ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- Cabanellas, G. (1974). Repertorio Jurídico de locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos. (1ª.ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- Cámara Civil, comercial, de Familia y Trabajo, Sentencia de Apelación No. 18 del 29 de Octubre del 2009.
- Cámara de Apelaciones Cutral Có, Sentencia de Apelación, 6 de mayo del 2010
- Cámara, H. (1958). Simulación en los actos jurídico. (1ª. ed.). Buenos Aires, Argentina: Depalma
- Carcaba, M. (1986). La simulación en los negocios jurídicos. (1ª. ed.). Barcelona, España: Editorial hijos de José Bosch SA

- Casado, L. (2008) Diccionario de sinónimos jurídicos. (3ª.ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Valletta
- Código Civil Alemán. (2005). Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de Junio del 2005.
- Código Civil Boliviano. (1975). Aprobado el 6 de Agosto de 1975.
- Código Civil del Distrito Federal de México, (1997). Registro oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1997.
- Código Civil Ecuatoriano. (2005). Registro Oficial 46 de 24 de junio de 2005.
- Código Civil Francés. (1807). Cambia de Código Napoleón a Código Civil Francés
- Código de Napoleón. (1804). Publicado el 21 de Marzo de 1804.
- Código Civil Paraguayo. (1996). Registro Oficial de 16 de Enero de 1996 Ley 1183/85
- Código Civil Peruano. (1984). Publicado el 25 de julio de 1984
- Código Civil y Mercantil Argentino. (1969). Registro oficial 131 de 7 de Marzo de 1969.
- Código del Trabajo Ecuatoriano. (2005). Registro oficial Suplemento 167 de 16 de Diciembre del 2005.
- Código Orgánico Integral Penal. (2011). Registro oficial 180 de Lunes 10 de febrero de 2014.
- Constitución de la República del Ecuador. (2011). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011.
- Coronel, C. (1989). La simulación de los actos jurídicos. (1ª. ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Nomos Ltda.
- Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Civil. Recurso de Casación. Gaceta judicial. Año CII Serie XVII. No 5 Pagina 1308, del 22 de febrero del 2001.
- Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Recurso de Casación. Juicio No. 237-2006-k.r. del 28 de mayo de 2008.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Recurso de Casación Exp.050013103007-1997-5826-01, del 4 de septiembre 2006.

- Corte Suprema de Justicia, primera Sala de lo Laboral y Social, Registro Oficial Suplemento 433, 30 de Junio del 2006.
- Corte Suprema, Tercera Sala, Recurso de Casación, Chile, del 30 de Enero del 2012.
- Couture, E. (1949). Estudios de derecho procesal civil Tomo II (1ª.ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar.
- Couture, E. (2006). Vocabulario Jurídico. (3ª.ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial IB de F Montevideo
- Cubides, J. (1999). Obligaciones. (4ª. ed.). Bogotá, Colombia: Editada en la Pontificia Universidad Javeriana
- Devis, H. (1996). Compendio de derecho procesal, pruebas judiciales Tomo II. (14ª.ed.). Medellín, Colombia: Editorial ABC
- Devis, H. (2006). Teoría general de la prueba judicial Tomo I. (5ª.ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Diccionario Jurídico Anbar con Legislación Ecuatoriana. (1999). Volumen I A-B (1ª.ed.). Cuenca, Ecuador: Fondo de Cultura Ecuatoriana
- Diccionario Jurídico Anbar con Legislación Ecuatoriana. (1999). Volumen III D-F (1ª.ed.). Cuenca, Ecuador: Fondo de Cultura Ecuatoriana
- Diccionario Jurídico Anbar con Legislación Ecuatoriana. (1999). Volumen IV G-O (1ª.ed.). Cuenca, Ecuador: Fondo de Cultura Ecuatoriana
- Diccionario Jurídico Anbar con Legislación Ecuatoriana. (1999). Volumen V P-Z (1ª.ed.). Cuenca, Ecuador: Fondo de Cultura Ecuatoriana
- Díez, R. (2014). La simulación de contrato en el código civil chileno. (3ª. ed.). Chile: Editorial Metropolitana
- Domínguez, R. (2014). Teoría general del negocio jurídico. (2ª. ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- El Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, Recurso de Casación Exp.2013-000052, del 11 de junio 2013.
- Enciclopedia Jurídica Omeba. (1979). Tomo IV (1ª.ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Driskill S.A.
- Enciclopedia Jurídica Omeba. (1979). Tomo XXV (1ª.ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Driskill S.A.

- Enciclopedia Universal Ilustrada Europa-América. (1958). Tomo LVI (1ª.ed.). Madrid, España: Editorial Espasa-Calpe.
- Excelentísimo Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, Recurso de Nulidad y Apelación, Acuerdo y Sentencia número 84, del 27 de julio del 2006.
- Ferrara, F. (1926). La simulación de los negocios jurídicos. (5ª. ed.). Madrid, España: Editor Librería general de Victoriano Suarez
- Fierro, R. (2013). Teoría General del contrato. (2ª. ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Doctrina y Ley Ltda.
- Gabino, J. (1960). Derecho Comercial Volumen II Sociedades. (1ª. ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Gagliardo, M. (2008). Simulación jurídica. (1ª. ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Fedye
- Galindo, I. (1996). Teoría general de los contratos. (1ª. ed.). México: Editorial Porrúa S.A.
- Jaramillo, A. (1982). Procesos ordinarios, (1ª. ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Kiper, C. Y Lisoprawski, S. (2004). Tratado de fidecomiso. (2ª. ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma
- La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, Recurso de Casación No.4357-2011 Puno, del 6 de junio del 2013.
- Larrea, J. (2005). Enciclopedia jurídica ecuatoriana, Tomo I. (1ª.ed.). Ecuador: Universidad Tecnológica Equinoccial
- Larrea, J. (2005). Enciclopedia jurídica ecuatoriana, Tomo IV. (1ª.ed.). Ecuador: Universidad Tecnológica Equinoccial
- Larrea, J. (2005). Enciclopedia jurídica ecuatoriana, Tomo VIII. (1ª.ed.). Ecuador: Universidad Tecnológica Equinoccial
- Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador. (2007). Registro Oficial 242 del 29 de diciembre de 2007.
- López, F. (1997). Teoría de los contratos, Tomo I. (4ª. ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Zavalia

- Martínez, J. (1997). Teoría de las obligaciones. (4ª. ed.). México: Editorial Porrúa S.A.
- Melich, J. (1993). Doctrina general del contrato. (2ª.ed.). Caracas, Venezuela: Editorial Jurídica Venezolana
- Mosset, J. (2008). Contratos simulados y fraudulentos. (1ª. ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Rubinzal-Culzoni
- Muñoz, L. (2011). La prueba de la simulación. (3ª.ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Núñez, W. (2008). La simulación del acto jurídico. (1ª. ed.). Lima, Perú: Editorial Grijley E.I.R.L
- Ortiz, A. (2015). Manual de Obligaciones. (5ª. ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Temis
- Ospina, G. Y Ospina, E. (2005). Teoría general del contrato y del negocio jurídico. (7ª. ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Parraguez, L. (2014). El negocio jurídico simulado. (1ª. ed.). Quito, Ecuador: Ediciones iuris dictio Colegio de Jurisprudencia Universidad San Francisco de Quito
- Pina, R. (1970). Diccionario de Derecho. (2ª.ed.). México: Editorial Porrúa
- Preciado, D. (1988). De la simulación. (2ª. ed.). Colombia: Editorial Ediciones Librería del Profesional
- Real Academia Española (2001). Diccionario de la lengua española. (22ª.ed.) España: Editorial Espasa Calpe
- Rivera, J. y Medina, G. (2007). Código civil comentado. (1ª. ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Culzoni
- Solar, L. (1979). Explicaciones de derecho civil chileno y comparado Volumen V (1ª.ed.). Chile: Editorial Jurídica de Chile
- Solar, L. (1979). Explicaciones de derecho civil chileno y comparado Volumen VI (1ª.ed.). Chile: Editorial Jurídica de Chile
- Tamayo, A. (1997). Manual de obligaciones teoría del acto jurídico y otras fuentes. (5ª. ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Tavolari, R. Doctrinas esenciales derecho civil. Tomo I. (1ª.ed.). Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Civil, Recurso de Casación 370/2013, del 19 de Julio 2013.

Tuhr, A. (2007). Tratado de las obligaciones. (1ª.ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Leyer

Villagómez, E. (2014). Los contratos sinalagmáticos simulados. (1ª. ed.). Quito, Ecuador, Universidad Central Tesis