

PRUEBA DE LA SIMULACIÓN Y MITO DEL CONTRADOCUMENTO*

José Manuel Guanipa Villalobos¹

Resumen

Es importante identificar las pruebas válidas para demostrar la simulación, cuando la procura una de las partes en el negocio, como cuando lo hace un tercero. Dos sentencias venezolanas recientes muestran cierta confusión al respecto. Esta investigación procura aclarar el punto, específicamente si es cierto que el contradocumento es la única prueba que existe a favor de las partes. Analizando el Código Civil, la jurisprudencia patria y la doctrina nacional y extranjera, se concluye: Los terceros pueden demostrarla mediante cualquier medio; Las partes deben recurrir al contradocumento, posiciones juradas, juramento decisorio y, si acreditan excepción legal, a indicios y testigos.

Palabras clave: Simulación. Prueba. Contradocumento. Testigos. Indicios.

Abstract

* Recibido: 13/01/06 - Aceptado: 26/03/06

¹ **LUZ:** Abogado 1989. Mgs. Ciencia Política – Admón. Pública 1998. Doctor en Derecho 1995. Profesor ordinario de Derecho Civil y Procesal Civil, en Pre y Postgrado. **URU:** Profesor ordinario de Derecho Procesal Civil. Ex Juez Titular Juzgado 4° de 1ª Instancia Civil y Mercantil – Zulia. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Maracaibo. Presidente del Instituto de Estudios Jurídicos “Dr. Ángel Francisco Brice” del Colegio de Abogados del Estado Zulia.

It is important to identify the valid evidences to demonstrate simulation, when one of the business parties tries, or when is done by a third party. Two recent Venezuelan sentences show certain confusion. This investigation tries to clarify the point, specifically if is certain that the contradocument is the only test that exists in favor of the parties. Analyzing the Civil Code, country jurisprudence and national and foreign doctrine, it is concluded: Third parties can demonstrate it by any means; parties must resort to the contradocument, sworn positions, decision-making oath and, if they credit legal exception, to indications and witnesses.

KEY WORDS: Simulation. Evidences. Contradocument. Witnesses. Indications.

Introducción.

La Teoría de la Simulación tiene sus inicios en la última etapa del derecho romano, y como toda disciplina vinculada al derecho de las obligaciones, es poco lo que ha variado en los últimos tiempos.

Sin embargo, se observa en el foro una cierta confusión en cuanto a las nociones generales y específicas del tema de la simulación, y en vista de que los actos simulados son harto frecuentes en nuestra sociedad, los esfuerzos que se hagan para recordar, depurar o aclarar mucho de lo que ya se ha dicho, resulta siempre de interés actual, pues conviene a los operadores de justicia tener claras tales las nociones.

La motivación de esta investigación tuvo su inicio en la lectura de dos sentencias emanadas de Juzgados Superiores venezolanos, que pudieran considerarse por una parte, como muestras de la aludida confusión, referida concretamente –en ambos casos– a la determinación de los medios probatorios que tienen a su alcance tanto las partes como los terceros en un específico negocio jurídico que señalan como simulado; y por la otra, como factores que de alguna manera pueden también influir en el mantenimiento de ese estado de confusión que genera inseguridad jurídica para los justiciables.

El primero de los aludidos fallos fue dictado por un Tribunal Superior del Estado Zulia¹, y allí se afirma, entre otras cosas, que en los procedimientos relativos a pretensiones de simulación, propuestas por terceros, no es admisible la prueba de testigos, ni la indiciaria, pues se aduce que el valor probatorio de un documento público no puede verse afectado por tales medios, y como fundamento de tal conclusión se invoca el contenido de los Artículos 1.399 y 1.387 del Código Civil.

La segunda sentencia, fue dictada por un Tribunal Superior del Distrito Capital², y afirma que en la simulación propuesta por una de las partes en contra de la otra, el único medio de prueba es el llamado ‘contradocumento’, que constituye además –sostiene el sentenciador– el instrumento fundamental de la pretensión, según el Artículo 1.362 del Código Civil.

Estas conclusiones parecen contrariar lo que tanto la doctrina civilista, como la jurisprudencia de instancia y la del Máximo Tribunal de la República, han explicado sobre los medios y la forma en que se demuestra que un negocio jurídico aparente no responde a la verdadera intención de las partes.

Mediante una investigación documental referida a las normas previstas en el Código Civil, a la jurisprudencia patria, y a la doctrina nacional y extranjera, se planteó como objetivo fundamental determinar cuáles son los medios probatorios idóneos con los que cuenta tanto la parte de

¹ Tribunal Superior en lo Civil, Mercantil y del Transito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, sentencia del 23 de enero de 2003, caso Giovanni Gancoff vs U.E. JESÚS MARÍA ZULETA. Esta sentencia no ha sido publicada en los repertorios jurisprudenciales pero puede consultarse parcialmente en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Agosto/RC-00794-030804-03668%20.htm>

² Tribunal Superior en lo Civil, Mercantil y del Transito de la Circunscripción Judicial del Distrito Capital y Estado Miranda, sentencia del 14 de mayo de 2004, caso R. Di Bonaventura y otro, vs. M.G. Villamizar. Extracto publicado en RAMÍREZ & GARAY: *Jurisprudencia Venezolana*, tomo CCXI, mayo de 2004, sent N°: 757-04, pág. 15.

un negocio que se señala como simulado, como un tercero, para obtener del oficio jurisdiccional la nulidad del negocio aparente.

Específicamente sobre el tema de la prueba mediante el ‘contradocumento’ es conveniente hacer hincapié, pues pareciera que, bajo la óptica de algún sector de operadores jurídicos, la afirmación ‘*el contradocumento es la única prueba admitida para demostrar la simulación entre partes*’ parece haber adquirido el carácter de axioma. En torno a este problema, adicionalmente se consideró relevante analizar la validez jurídica de la calificación del ‘contradocumento’ como el instrumento fundamental de la pretensión planteada por una de las partes en el contrato, y que, como tal, debería acompañarse con el libelo de la demanda, si fuere privado, a tenor de lo dispuesto en el Artículo 434 del Código de Procedimiento Civil.

Noción de Simulación: concepto y clasificación.

En sociedad, el hombre satisface sus necesidades patrimoniales mediante la celebración de negocios jurídicos, unilaterales los unos (recepticios o no recepticios) y bilaterales los otros (acuerdos y convenciones). En los primeros se requiere una declaración de voluntad, y en los segundos, al menos dos; es decir la expresión de una determinación volitiva emitida en el marco o con base al principio de la libertad negocial, con la aspiración de que se generen unos efectos jurídicos que constituyen el objeto pretendido por quien emite esa declaración.

El principio de buena fe y el de adecuación de las instituciones jurídicas a la verdad, imponen que las manifestaciones de voluntad proferidas para obtener los efectos predispuestos por la ley, sean ciertas, reales o auténticas; es decir, debe esperarse que quien exprese algo para obtener consecuencias jurídicas, lo haga con sinceridad. Sin embargo, la experiencia enseña que con frecuencia la voluntad declarada externamente por las partes (en los negocios jurídicos bilaterales) o la del interesado (en los unilaterales recepticios) no coincide o no es conforme, con su voluntad real. Se quiere, busca o aspira, algo distinto de lo que externa o aparentemente se expresa.

En palabras de Cámara la simulación es “*el acuerdo de partes, de dar una declaración de voluntad a designio divergente de sus pensamientos íntimos, con el fin de engañar innocuamente, o en perjuicio de la ley o de terceros; llamándose simulación el vicio que afecta ese acto.*” (1958:28)

Adelantando los dos tipos fundamentales en los que se verifica la simulación, de Castro y Bravo dice que “*La simulación negocial existe cuando se oculta bajo la apariencia de un negocio jurídico normal otro propósito negocial; ya sea éste contrario a la existencia misma (simulación absoluta), ya sea el propio de otro tipo de negocio (simulación relativa)*” (1985:334). En igual sentido, Galgano afirma que “*Hay simulación cuando los contratantes crean, con su declaración, sólo la apariencia exterior de un contrato, del cual no quieren los efectos, o crean la apariencia exterior de un contrato diverso del querido por ellos.*” (1992:335)

Así pues, cuando la voluntad expresada difiere de la que verdaderamente emiten las partes o los interesados, todo con la intención de burlar la ley o de engañar a terceros (*animus decipiendi*) se está en presencia de un negocio jurídico simulado, independientemente de que con tal simulación se quiera o no causar daño, pues el *animus nocendi* no es presupuesto esencial de la simulación, como sí lo es del fraude pauliano. No debe confundirse el ánimo de engañar, con el ánimo de defraudar, pues no todo engaño o apariencia es ilícita o generadora de daños a terceros o a la ley.

En torno a la *clasificación* de los negocios simulados, la doctrina (Cámara, 1958:87; Zannoni, 1996:372; de Castro y Bravo, 1997:348; Maduro s/f:580; y Mélich, 1997: 862) reconoce una ***simulación absoluta*** cuando el negocio jurídico aparente u ostensible, no oculta otro negocio subyacente. Se trata de fingir la verificación de un negocio jurídico, cuando realmente las partes no tienen la intención de contratar, ni aspiran oponerse entre sí los efectos del negocio aparente. Es el caso frecuente del deudor que finge enajenar sus bienes ante el peligro de que sean embargados por su acreedor, simulando una venta a una persona de su confianza. Entre el aparente vendedor y el aparente comprador no existe la intención de transferir la propiedad, pues la venta se hace sólo con el ánimo de oponerla al tercero acreedor.

En otros casos, el negocio jurídico se realiza para ocultar otro distinto, pero que verdaderamente las partes sí tienen el interés de hacerlo valer entre ellas (las partes celebran una venta fingida, para esconder una donación), o cuando el negocio aparente es sólo ficticio en uno de sus elementos (venta verdadera, pero por un precio distinto al declarado). Estos supuestos corresponden a la *simulación relativa*.

La doctrina (Cfr. Mélich, 1997:867 y Galgano, 1992:337) también describe como simulación la llamada *interposición de personas*, entendida como tal la situación que se presenta cuando un negocio aparente es verdadero, sólo que una de las partes asume el lugar de otra persona, a los fines de esconder a terceros la identidad de quien realmente contrata (así por ejemplo: adquisición de un bien, inscribiéndolo a nombre de otro).

Por otro lado, se distingue también entre *simulación lícita* y *simulación ilícita*, la primera se hace sin el ánimo de perjudicar a alguien, aun cuando subsista el interés de engañar. Como ejemplos de este tipo, se mencionan “el caso del padre que, para inducir a su único hijo y heredero a trabajar, vende simuladamente sus bienes; o la de la persona que, para escapar a la persecución de los aspirantes a comprarle un valioso bien, lo enajena ficticiamente a un prestanombre” (Mélich, 1997:858), o quien lo hace en la actualidad para minimizar de alguna forma la posibilidad de ser víctima de un secuestro. En tales casos la simulación es inocua, no produce daño ilegítimo a nadie. Pero cuando la finalidad es evadir los derechos de terceros, o evitar los efectos derivados de la ley, la simulación es ilícita (es lo que ocurre cuando se finge una venta en lugar de dar en donación, para evadir derechos fiscales; o cuando se da en venta al prestamista el bien objeto de garantía en lugar de declarar la existencia del préstamo, para evadir el pacto comisorio, es decir, la prohibición de que el acreedor se convierta en propietario del bien dado en garantía, por el incumplimiento del deudor).

En ambas situaciones estamos en presencia de negocios simulados, y por lo tanto, aun cuando la teoría de la simulación se aplica también si no hay ilicitud, lo cierto es que generalmente se simula en perjuicio de terceros o de la ley. No es, por tanto, de la esencia de esta figura ni el *animus nocendi* ni el *consilium fraudis*, de modo que no constituyen requisito para la declaratoria de simulación.

Fundamento legal en el Código Civil Venezolano.

La simulación, y concretamente la llamada **acción** (*rectius: pretensión*) **de simulación**, fue regulada por primera vez en el Código Civil de 1916, Artículo 1.301, cuyo contenido y número se mantuvo en 1922, y que en las reformas de 1942 y 1982 fue transcrito inalteradamente, pero bajo el número 1.281.

De manera que se trata de una institución de reciente data en nuestro ordenamiento jurídico, aun cuando antes se admitía por vía doctrinal y jurisprudencial, planteándose mediante una pretensión mero declarativa (*ex Art. 14 CPC de 1916*).

El vigente Artículo 1.281, dispone textualmente:

Art. 1.281. Los acreedores pueden también pedir la declaratoria de simulación de los actos ejecutados por el deudor.

Esta acción dura cinco años a contar desde el día en que los acreedores tuvieron noticia del acto simulado.

La simulación, una vez declarada, no produce efecto en perjuicio de los terceros que, no teniendo conocimiento de ella, han adquirido derechos sobre los inmuebles con anterioridad al registro de la demanda por simulación.

Si los terceros han procedido de mala fe quedan no sólo sujetos a la acción de simulación, sino también a la de daños y perjuicios.

La norma transcrita se limita: a consagrar la posibilidad de solicitar judicialmente la declaración de simulación; a señalar que el lapso para proponerla es de cinco (5) años; a dejar a salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe; y a imponer la indemnización por daños y perjuicios al tercero que obró de mala fe.

Nada establece sobre los medios probatorios que resultan idóneos para demostrar la simulación.

Además del Artículo 1.281, el Código Civil venezolano vuelve a mencionar a la 'simulación', únicamente en dos oportunidades, en el Artículo 1.360, y en el Artículo 1.382. Este último lo hace para excluirla

expresamente de las causales de tacha de falsedad, y por tanto no menciona medios probatorios para demostrarla.

En el Artículo 1.360, se tasa el valor probatorio del documento público y se advierte que sus efectos no se verifican si se ha demostrado la simulación del negocio jurídico que refleja.

Por otra parte, el Artículo 1.362 dispone que el ‘contradocumento’ privado que contradice lo pactado en documento público, sólo le es oponible a las partes y a sus herederos, no así a los terceros.

Estas son las normas del Código Civil que regulan la figura de la simulación en Venezuela, y corresponderá en los puntos subsiguientes, concluir cuál es el elenco de los medios de prueba aptos para demostrar la simulación.

La prueba de la simulación cuando es intentada por terceros.

Por lo general, el negocio simulado se fragua para engañar a terceros, para oponerles una artificial apariencia, para confeccionar un mecanismo que les brinde a las partes un amparo legal, que se busca por esa vía cuando de otro modo no se puede alcanzar. De allí que quienes simulan lo hagan tratando de tomar las previsiones para impedir que su engaño se descubra. Con todo, no hay simulación perfecta, y aun en aquellos casos más elaborados, siempre existirán rastros de la realidad, que permitirán desvirtuar los efectos del negocio ostensible.

Si como se dijo anteriormente, la prueba de la simulación se circunscribe a demostrar que la voluntad declarada por las partes, no corresponde a su verdadera intención, sobre todo para los terceros, la prueba *directa* de las voluntades discordantes será considerablemente difícil. La única forma de demostrarla de manera plena sería: a) mediante el contradocumento, al cual se supone que no tiene acceso el tercero, y por tanto sería absurdo requerírsele; b) a través de la confesión (judicial o extrajudicial), igualmente difícil de obtener cuando existe el ánimo de engañar; y c) por medio del juramento decisorio, que aunado a lo anterior, se encuentra en desuso.

Sin embargo la doctrina (Cámara 1958:194; Pietri 1988:28; Maduro, s/f:587; Zannoni 1996:399; Mélich 1997:883; de Castro y Bravo 1997:367;) y la jurisprudencia (UCV 405) admiten la libertad irrestricta de pruebas cuando es el tercero el que impugna por simulado el negocio

jurídico. Con lo cual, no sólo el contradocumento (que salvo casos excepcionales no podrá obtener), la confesión y el juramento, son admisibles en este tipo de pretensiones, sino que también lo son la prueba testimonial, la prueba indiciaria, inspecciones, experticias, experimentos, y cualquier otro medio que sea regulado en normas legales distintas a las del Código de Procedimiento Civil, o que simplemente no sean contrarias a la ley, a las buenas costumbres, ni al orden público (Art. 395 CPC).

Con respecto a la prueba testimonial, no ha faltado (como lo sostuvo la primera sentencia mencionada en la introducción) quien afirme que resulta inadmisibile al tenor de lo dispuesto en el Artículo 1.387 del Código Civil, que textualmente dispone:

Artículo 1.387. No es admisible la prueba de testigos para probar la existencia de una convención celebrada con el fin de establecer una obligación o de extinguirla, cuando el valor del objeto exceda de dos mil bolívares.

Tampoco es admisible para probar lo contrario de una convención contenida en instrumentos públicos o privados o lo que la modifique, ni para justificar lo que se hubiese dicho antes, al tiempo después de su otorgamiento, aunque se trate en ellos de un valor menor de dos mil bolívares.

Queda, sin embargo, en vigor lo que se establece en las leyes relativas al comercio.

Aun cuando, en todo caso, esa disposición no es aplicable cuando la naturaleza del negocio sea mercantil, por expresa disposición del último aparte de la norma transcrita, afirmar que es inadmisibile la testimonial con base a esa norma, llevaría a desconocer el contenido del Artículo 1.360 que deja a salvo el derecho de impugnar el negocio jurídico que conste en documento público o privado, *cuando se le ataca por simulado*.

En efecto, dice el Código Civil:

Artículo 1.360. El instrumento público hace plena fe, así entre las partes como respecto de terceros, de la verdad de las declaraciones for-

muladas por los otorgantes acerca de la realización del hecho jurídico a que el instrumento se contrae, salvo que en los casos y con los medios permitidos por la ley se demuestre la simulación.

La norma establece una *presunción iuris tantum* de veracidad de las declaraciones de los otorgantes en lo que atañe a la realización del hecho o del negocio jurídico, es decir, debe presumirse que el negocio al que se refieren las partes en un documento público, es cierto; presunción que es oponible tanto a las partes como a los terceros, pero que obviamente es desvirtuable cuando ‘se demuestre la simulación’.

Es verdad que la norma se refiere a la simulación demostrada ‘con los medios permitidos por la ley’, pero también es cierto que –a falta de norma que los enumere taxativamente– tales medios son aquellos que no están expresamente prohibidos, o que no sean contrarios a las buenas costumbres o al orden público, pues en Venezuela la regla es la prueba libre y la tasada es la excepción.

Pues bien, si se aplica la limitación que contempla el Artículo 1.387 con respecto a la testimonial, haciendo abstracción del contenido del Artículo 1.360, se llegaría a reconocerle a los terceros –como únicos medios– el contradocumento, la confesión y el juramento decisorio, con lo cual la prueba de la disparidad de voluntades sería prácticamente imposible. No se le puede exigir a quien resulta afectado por un negocio jurídico en el que no es parte, que presente un contradocumento que por razones obvias no podrá obtener sino en casos muy excepcionales, ni reducir las posibilidades de la prueba a que las partes espontáneamente reconozcan el engaño.

La aplicación del Artículo 1.387 de la manera expuesta, facilitaría en grado sumo la ocurrencia incontrolable de simulaciones ilícitas, en grave perjuicio para la seguridad jurídica.

Por tales motivos la doctrina nacional y extranjera coinciden en la admisibilidad de la testimonial, y en general de la prueba libre, cuando es un tercero quien hace la impugnación:

“*Prueba testimonial*. El fundamento de la admisión de esta prueba para los terceros, prueba que siempre inspira desconfianza por los demás, radica en el hecho de que los terceros están en la imposibilidad total

de procurarse el contradocumento que sería la prueba efectiva de la simulación realizada. Como dice Giorgi: ...«Sería preciso tener la audacia de sostener que los legitimarios y los acreedores pueden proveerse de una conradecaración o adivinar el momento en que se conjuraba secretamente el daño suyo, presentarse a los contratantes y exigirles el documento de su negociación fraudulenta. Esto no es posible, y como ante la imposibilidad de la prueba escrita, es indiscutible la admisión de la testimonial, la jurisprudencia y la doctrina han estado siempre de acuerdo, unánime, para abrir la entrada a la prueba testimonial, cuando se trata de simulación en perjuicio de terceros» (citado por UCV, 1956:125). En igual sentido se pronuncian: Cámara (1958:198), Galgano (1992:343), Messineo, (1986:55) y Maduro (s/f:587).

En opinión de Luis Muñoz Sabaté (1980:182), la razón de la admisibilidad de la testimonial a favor de los terceros, radica en que “en definitiva para dicho tercero la simulación no es precisamente un acto sino un hecho jurídico, de modo que como tal, puede el tercero valerse de todos los medios de prueba para acreditar su existencia.” En el mismo sentido opina De Castro y Bravo (1985:367)

También ese es el criterio sostenido por la antigua Corte Suprema de Justicia (Ramírez & Garay, 1991:605) y por el actual Tribunal Supremo de Justicia (Pierre, 2004:263).

De manera tal que no existe planteado actualmente un conflicto doctrinal que lleve a pensar en la necesidad de un cambio o abandono del criterio aceptado generalmente, pues la normativa venezolana no se ha modificado, y las mismas razones que antes abonaban a la libertad probatoria, se mantienen vigentes hoy.

Por otra parte, si bien es cierto que la testimonial es admisible, la vía más socorrida para demostrar la simulación cuando la pretensión la plantea un tercero, es la prueba indirecta, es decir la que se hace por medio de indicios. A través de esta técnica probatoria se aspira generar en el juzgador la presunción de veracidad del hecho simulatorio, partiendo de la demostración de otros hechos, que sin estar referidos directamente a demostrar la disconformidad de voluntades, la hagan suficientemente verosímil. Es muy conocida la obra ya citada del jurista y psicólogo

clínico español Luis Muñoz Sabaté (1980:221), quien desde ambas ópticas desarrolla el tema de la semiótica o sintomatología de la simulación, describiendo –con soporte jurisprudencial– una larga lista de indicios extra y endoprocesales.

La prueba de la simulación cuando es intentada por las partes.

La facilidad de pruebas que se concede al tercero perjudicado por un acto simulado, para equilibrar su situación de desventaja derivada de un acuerdo celebrado a sus espaldas y en su perjuicio, no parece operar en el caso de que la pretensión de simulación la plantee una de las partes intervinientes en el negocio ostensible o aparente.

En efecto, la seguridad jurídica, el principio de la *bona fide*, así como la prohibición de alegar la propia torpeza para evadir el cumplimiento de obligaciones legítimamente adquiridas (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*), abogan por una restricción en cuanto al arsenal probatorio que se pone a disposición de quien ha contribuido, con su asentimiento, a la celebración de un negocio que se reputa simulado.

Atentaría contra la paz social, permitir que quien realmente ha vendido, tenga fácil y expedito amparo judicial para dejar sin efecto la venta, procurando demostrar una supuesta y falsa simulación, con el ánimo de perjudicar a su contratante o a un tercero. Debe existir, por tanto, un control de la actividad probatoria en ese supuesto, para que el remedio procurado por el legislador al consagrar la pretensión de simulación, no se utilice con fines contrarios a los predispuestos en la ley.

Ese control se asegura, fundamentalmente, mediante la exigencia, primeramente, del contradocumento, es decir de aquel “escrito generalmente secreto, que comprueba o reconoce la simulación total o parcial de un acto aparente al cual se refiere” (Cámara, 1958:139), y que lógicamente emana de las partes que intervinieron en el negocio ostensible.

Se trata de una prueba escrita que contiene la confesión de las partes, en cuanto a la verdadera causa y naturaleza del acuerdo que las vincula.

El contradocumento (o contra escritura) está regulado en nuestro Código Civil en el Artículo 1.362 que dispone: “Los instrumentos priva-

dos, hechos para alterar o contrariar lo pactado en instrumento público, no producen efecto sino entre los contratantes y sus sucesores a título universal. No se los puede oponer a terceros”.

Obsérvese que, al tiempo de darle reconocimiento jurídico a tal instrumento, la ley limita sus efectos circunscribiéndolos a la esfera de los intereses y derechos de las partes, y por razones suficientemente lógicas (se trata de una simulación confesada por las partes) no se le puede oponer a los terceros. Esto fundamentalmente quiere decir que el principio de la validez aparente del negocio ostensible, puede permitir a los terceros invocar frente a las partes las consecuencias del negocio simulado, pero nunca que las partes puedan constreñir a los terceros a aceptar los efectos del negocio disimulado por encima de los que aparentemente buscaron en el ostensible. Es claro que esta situación se plantearía en la medida en que un tercero hubiese alcanzado un provecho a raíz del negocio simulado, utilidad que no pueden destruir las partes oponiéndole al tercero la contra escritura. Aun cuando la norma no dijera nada, la prohibición de fabricarse su propia prueba, sería suficiente para negarle a las partes la idoneidad de este medio cuando lo promuevan contra terceros.

Pero más allá del aspecto comentado, lo que interesa abordar en esta oportunidad, es si en el proceso judicial propuesto por una de las partes del negocio simulado en contra de la otra, las razones de seguridad jurídica y de buena fe a las que se hacía referencia anteriormente, llevan necesariamente a concluir que sea el contradocumento la única prueba para demostrar, en tal caso, la simulación.

En un sector de la comunidad jurídica, pareciera que se ha creado la convicción en cuanto a esa conclusión. Tal vez sea producto de repetir una máxima de manera incompleta. Se afirma como una verdad absoluta, que a los terceros se les permite libertad probatoria, pero para las partes sólo el contradocumento. Se ha llegado al extremo de afirmar que el contradocumento es el documento fundante de la pretensión³, con lo cual si no se acompaña con el libelo y fuera privado, sería procedente la cuestión previa prevista en el Artículo 346, numeral 6º del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el Artículo 340, numeral 6º

³ Segunda sentencia de las mencionadas en la introducción.

eiusdem, y por vía de consecuencia, la posible extinción del proceso (Art. 354 CPC).

Pues bien, se supone que quien quiere simular tratará de ser lo suficientemente precavido para exigir el contradocumento, que le permitirá exigir a su contratante el respeto de la voluntad verdadera expresada en la contraescritura. Si no lo hace –se ha dicho– no puede ampararse en su propia torpeza o negligencia, para tratar de demostrar la simulación por otros medios.

Si a esa razón de seguridad jurídica, se añade el dispositivo previsto en el ya citado Artículo 1.387 del Código Civil, que prohíbe la prueba de testigos para demostrar lo contrario de la declaración que consta en documento público o privado, y se concatena con el *in fine* del Artículo 1.399 *eiusdem*, que impide probar con indicios cuando no está permitida la prueba testimonial, pues, la respuesta sería, sin dudas, que el único medio probatorio al que tiene acceso una de las partes para demostrar la simulación frente a la otra, es el contradocumento al que se refiere el Artículo 1.362.

Sin embargo, esa afirmación se destruye de inmediato si se considera que las **pruebas de confesión y de juramento decisivo**, por muy difíciles que se las pueda considerar, son válidas para demostrar la simulación, pues no existe norma alguna que las prohíba. En ambos casos se trataría de obtener el reconocimiento de la apariencia del negocio impugnado, por la otra parte que intervino en su confección, con lo cual nada obsta que se presente la demanda y posteriormente se procure demostrar la simulación tratando de lograr la confesión provocada, o demostrando la extrajudicial, y defiriendo el juramento al demandado.

De tal manera que no es cierto que el contradocumento se el único medio de prueba en las pretensiones de simulación propuestas por una de las partes. Pero, adicionalmente, sostener tal afirmación (contradocumento: prueba única), supondría soslayar la vigencia de otras normas jurídicas que autorizan la prueba testimonial y aun la de indicios, en supuestos especiales.

En efecto, el Artículo 1.392, dispone:

Artículo 1.392. También es admisible la prueba de testigos cuando hay un principio de prueba por escrito. Este principio de prueba resulta

de todo escrito emanado de aquél a quien se le opone, o de aquél a quien él representa que haga verosímil el hecho alegado.

Es, asimismo, admisible dicha prueba cuando las presunciones o indicios resultantes de hechos ciertos probados, no por testigos sean bastantes para determinar la admisión de esa prueba.

Por su parte, el artículo 1.393 establece las siguientes excepciones a la regla:

Artículo 1.393. Es igualmente admisible la prueba de testigos en los casos siguientes:

1° En todos los casos en que haya existido para el acreedor la imposibilidad material o moral de obtener una prueba escrita de la obligación;

2° Cuando el acreedor haya perdido el título que le servía de prueba, como consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor; y

3° Cuando el acto es atacado por ilicitud de la causa.

Conforme a las dos previsiones legales citadas, la prohibición de valorar **testimoniales** en aquellos casos civiles en los que las obligaciones controvertidas superen los dos mil bolívares, tienen las siguientes excepciones:

cuando exista un principio de prueba por escrito, es decir, cuando se presente una documental emanada de la parte a quien se opone que, sin contener todos los elementos que permitan demostrar de modo directo un hecho, lo hagan verosímil.

cuando existan indicios que justifiquen suficientemente la admisión de testigos, indicios éstos que deben ser demostrados por vías distintas a la testimonial.

cuando para el demandante hubiese sido imposible moral o materialmente obtener el contradocumento. Tal situación ocurre cuando la vinculación que existe entre los simulantes impide que una parte le exija a la otra la emisión del contradocumento. “La jurisprudencia extranjera admite como hipótesis de imposibilidad moral el vínculo de sangre entre los contratantes; o la situación entre las partes, cuando alguna se encuen-

tra en tal estado de dependencia moral que carece de la suficiente autoridad para exigirlo (concubinato entre un hombre de mucha edad y otra mujer joven; etc.)” (Cámara, 1958:176). De igual manera opina Zannoni (1996:396)

Uno de los casos que se presenta con mayor frecuencia en nuestra sociedad, que comporta la imposibilidad moral de obtener el contradocumento, es cuando el contratante se ve forzado, por una necesidad familiar apremiante, a solicitar y aceptar un préstamo pactado con intereses exorbitantes o usurarios, y para ‘garantizar’ su devolución, accede a la exigencia del prestamista de venderle (comúnmente a precio irrisorio) su vivienda con pacto de retracto o pura y simplemente. Es obvio que el estado de necesidad del prestatario le impedirá hacerle frente a la ilegal pretensión del usurero, con lo cual –acreditado suficientemente el estado de necesidad y la condición de prestamista de su contratante, entre otros posibles elementos– debe tenerse justificada la no presentación del contradocumento, y expedita la vía testimonial, al tenor de lo dispuesto en el precitado Artículo 1.393, numeral 1º del Código Civil.

d) Cuando el acreedor haya perdido el título que le servía de prueba, como consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor; y

e) Cuando el acto es atacado por ilicitud de la causa. (Galvano, 1992:343) (Messineo, 1986:59)

Es decir, existen cinco motivos legales, que permiten demostrar la simulación entre partes con testimoniales, y aún se puede recurrir a la prueba de indicios, prevista en el Artículo 1.399 del Código Civil, válida una vez sea acreditada alguna de dichas excepciones.

No es correcto, en consecuencia, afirmar que el contradocumento sea de manera irrestricta, el único medio de prueba, y por tanto el operador jurídico deberá llevar a la convicción del juez la existencia de una de tales excepciones, para que pueda admitírsele la testimonial y la prueba de indicios.

En Venezuela, la doctrina más autorizada admite la posibilidad de demostrar la simulación –cuando es intentada por una de las partes en contra de la otra– por vías distintas a la del contradocumento, aplicando las reglas excepcionales antes referidas. Así podemos mencionar a: José Mélich Orsini (1997:879), Alejandro Pietri, h. (UCV, 1988:327), Eloy

Maduro Luyando (s/f:586) y Ligia Griego León (UCV, 1988:331). Concretamente Pedro Pineda León (UCV,1988:327) afirma: “es indiscutible que las partes por ir contra la ley, no se prestan a firmar una contradecларación, y de ahí que se admita la prueba de testigos, compaginándose el asunto con el artículo 1393 del C.C.”

También la jurisprudencia venezolana se ha pronunciado en el mismo sentido (SCC. Sentencia del 5-12-72):

Como consecuencia de lo expuesto, considera esta Corte que las personas que han intervenido como contratantes en el negocio jurídico simulado, pueden valerse naturalmente del contradocumento como prueba por excelencia para demostrar la simulación, pero también podrán valerse de la confesión y del juramento porque ninguna norma de derecho les veda el uso de estos dos últimos medios de prueba. La dificultad surge con respecto a la prueba testimonial y a la prueba de presunciones, pues ésta no es admisible sino cuando también lo sea la prueba testimonial, y ésta, a su vez, no es admisible para contrariar la fe y efectos probatorios del documento público o privado según lo previsto en los artículos 1399 y 1387 del Código Civil. Estima esta Sala que, por regla general, la prueba de testigos y la de presunciones no les están permitidas a los sujetos que intervinieron como contratantes en el acto simulado, ya que por sus relaciones de mutua confianza y por tener pleno conocimiento del mismo, no puede pensarse que estuvieron en la imposibilidad material o moral de procurarse la prueba literal. Sin embargo, tal prohibición no funciona de modo absoluto, pues de concurrir alguna de las excepciones consagradas en los artículos 1392 y 1393 del Código Civil, sería procedente la admisión de la prueba testimonial y la conjetural, como ocurre, según dichos artículos, cuando existe un principio de prueba escrito, cuando ha existido imposibilidad material o moral de preconstituir la prueba escrita, y cuando ha ocurrido la pérdida del título que servía de prueba como consecuencia de caso fortuito o de fuerza mayor, casos en cuya apreciación la instancia deberá proceder con extremada cautela para no permitir que sin plena evidencia de esas situaciones excepcionales se menoscabe la fe probatoria que la ley otorga a los instrumentos públicos. (UCV, 1988:422)

Más recientemente, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N°: 794 del 03 de agosto de 2004, determinó que: “la prueba testifical para probar la simulación de un negocio jurídico en materia civil sólo le es permitida a los terceros que no hubieran intervenido en el negocio jurídico cuya simulación se denuncia, es decir, no le está permitido a quien haya intervenido en su celebración, salvo los casos previstos en los artículos 1.392 y 1.393 del Código Civil. (subrayado propio).

En la doctrina extranjera se pronuncian en forma coincidente: Cámara (1958:166), Zannoni (1996:391), Galgano (1992:343), Messineo (1986:58), Muñoz Sabaté (1980:183) y De Castro y Bravo (1985:366).

No existe duda, por tanto, sobre la posibilidad probatoria que tiene la parte para demostrar la simulación del negocio en el que prestó su asentimiento, y por lo tanto no puede sostenerse válidamente que el contra-documento sea el único medio para comprobarla.

En cuanto a la **prueba de indicios**, el Artículo 1.399 del Código Civil dispone:

Artículo 1.399. Las presunciones que no estén establecidas por la Ley quedarán a la prudencia del Juez, quien no debe admitir sino las que sean graves, precisas y concordantes, y solamente en los casos en que la Ley admite la prueba testimonial.

En contraposición a las presunciones previstas en la ley, la norma se refiere a las *presunciones hómynis*, es decir aquellas inferencias y actividades intelectivas del juez, que le permiten considerar demostrado un hecho, cuando exista prueba de otros que lo hagan verosímil. Se trata igualmente de obtener la prueba por vía indirecta.

Tales presunciones se logran, en consecuencia, a través de los indicios.

Conforme a la norma transcrita, la prueba de indicios sería viable únicamente cuando también lo sea la testimonial, de manera que –en el caso de la pretensión de simulación planteada por una de las partes en el negocio aparente– el actor no podrá recurrir a los indicios, a no ser que demuestre alguna de las excepciones indicadas en los Artículos 1.392 y

1.393 del Código Civil. De modo que, abierta la posibilidad para promover la testimonial, automáticamente la de indicios se torna admisible.

La última parte de este Artículo 1.399 pudiera hacer pensar que el legislador incurrió en una contradicción con lo que dispuso en el único parte del Artículo 1.392. En efecto, el primero de los nombrados dice que la prueba de indicios es admisible cuando lo sea la testimonial; y el segundo, que la testimonial es procedente cuando existan indicios que así lo determine.

No hay tal contradicción. El Artículo 1.392 se refiere no a indicios que demuestren de modo indirecto la simulación, sino que demuestren razones suficientemente graves para que la prueba de testigos sea admisible; mientras que el 1.399 consagra la posibilidad de demostrar la simulación con indicios, cuando sea admisible la prueba de testigos, aunque ésta no se hubiese promovido. En el primer caso se trata de justificar la admisibilidad de la prueba de testigos; en el segundo se trata de probar la simulación.

Es importante señalar, que conforme al contenido del Artículo 1.399, el juez, para fundar su decisión, debe tomar en cuenta las presunciones que surjan de indicios comprobados, y que sean “graves, precisas y concordantes”, con lo cual una sola presunción no hace prueba, ni tampoco varias si son ambiguas o disconformes.

Está claro que no existe prueba tasada para demostrar la simulación, pero de ordinario lo conveniente es adminicular testimoniales con indicios, aun cuando ambos medios, si son plurales, serios y contestes, pueden –por separado– producir el convencimiento que se aspira crear en el juez.

Conclusiones

Como conclusiones de este breve recorrido sobre el tema de la simulación, pueden señalarse las siguientes:

1) Cuando la demanda la propone un tercero, tiene plena libertad probatoria, y por tanto puede recurrir a cualquier medio no prohibido por la ley o no contrario al orden público, para destruir la apariencia del nego-

cio ostensible, sin que se le pueda impedir tal conducta procesal al amparo del Artículo 1.387 del Código Civil (que en todo caso sería viable en causas de naturaleza civil y no comercial) pues el Artículo 1.360 *eiusdem*, permite destruir la presunción de veracidad de las declaraciones contenidas en documentos públicos o privados, cuando se demuestre la simulación.

2) La característica fundamental de un negocio simulado (acuerdo para engañar a terceros) impide que, de ordinario, el afectado pueda obtener el contradocumento, o sacar provecho de las posiciones juradas o del juramento decisorio, como medios de prueba directa de la disconformidad de voluntades (declarada y oculta). El medio de prueba más socorrido y que genera mejores resultados, es el de los indicios, que se circunscribe a demostrar hechos conexos al acto simulatorio, y que analizados de manera concordante, crean la convicción en el juez de la diversidad de voluntades.

3) Si bien es cierto que, en principio, la prueba que debe presentar quien participó en el negocio simulado y que aspire la declaración de su nulidad, es el contradocumento al que se refiere el Artículo 1.362 del Código Civil, también lo es que no existe impedimento legal ninguno que le interfiera cumplir su carga mediante la prueba de confesión (judicial o extrajudicial) y la del juramento decisorio. Con lo cual se destruye la afirmación de que el contradocumento es la única prueba admisible en tal caso.

4) La prueba de confesión ni la del juramento decisorio, son residuales, con lo cual no se tiene que demostrar ninguna causa excepcional que permita acceder a ellas.

5) El contradocumento no es un '*documento fundamental*' que se requiera para proponer la pretensión de simulación, no constituye presupuesto procesal de la pretensión, sino en todo caso, un medio de prueba del que puede valerse la parte, o el tercero (si lo obtiene) para demostrar lo alegado.

6) La prueba testimonial puede promoverla quien, habiendo sido parte en un negocio jurídico, pide su nulidad por vía de simulación, siempre y cuando logre demostrar alguno de los motivos excepcionales que esta-

blecen los Artículos 1.392 y 1.393 del Código Civil para autorizar el acceso a ese medio.

7) La prueba de indicios es válida también, cuando la pretensión de simulación la plantea una de las partes, si se logra demostrar alguna de las causas excepcionales previstas en los mencionados Artículos 1.392 y 1.393 que permiten la prueba de testigos.

Bibliografía.

Cabrera, Jesús E. *Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre*. Tomo II. Alva. Caracas. 1989.

Cámara, Héctor *Simulación en los Actos Jurídicos*. 2ª edición. Depalma. Buenos Aires. 1958.

De Castro y Bravo, Federico. *El Negocio Jurídico*. Civitas. Madrid. 1997.

Galgano, Francesco. *El negocio jurídico*. Tirant lo Blanch. Valencia-España. 1992.

Loreto, Luis. *Consideraciones acerca de la Teoría de la Simulación*. En *Ensayos Jurídicos*. Fabreton-Esca. Caracas. 1970.

Maduro Luyando, Eloy. *Curso de Obligaciones*. Caracas. s/e. s/f.

Mélich Orsini, José. *Doctrina General del Contrato*. EJV y Marcial Pons. Caracas 1997.

Messineo, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Tomo II. EJEA. Buenos Aires. 1986.

Muñoz Sabaté, Luis. *La prueba de la Simulación*. Temis. 2ª Edic. Madrid 1980.

Perera Planas, Nerio. *Código Civil Venezolano*. 3º Edic. Magón. Caracas. 1984.

Pierre Tapia, Oscar. *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*. Editorial Pierre Tapia. Tomo 8-2004. Caracas 2004.

Pietri, Alejandro. h. *La Acción de Simulación*. Fabreton. Caracas. 1988.

Ramírez & Garay. *Jurisprudencia Venezolana*. Tomos 118, 119, 159, 208 y 211. Editorial Ramírez & Garay, S.A. Caracas.

Universidad Central de Venezuela. *Código Civil de Venezuela*. Arts. 1.280 y 1.281, UCV. Caracas. 1988.

Zannoni, Eduardo A. *Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos*. Astrea. Buenos Aires. 1996.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. 2004. Sentencia del 03 de agosto de 2004. En

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Agosto/RC-00794-030804-03668%20.htm>. Fecha de acceso septiembre de 2003.