

La simulación y las donaciones encubiertas de inmuebles bajo la forma de compraventas. Determinación de sus supuestos y sus efectos

por

HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS

Abogado

SUMARIO

LISTADO DE ABREVIATURAS Y REFERENCIAS NORMATIVAS UTILIZADAS.

1. INTRODUCCIÓN.
2. CONCEPTO Y CLASES DE SIMULACIÓN:
 - 2.1. CONCEPTO DE SIMULACIÓN.
 - 2.2. CLASES DE SIMULACIÓN.
3. NATURALEZA Y EFECTOS DE LA SIMULACIÓN.
4. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE DONACIONES ENCUBIERTAS.
5. CONCLUSIÓN.

BIBLIOGRAFÍA.

LISTADO DE ABREVIATURAS Y REFERENCIAS NORMATIVAS UTILIZADAS

CE	Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.
CC	Código Civil.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, Enjuiciamiento Civil.

LGT	Ley 58\2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
TRLIPT	Real Decreto Legislativo 1\1993, de 24 de septiembre, aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
ITP	Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
LISD	Ley 29\1987, de 18 de diciembre, regula el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.
ISD	Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
Pág.	Páginas.
Art.	Artículo.
Ss.	Siguientes.
Ed.	Edición.

1. INTRODUCCIÓN

La simulación, y en concreto las donaciones de inmuebles encubiertas bajo la forma de compraventa, es un problema recurrente del tráfico jurídico que no tiene una solución normativa como denuncia parte de la doctrina (1).

Seguramente las principales causas son la menor tributación de las compraventas en comparación con las donaciones y la posibilidad de ocultar el fraude de la legítima de los herederos forzosos sorteando así la prohibición del art. 636 del CC. Así, la compraventa tributa a través del ITP, mientras que la donación tributa mediante el ISD a un tipo de gravamen gradual necesariamente superior (2).

Esta finalidad de engaño se ve incentivada por dos indeterminaciones. La primera se produce entre las donaciones remuneratorias y modales en relación con la compraventa. En efecto, en las donaciones remuneratorias hay una causa onerosa conforme al art. 622 del CC, cuya contraprestación no tiene que tener una equivalencia cuantitativa al valor del objeto de la donación (3). En las donaciones modales se impone al beneficiario el cumplimiento de una obligación, que puede consistir en cualquier tipo de conducta, incluso no

(1) Al respecto, DE CASTRO, en *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, reimpresión 1985, pág. 349, ha llegado a comentar que «la práctica judicial ofrece un número impresionante de casos en los que se pide y se declara la simulación, cuya cantidad y continuidad parece merecerían la atención del legislador».

(2) *Cfr.* art. 21 LISD y 11 TRLIPT.

(3) *Vid.* STS de 9 de mayo de 1999 (*RJ* 1999\4048).

evaluable económicamente. El incumplimiento de dicha obligación da lugar a la revocación de la donación según el art. 647.1 del CC (4).

Estas figuras intermedias son donaciones en las que su objeto en la práctica pueden tener un valor muy superior al atribuible a su contraprestación a pesar de lo dispuesto en determinados preceptos como el art. 629 del CC. La desproporción de tal valor en una economía de mercado no puede ser motivo de nulidad. Esta desproporción no excluye la posibilidad de que el contrato sea calificado de compraventa por nuestros tribunales (5). Lo cual constituye una respuesta judicial coherente con la economía de mercado reconocida en el art. 38 de la CE y con la regulación del contrato de compraventa, que sólo exige que el precio sea cierto y no se deje al arbitrio de terceros (6).

La segunda indeterminación normativa se produce a nivel tributario. Los artículos referentes a los hechos imponible de los distintos impuestos también generan una gran incertidumbre al respecto, puesto que una transmisión onerosa *inter vivos* de bienes o derechos (que puede constituir tanto una donación como una compraventa), se encuentra dentro del hecho imponible del ITP y del ISD (7).

Esta indeterminación normativa respecto a la diferenciación entre la donación y la compraventa, tanto en su regulación civil como tributaria, ha provocado que nuestros tribunales se hayan tenido que pronunciar reiteradamente sobre supuestos en los que las partes han celebrado contratos calificados formalmente de compraventas, pero que encubren, o pueden encubrir donaciones.

La doctrina y la jurisprudencia española suelen tratar el problema expuesto a través de la figura de la simulación. En consonancia con lo anterior, el objeto de este artículo es establecer unos criterios de identificación de los supuestos de donaciones encubiertas bajo la forma de compraventas, así como esclarecer los efectos jurídicos que deben asignarse a tal tipo de supuestos.

2. CONCEPTO Y CLASES DE SIMULACIÓN

2.1. CONCEPTO DE SIMULACIÓN

Puede decirse que hay un gran consenso en torno al concepto de simulación a pesar de que no haya una definición legal de la misma (8). La si-

(4) *Vid.* STS de 6 de abril de 1999 (*RJ* 1999\2656) y STS de 23 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004\7386).

(5) *Vid.* STS de 19 de diciembre de 1990 (*RJ* 1990\10312).

(6) *Cfr.* art. 1.445, 1.447 y 1.449 del CC.

(7) *Cfr.* art. 3 LISD y 7 TRLIPT.

(8) A este respecto, DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 335, comenta: «La simulación no se ha regulado bajo este nombre en el CC. Se refiere directamente a ella cuando se trata de las donaciones hechas “simuladamente, bajo apariencia de otro contrato”

mulación es una institución jurídica cuya principal característica es la creación de una apariencia (9). Así DE CASTRO dice: «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 contrato (simulación relativa)» (10).

Por su parte, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (11) consideran que «la simulación implica una contradicción entre la voluntad interna y la voluntad declarada. De esa contradicción nace un negocio jurídico, que se califica de aparente». «Toda simulación consiste en la creación intencional de una apariencia de negocio jurídico, realizada con el fin de ocultar la verdadera situación jurídica existente».

En igual sentido se pronuncia el resto de la doctrina, como ALBALADEJO (12), ESPÍN (13) o LASARTE (14). Por tanto, puede concluirse que el fenómeno de la simulación «es un caso de divergencia entre lo declarado y lo querido», como bien dice PUIG BRUTAU (15).

(art. 628), y de la disposición testamentaria, a la que “se la disfraza bajo la forma de contrato oneroso” (art. 755). Mas las reglas generales respecto al significado de la simulación se establecen al tratar de la falsedad de la causa (art. 1.276)».

(9) En este sentido, DE CASTRO aclara precisamente el ámbito de la simulación al comentar: «Mientras la falsedad y falsificación se refieren a actos y hechos de la más variada naturaleza, la simulación constituye una figura jurídica, de significado negocial bien precisado (comp., sentencia de 5 de mayo de 1958), incluso respecto a su eficacia frente a terceros». Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 340. A su vez, también dice: «(...) no cabe en los negocios consistentes en una declaración unilateral y menos cuando ésta sea de las llamadas no recepticias. Centrada, además, la simulación en la valoración de la causa, en la de su falsedad, carecerá de relevancia respecto de aquellos negocios insensibles a la causa, en aquellos en los que la forma tiene verdadero carácter constitutivo o en los que la abstracción hace se deje de lado la causa». Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 345.

(10) Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 334.

(11) Cfr. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I/1, Introducción. Parte General. Derecho de la persona, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, pág. 316.

(12) Vid. ALBALADEJO, *Derecho Civil, I. Introducción y parte general*, vol. 2º. La relación, las cosas y los hechos jurídicos, 14ª ed., Bosch, Barcelona, 1996, pág. 230 y 231. En concreto el citado autor dice: «hay simulación de negocio cuando, de común acuerdo, las partes entre sí —o, si aquel es unilateral, de acuerdo el declarante con el destinatario— emiten una declaración (o declaraciones) no coincidentes con la voluntad interna, con el fin de engañar a terceros». Cfr. ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 230.

(13) Así, ESPÍN, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. I, Parte general, 8ª ed., Edersa, Madrid, 1982, pág. 524: «cuando las partes se ponen de acuerdo para celebrar un negocio que realmente no quieren celebrar, existe simulación, creando un negocio aparente o simulado, que esconde una voluntad distinta».

(14) Cfr. LASARTE, *Curso de Derecho Patrimonial. Introducción al Derecho*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, pág. 466: «simular un negocio equivale a fingir o aparentar una celebración de un acuerdo de voluntades que realmente no son queridos por las partes».

(15) Cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1978, pág. 486.

De forma similar se pronuncia nuestra jurisprudencia (16). Especialmente clarificadora resulta también la STS de 29 de octubre de 1956 (*RJ* 1956\3421): «Que 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 serio y eficaz es, por el contrario, mentiroso y ficticio, porque o no fue perfeccionado el negocio, o lo fue de modo diferente a aquel expresado, siendo un disfraz para encubrir un negocio diverso».

La definición de la simulación atiende fundamentalmente a las características de ésta, o como indican Díez-Picazo y Gullón, a los rasgos del negocio simulado (17). Así se puede apreciar como los autores y sentencias citados recurren a los elementos de la simulación para alcanzar un concepto de ésta. Estos elementos podrían sintetizarse en los siguientes (18):

- *Acuerdo de los contratantes en emitir una declaración de voluntad falsa.* A este elemento de la simulación la doctrina lo ha calificado como acuerdo simulatorio, contradecación (19). Este acuerdo versa como mínimo sobre un doble aspecto: la emisión de la declaración de voluntad falsa y su ineficacia entre las partes declarantes. Aunque en el caso de la simulación relativa incluiría un tercer aspecto, el acuerdo sobre el contrato que los declarantes desean celebrar (20).
- *Emisión querida y consciente de una declaración de voluntad divergente con la voluntad interna.* Esta declaración origina el contrato simulado.
- *El engaño de terceros* (21). Esta intención de engaño no conlleva necesariamente la finalidad de dañar a terceros, según nuestra doctri-

(16) *Vid.* STS de 23 de septiembre de 1989 (*RJ* 1989\6352).

(17) *Cfr.* Díez-Picazo y Gullón, *Instituciones de Derecho Civil*, *op. cit.*, pág. 316.

(18) *Vid.* Díez-Picazo y Gullón, *Instituciones de Derecho Civil*, *op. cit.*, pág. 316, y Lacruz y otros, *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e introducción al Derecho*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2000, pág. 291.

(19) *Vid.* Albaladejo, *op. cit.*, pág. 233.

(20) A este respecto empleo el término desear, porque el hecho que las partes lleguen a perfeccionar el contrato simulado depende de la concurrencia de los elementos de dicho contrato, que son como mínimo el consentimiento, el objeto y causa. En algunos casos puede requerirse también el cumplimiento de una determinada forma, como ha exigido la jurisprudencia en múltiples ocasiones respecto a la donación en virtud del art. 633 del CC. *Vid.* STS de 19 de noviembre de 1987 (*RJ* 1987\8408), STS de 30 de diciembre de 1998 (*RJ* 1998\9982) y STS de 18 de marzo de 2002 (*RJ* 2002\2663), entre otras muchas. También pueden requerirse otros elementos específicos del contrato, como el acuerdo sobre el precio y el objeto en la compraventa en virtud del art. 1.450 del CC.

(21) A este respecto no conviene olvidar, como señala Cárcaba Fernández, *La simulación en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1986, pág. 23, que simulación proviene de la voz latina *simulare*, que significa fingir o hacer parecer lo que no es cierto. Por

na (22). Los ejemplos que suelen emplearse al respecto son evitar indiscreciones de terceros, jactancia o engañar a un pariente pedigrüeño al que no se quiere dar dinero.

Estos ejemplos, si bien son válidos por cuanto recogen finalidades lícitas, no son muy ilustrativos, puesto que ni son frecuentes, ni parece que sea necesario recurrir a la celebración de un contrato para conseguir tales objetivos.

Por ello, nuestra doctrina, a pesar de la matización descrita, reconoce que la finalidad de la simulación es defraudatoria (23) en la mayoría de los casos. En efecto, parece que podría sostenerse que la simulación relevante para el ordenamiento será la que persiga una finalidad ilícita porque los supuestos de simulación con causa lícita son casi anecdóticos. Como consecuencia de lo anterior, seguramente ninguno de ellos se planteará ante los tribunales.

Por tanto, puede concluirse que para apreciar la existencia de simulación tienen que concurrir los elementos anteriormente mencionados.

2.2. CLASES DE SIMULACIÓN

Unánimemente (24) se considera que hay dos clases de simulación: la absoluta o *simulatio nuda*, que se caracteriza porque las partes no quisie-

ello el engaño es un elemento esencial en todas las definiciones doctrinales y jurisprudenciales de simulación.

(22) Así ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 232, comenta al respecto: «Fin de engaño, no implica ni intención de dañar y ni siquiera de ilicitud». En igual sentido se pronuncia Díez-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil, op. cit.*, pág. 316: «Pero no debe confundirse la intención de engañar con la intención de dañar, porque la simulación puede tener una finalidad lícita».

(23) Así Díez-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil, op. cit.*, pág. 316, comenta que: «si bien debe de reconocerse que en la mayoría de los casos la simulación se dirige a defraudar a los terceros o a ocultar una violación de la legalidad». En igual sentido, LASARTE, *Curso de Derecho Patrimonial. Introducción al Derecho, op. cit.*, pág. 467: «los supuestos reales de simulación, de ordinario, no encuentran su causa en los fines lícitos anteriormente ejemplificados, sino que comúnmente la técnica simulatoria es sencillamente un artificio o una máscara utilizada para conculcar las reglas de carácter impositivo, cuyo primer problema real y práctico viene representado por la prueba de la misma».

(24) *Vid.* DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 348 a 356, Díez-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil, op. cit.*, pág. 316; LACRUZ y otros, *op. cit.*, pág. 291 y 292; ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 235 y 236; ESPÍN, *op. cit.*, pág. 524 y 525; O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, Parte general, Edersa, Madrid, 1992, pág. 477; DORAL GARCÍA, *El negocio jurídico ante la jurisprudencia*, 1ª ed., Trivium, Madrid, 1994, pág. 162. A nivel jurisprudencial, *Vid.* STS de 18 de julio de 1989 (RJ 1989\5715), STS de 29 de noviembre de 1989 (RJ 1989\7921) y STS de 26 de julio de 2004 (RJ 2004\6633). En concreto, la última sentencia señala: «...y se puede distinguir una dualidad, o simulación absoluta,

ron celebrar ningún contrato, no existiendo contrato alguno; y la relativa o *simulatio non nuda*, en la que las partes contratantes celebraron o pretendieron celebrar un contrato bajo la apariencia proporcionada por el contrato simulado.

La dualidad de simulaciones tiene una gran repercusión en los efectos de la simulación, tal y como se expone en el siguiente apartado.

3. NATURALEZA Y EFECTOS DE LA SIMULACIÓN

Hay una polémica sobre la naturaleza de la simulación. Dicha controversia se centra en determinar a qué elemento esencial del contrato afecta la simulación. Esta discusión, en contra de lo que puede aparentar tras un estudio superficial, tiene consecuencias prácticas al variar los efectos del fenómeno simulatorio.

En efecto, en el caso de considerar que la simulación afecta a la voluntad, el problema radica en qué voluntad debe primar, la declarada en el contrato simulado o la del acuerdo simulatorio. Para ello hay que atender a la pertinente protección de los terceros, que se recoge en diversos preceptos del CC como los arts. 1.230 y 1.257. Un sector doctrinal consideró bajo esta misma premisa que se trataba de un vicio del consentimiento por falta de voluntad en el contrato simulado (25). Postura que parece muy discutible, por cuanto de no existir la voluntad de celebrar tal contrato, éste no se habría perfeccionado de no mediar intimidación, dolo, error o violencia.

En cambio, si se opta por considerar que la simulación afecta a la causa, como hace la mayoría de la doctrina (26) y la jurisprudencia (27), la cuestión estriba en discernir si hay causa en el contrato, y en el supuesto de que ésta exista, determinar si ésta es falsa o ilícita. La respuesta jurídica variará en función de la opción elegida (28).

cuando el propósito negocial inexistente por completo por carencia de causa —*cur debetur aut pactetur*— y la relativa, que es cuando el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado...».

(25) Vid. ESPÍN, *op. cit.*, pág. 524 y 525.

(26) Vid. DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 334 y ss.; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, *op. cit.*, pág. 316 y ss.; LACRUZ y otros, *op. cit.*, pág. 290 y ss.; GETE-ALONSO, *Manual de Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*. Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 574 y ss.

(27) STS de 18 de julio de 1989 (RJ 1989\5715), STS de 29 de noviembre de 1989 (RJ 1989\7921), STS de 6 de octubre de 1994 (RJ 1994\7459), STS de 26 de julio de 2004 (RJ 2004\6633).

(28) A nivel doctrinal, vid. LACRUZ y otros, *op. cit.*, pág. 291; GETE-ALONSO, *op. cit.*, pág. 575 y 576; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 488 y 489, entre otros. A nivel jurisprudencial, vid. STS de 29 de noviembre de 1989 (RJ 1989\7921), STS de 13 de diciembre de 1991 (RJ 1991\9004), STS de 29 de marzo de 1993 (RJ 1993\2532), STS de 7 de mayo de 1993 (RJ 1993\3465), STS de 6 de octubre de 1994 (RJ 1994\7459), entre otras muchas.

Cuando la causa no existe o es ilícita, es decir, en los supuestos de simulación absoluta, se aplica el art. 1.275 del CC. Nos encontraríamos ante un supuesto de nulidad. Este artículo no es más que la aplicación al supuesto concreto de lo dispuesto en el art. 6.3 del CC para la causa ilícita, y de lo estipulado en el art. 1.261 del CC para la inexistencia de la causa. Puede observarse que en dichos artículos la repuesta jurídica es la misma: la nulidad. Por ello, el contrato no existiría y no produciría efecto alguno (29). Amén del resto de efectos de la nulidad: imprescriptibilidad de la acción, apreciación de oficio y legitimación activa de cualquier interesado.

En el supuesto de que la causa sea falsa, es decir, en los supuestos de simulación relativa, se aplicarían los arts. 1.276 y 1.277 del CC. El contrato simulado sería nulo. Aunque hay una presunción *iuris tantum* de la existencia del contrato y de su causa. Presunción que se entiende aplicable al contrato disimulado para favorecer su validez (30). Aunque tal validez sólo puede producirse cuando en el contrato simulado concurren los elementos esenciales del contrato disimulado. En caso contrario, ambos contratos serían nuevamente nulos (31). Hay que resaltar que tal aplicación de la presunción de la validez y licitud de la causa puede entenderse como un uso controvertido de la figura de la conversión (32). No obstante, en el caso de las donaciones de inmuebles encubiertas, la jurisprudencia ha vacilado reiteradamente respecto a la validez de la donación por la ausencia del *animus donandi* manifestado en la aceptación de la correspondiente donación en virtud del art. 633 del CC (33).

(29) Afirmación que puede ser objeto de matización conforme lo expuesto por PASQUAU LIAÑO, *vid.* PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1996, pág. 120 y ss.

(30) A estos efectos conviene recordar que corresponde probar a quien lo alegue la falsedad de la causa conforme al art. 217 de la LEC.

(31) STS de 31 de mayo de 1982 (*RJ* 1982\2614), STS de 9 de mayo de 1988 (*RJ* 1988\4048) y STS de 7 de mayo de 1993 (*RJ* 1993\3465), entre otras muchas. También nuestra doctrina. *Vid.* ALBALEDEJO, *op. cit.*, pág. 237, o GETE-ALONSO, *op. cit.*, pág. 575.

(32) En efecto, esta postura parece acercar la simulación relativa a la conversión del negocio jurídico. Y ello por cuanto se muta la naturaleza del negocio jurídico de compraventa a donación remunerativa para conseguir la validez del negocio. Esta teoría entraría en contradicción con la posición reacia a la conversión de nuestra jurisprudencia y doctrina. *Vid.* DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 512 y ss., y Díez-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, *op. cit.*, pág. 107 y 108.

(33) En contra de la validez de la donación, *vid.* STS de 19 de diciembre de 1960 (*RJ* 1960\4112), STS de 22 de diciembre de 1981 (*RJ* 1981\9615), STS de 2 de diciembre de 1988 (*RJ* 1988\9292) STS de 1 de octubre de 1991 (*RJ* 1991\7438), STS de 24 de mayo de 1993 (*RJ* 1993\4784). A favor, que parece la tendencia actual, *vid.* STS de 16 de noviembre de 1956 (*RJ* 1956\4115), STS de 20 de octubre de 1966 (*RJ* 1966\4455), STS de 31 de mayo de 1982 (*RJ* 1982\2614), STS de 13 de diciembre de 1993 (*RJ* 1993\9615), STS de 23 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004\7386), STS de 2 de diciembre de 2004 (*RJ* 2004\7907). Esta última tendencia es seguida por parte de la doctrina. *Vid.* ATAZ LÓPEZ, «Sobre el valor esencial de la forma en la aceptación de las donaciones», en

De las soluciones expuestas, parece más acertado considerar que la simulación no implica un vicio ni en la causa ni en el consentimiento. Y ello a pesar que nuestra jurisprudencia y doctrina mayoritarias parten del axioma de que la simulación es un vicio de la causa.

Dicha solución no es la única viable, tal y como reflejan los antecedentes normativos (34) y el Derecho Comparado (35).

Seguramente la acertada calificación de la naturaleza de la simulación pase por un detenido estudio de los elementos del fenómeno simulatorio. En toda simulación hay una declaración contractual no viciada en el contrato simulado. Y ello por cuanto la declaración del contrato simulado responde a la verdadera voluntad de las partes, ya que la declaración ha sido emitida libremente, siendo los contratantes conscientes de los efectos de su declara-

Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor doctor José Luis Lacruz Berdejo, vol. 1º, Bosch, Barcelona, 1993, pág. 111 a 144.

(34) En este sentido puede observarse como seguramente el primer antecedente en Derecho romano, la *Lex Iulia de maritandis ordinibus*, trata la simulación más como un fraude de ley que como un vicio en la causa. A su vez, en nuestro Derecho histórico encontramos una prolija regulación de determinados supuestos vinculados al fraude fiscal, como en la Ley 212 de las Leyes de Estilo, las Ordenanzas Reales de Castilla 5, 9, 6, y en la Nueva Recopilación 5, 10, 11. Por tanto, y como ya sucedió en Derecho romano, se asimila la simulación al fraude de ley, alejándolo de los vicios en los elementos del contrato. Su tratamiento no se centra en que los elementos del contrato concurren de forma correcta, sino en la aplicación del resultado fiscal que se pretende evitar. Algunos autores vinculan el inicio de la teoría del vicio de la causa con la codificación. En concreto con los art. 998 y 999 del Proyecto de 1851, que derivaron en el art. 1.276 del CC. Vid. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 43, y SCAEVOLA, *Código Civil*, T. XX, art. 1.214 a 1.314, 2ª ed., Reus, Madrid, 1958, pág. 830.

(35) En Derecho francés, en contra de lo que apunta parte de nuestra doctrina respecto a los art. 998 y 999 del Proyecto de 1851 y la influencia del art. 1.131 del *Code*, la simulación se contempla como un fenómeno de declaraciones contradictorias, y por tanto, de modificación del contrato. Ello se debe a que para los autores franceses tiene necesariamente que existir un contradocumento (*contrelettre*) que modifica un contrato. Esta modificación puede consistir en la ineficacia del contrato al que alude el contradocumento (*contrelettre*), o en ocultar la naturaleza de la operación, en cuyo caso se trata de una simulación parcial. Consecuentemente, la simulación no supone un vicio en ninguno de los elementos del contrato, sino una modificación de un contrato. La validez de la modificación depende de la licitud de ésta y de la protección de los terceros. Y por ello, la doctrina francesa mayoritariamente acude al art. 1.321 del *Code* para defender la validez del contradocumento (*contrelettre*), y por ende, de la simulación. Vid. PLANIOL y RIPERT, *Derecho Civil*, Editorial Pedagógica Iberoamericana, Méjico, 1996, pág. 834 y ss., 871 a 873, y COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, T. III, Reus, 1960, pág. 639 y ss.

Por su parte, la doctrina alemana tiende a considerar la simulación más como un vicio de voluntad. Vid. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, T. I, Reus, Madrid, 1999, pág. 198 a 202; ENNECERUS y NIPPERDEY, *Tratado de Derecho Civil*, T. I, 2º, vol. 1º, Parte General, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1981, pág. 318 y ss., y FLUME, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho Civil*, T. 2º, 4ª ed., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pág. 482 a 493. En el mismo sentido se pronuncia parte de la doctrina italiana. Vid. CANDIAN, *Instituciones de Derecho Privado*, 1ª ed. en español, Uteha, 1961, Méjico, pág. 162 y ss.

ción. Si las partes no hubieran querido celebrar el contrato simulado, éstas no habrían prestado su consentimiento.

Supuesto bien distinto es que las partes no hayan alcanzado un acuerdo simulatorio, en cuyo caso habría un disenso, y se podría alegar la inexistencia del consentimiento, error en éste o incluso dolo, en función del conocimiento y voluntad del contratante que prestó el consentimiento y de la actuación del otro contratante. Pero en el supuesto común de simulación, que es el analizado aquí, dicha posible intimidación, violencia, dolo o error no concurren.

Un segundo elemento que concurre en la simulación es el acuerdo simulatorio. Acuerdo que normalmente será previo a la celebración del acuerdo simulado. En efecto, en la mayoría de los supuestos, antes de celebrar un negocio aparente, las partes acuerdan el verdadero negocio que quieren celebrar entre ellas. Aunque puede haber supuestos en que dicho acuerdo sea sobrevenido, por un cambio en la voluntad de los contratantes. Dicho supuesto no es el más frecuente y además puede ser considerado una novación contractual de común acuerdo sobre el contenido del contrato previamente celebrado.

El acuerdo simulatorio no es más que una modificación del contrato declarado frente a terceros. Los problemas que surgen en torno a este acuerdo simulatorio son variados. En primer lugar, el acuerdo simulatorio será verbal y por ello difícil de probar. Lo cual es una lógica consecuencia de la voluntad de las partes de conservar la apariencia del contrato simulado.

En segundo lugar, dicho acuerdo carece de sustantividad propia como contrato. Es decir, su único objeto es la ineficacia o modificación del contrato simulado. De hecho, aunque usualmente no haya constancia del acuerdo simulatorio, es de suponer que el contenido del mismo será una remisión completa al contrato simulado, excepto en los aspectos que efectivamente se modifiquen. Así, en el caso de las donaciones encubiertas, será el carácter gratuito o casi gratuito del mismo. Consecuentemente, el objeto —y generalmente el resto de las estipulaciones contractuales— del contrato simulado y del acuerdo simulatorio serán los mismos.

Por tanto, parece que el acuerdo simulatorio no es más que una parte del contenido del contrato efectivamente celebrado. Consecuentemente, habría que concluir que el fenómeno simulatorio no afecta ni al consentimiento, ni a la causa. No se trataría de un vicio en un elemento esencial del contrato. Y ello porque tanto la voluntad como la causa no están viciadas. La voluntad se formó libremente y sin error. La causa existe y se presume válida al amparo del art. 1.277 del CC.

El tercer elemento de la simulación es el engaño (36). Ésta es la finalidad característica del fenómeno simulatorio, concurriendo tanto en el contrato

(36) Vid. Díez-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, op. cit., pág. 316, o LASARTE, *Curso de Derecho Patrimonial. Introducción al Derecho*, op. cit., pág. 467;

simulado como en el acuerdo simulatorio. Con independencia de que dicha finalidad encaje con el concepto de causa (37), esta única finalidad supone cuanto menos un indicio importante de la existencia de un solo contrato.

Las partes contratantes celebran un contrato (38) integrado por dos declaraciones: el contrato simulado y el acuerdo simulatorio. En efecto, si se examina detenidamente el acuerdo simulatorio se puede concluir que éste no tiene una causa, ni un objeto, ni un consentimiento distinto del contrato simulado. No tiene sentido que los mismos contratantes celebren conscientemente dos contratos sobre el mismo objeto con distinta causa, puesto que la contraprestación del contrato posterior únicamente se podrá ejecutar si deviene ineficaz en el contrato previo.

Así, en las donaciones encubiertas, la causa del contrato de compraventa simulado no es la contraprestación del precio sino un ánimo de liberalidad. Y para alcanzar dicho acuerdo hay que modificar el contrato simulado mediante el acuerdo simulatorio, transformando la compraventa en una donación. El contrato de compraventa constituye una mera apariencia para conseguir los fines más o menos defraudatorios (normalmente menor tributación o defraudación de los derechos hereditarios), que los contratantes persiguen. La causa en el fenómeno simulatorio podría concluirse que es única, puesto que el contrato simulado y el acuerdo fijan una única contraprestación o ánimo de liberalidad en su caso.

Respecto al objeto, es obvio que es el mismo en el contrato simulado y en el acuerdo simulatorio, ya que el acuerdo simulatorio modifica el contrato simulado, bien generando su ineficacia, bien alterando sus estipulaciones contractuales. Por tanto, el acuerdo simulatorio solamente puede cumplir su función modificadora si versa sobre el mismo objeto que el contrato simulado.

Lo mismo debe predicarse del consentimiento, puesto que recae sobre el objeto y la causa del contrato. Y como se ha explicado, el objeto y la causa del contrato simulado y del acuerdo simulatorio son los mismos. Consecuentemente, hay un único contrato con sus tres elementos esenciales que se manifiestan en dos declaraciones distintas: acuerdo simulatorio y contrato

STS de 29 de marzo de 1993 (*RJ* 1993\2532), STS de 3 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004\6870), STS de 23 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004\7386) y STS de 11 de febrero de 2005 (*RJ* 2005\1918).

(37) *Vid.* LALAGUNA, *Sobre la causa en los contratos*, en «Centenario del CC», Madrid, 1989, pág. 293 y ss., o ALONSO PÉREZ, *El error sobre la causa*, en «Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Castán Tobeñas», III, Gómez, S. L., Pamplona, 1969, pág. 9 y ss. No obstante, la causa no es objeto de este artículo y por eso no se analiza con mayor profundidad.

(38) Aunque nuestra jurisprudencia se refiere a la existencia de dos contratos para justificar la alusión a la ineficacia del art. 1.275 del CC y a la nulidad del art. 1.276 del CC. En dichos casos se refieren al contrato simulado, y no al disimulado. *Vid.* STS de 9 de mayo de 1988 (*RJ* 1988\4048) y STS de 29 de noviembre de 1989 (*RJ* 1989\7921).

simulado. Por ello, si la causa y el objeto del contrato simulado y del acuerdo simulatorio son los mismos, el consentimiento también necesariamente tiene que ser el mismo.

Por tanto, el fenómeno simulatorio se reduce a un contrato recogido en dos medios distintos que han de ser examinados conjuntamente, porque ambos medios forman el contrato. Y dicho contrato no existe sin cualquiera de estos elementos integrantes: el contrato simulado y el acuerdo simulatorio.

Esta conclusión sobre la existencia de un único contrato en la simulación, puede comprobarse analizando la existencia autónoma del contrato simulado y el acuerdo simulatorio. Aunque los contratantes hayan declarado su voluntad para formalizar el contrato simulado, la verdadera voluntad de los contratantes no es su perfección, si no la de su sometimiento a un contenido obligacional que no está íntegramente recogido en el contrato simulado. Su consentimiento es sobre una causa que no coincide con lo recogido en el contrato simulado. Luego no habría consentimiento en el contrato simulado, y éste no existiría conforme el art. 1.261 del CC.

Su causa tampoco existiría sin el acuerdo simulatorio, ya que ésta es la recogida en el acuerdo simulatorio. Y lo mismo puede predicarse del acuerdo simulatorio. Su finalidad es la modificación o la ineficacia del contrato simulado. Si éste no existe, no tendría sentido la celebración del acuerdo simulatorio. Consecuentemente, tanto el contrato simulado como el acuerdo simulatorio no existirían el uno sin el otro conforme el art. 1.261 del CC, al faltarles sus elementos esenciales.

Por ello, el fenómeno simulatorio no es más que la concurrencia de dos declaraciones contractuales de un mismo consentimiento, y no un vicio en sus elementos esenciales. Y como tal, su eficacia se limita al valor jurídico que debe asignarse a declaraciones que, pudiendo ser contradictorias, forman parte de una única voluntad y consentimiento. Y ello tiene la importante repercusión práctica de aplicar una normativa diferente a la postulada por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias.

Por consiguiente, los efectos de la simulación dependen de la relación entre dichas declaraciones. Debido a que la voluntad es única y ambas declaraciones responden a dicha voluntad (aunque puedan resultar contradictorias entre sí), habría que atender a qué declaración prevalece y la protección de terceros, distinguiendo varios ámbitos de eficacia (39).

(39) Esta solución, aunque con distinto resultado, es esbozada por LASARTE. Este autor distingue varios ámbitos de eficacia en función de los siguientes principios: *a)* La validez del negocio simulado frente a terceros; *b)* La validez del negocio disimulado *inter partes* en el caso de la simulación relativa, siendo ineficaz el contrato simulado. En el caso de la simulación absoluta es inexistente tanto el negocio simulado como el disimulado entre los contratantes; *c)* En términos generales, la voluntad real debe prevalecer sobre la simulada entre los contratantes, mientras que frente a terceros debe de primar la voluntad

A este respecto, habría que tener en cuenta que la declaración del contrato simulado en las donaciones encubiertas de bienes inmuebles se recoge habitualmente en una escritura pública, para que la transmisión de la propiedad acceda al Registro de la Propiedad. Al ser el contrato simulado de compraventa un documento público conforme el art. 1.216 del CC, el acuerdo simulatorio, es decir, la donación, sólo tendría efectos *inter partes*, siendo inoponible frente a terceros. Por tanto, el contrato disimulado sería válido y sus efectos estarían limitados a las partes contratantes. Asimismo, el contrato simulado sería válido y tendría efectos *erga omnes* al ser precisamente inoponible el acuerdo simulatorio.

Las consecuencias descritas derivarían, entre otras cosas, de aplicar la teoría de los actos propios reconocida jurisprudencial y doctrinalmente para otros supuestos (40). Pero también por expreso mandato del art. 1.230 del CC, que establece la inoponibilidad del acuerdo simulatorio si éste está recogido en documento privado y el contrato simulado en documento público. En el caso de incompatibilidad manifiesta entre ambos tipos de eficacia debería prevalecer la eficacia frente a terceros sobre la eficacia *inter partes*. Es decir, se produciría una eficacia *inter partes* del acuerdo simulatorio en tanto en cuanto no sea incompatible con la necesaria protección de terceros de buena fe. La voluntad de las partes, expresada en el acuerdo simulatorio, no puede ser totalmente ignorada cuando su causa es lícita.

En los casos de simulación absoluta, el contrato simulado tendría efectos frente a terceros como resultado de la legítima protección de los terceros y la doctrina de los actos propios (41). La ineficacia acordada por las partes no

simulada, puesto que es la que conocen. Cfr. LASARTE, *Curso de Derecho Patrimonial. Introducción al Derecho*, op. cit., pág. 467 y 468.

(40) Así ocurre en supuestos de nulidad contractual. Parece que es posible aplicar la doctrina de los actos propios a los supuestos de simulación relativa, según nuestra jurisprudencia. Vid. STS de 30 de octubre de 1995 (RJ 1995\7851), STS de 23 de noviembre de 2001 (RJ 2001\9513) y STS de 17 de febrero de 2005 (RJ 2005\1301). Para ello el contrato simulado debe ser inequívoco y contrario a la actuación posterior de los contratantes. Mas nuestra jurisprudencia es reacia a aplicar la doctrina de los actos propios a la simulación absoluta, porque entiende que el contrato simulado es nulo. Y ello porque generalmente se considera que esta doctrina no permite convalidar actos nulos, vid. STS de 28 de octubre de 2003 (RJ 2003\7770). Aunque podría sostenerse lo contrario, como se ha expuesto en este artículo. Esta postura jurisprudencial podría ser objeto de matización, ya que parece legítimo proteger las legítimas expectativas de terceros de buena fe, impidiendo que los contratantes que han producido el engaño se beneficien de éste en perjuicio de los terceros. Asimismo, se contempla genéricamente esta posibilidad de aplicar la doctrina de los actos propios a contratos nulos en la STS de 26 de julio de 2000 (RJ 2000\9177). Vid. LASARTE, *Principios de Derecho Civil*, T. I, 10ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 347.

(41) Es curioso constatar que en los supuestos de simulación absoluta, ni la doctrina ni la jurisprudencia se pronuncian sobre los efectos del contrato simulado o del acuerdo simulatorio. Y es que, ¿del acuerdo simulatorio no podrían surgir derechos y obligaciones para las partes? Aunque no es el objeto de este artículo, parece que en la simulación

podría perjudicar a terceros. Las contratantes han celebrado un acto con efectos jurídicos oponible a terceros. Los terceros han podido confiar legítimamente respecto a la existencia y contenido de derechos y obligaciones del contrato simulado. Lo injusto sería precisamente amparar el resultado perseguido por los contratantes en perjuicio de terceros de buena fe, máxime cuando en la mayoría de estos supuestos los intereses de los contratantes son cuanto menos espurios, como admite la mayoría de la doctrina.

Todo ello sin olvidar cualquier otra norma específica que pudiera ser aplicable, como la norma que se pretenda eludir en los casos de fraude de ley, según el art. 6.4 del CC (42).

A su vez, conviene señalar que los supuestos de donaciones encubiertas podrán ser considerados en la mayoría de las ocasiones como una calificación incorrecta del negocio por parte de los contratantes. Error consciente que persigue generalmente un fraude de ley: una tributación menor al amparo de los arts. 7 y 11 del TRILPT. Pero como reitera nuestra jurisprudencia, «los contratos son lo que son, y no lo que digan las partes» (43), por lo que podría recalificarse el contrato con una eficacia *erga omnes* conforme a la verdadera naturaleza del contrato celebrado. Naturaleza del contrato que se determinaría según los artículos del CC relativos a la interpretación de los contratos, siguiendo los criterios de determinación de los supuestos de donaciones encubiertas expuestos en el apartado 4.

En cualquier caso, el contrato compuesto por el contrato simulado y el acuerdo simulatorio no tendría efecto alguno cuando su causa es ilícita al amparo del art. 1.275 del CC. Por ejemplo, en los supuestos de fraude de acreedores.

4. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE DONACIONES DE INMUEBLES ENCUBIERTAS

La determinación de la existencia de una donación encubierta es una cuestión de hecho (44), que debido a la dificultad probatoria motivada por

absoluta también se podrían producir efectos. A su vez, se podría replantear dar validez como donaciones puras a los supuestos en los que no se produce pago alguno.

(42) Este fraude de ley tendría unos efectos más amplios a los dispuestos en el art. 16 LGT, que se restringen al ámbito tributario.

(43) Vid. STS de 10 de noviembre de 1986 (RJ 1986\6245), STS de 26 de abril de 2005 (RJ 2005\3768), STS de 16 de mayo de 2005 (RJ 2005\4003) y STS de 26 de mayo de 2005 (RJ 2005\6084); DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, V. II, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, pág. 84 y 85.

(44) Vid. STS de 23 de junio de 1962 (RJ 1962\3020), STS de 14 de febrero de 1985 (RJ 1985\533), STS de 13 de diciembre de 1993 (RJ 1993\9615), STS de 6 de marzo de 1999 (RJ 1999\2247), STS de 10 de julio de 2002 (RJ 2002\8242), STS de 3 de noviembre de 2004 (RJ 2004\6870) y STS de 2 de diciembre de 2004 (RJ 2004\7907).

la finalidad de engaño de las partes, admite la prueba de presunciones recogida en el art. 386 LEC (45). Siguiendo a la doctrina (46) y a la jurisprudencia (47), puede concluirse que los criterios de determinación son los siguientes:

- *La efectiva transmisión del bien objeto de la compraventa.* Así, en el caso de que la transmisión no se produzca de común acuerdo y sin incumplimiento, como en el caso de fraude de acreedores, no habría causa en el contrato y éste sería nulo conforme a los arts. 1.261 y 1.275 del CC. A su vez, el retraso en la transmisión puede constituir un indicio de la intención de retener el bien hasta el fallecimiento, y por tanto, de realizar una donación que defraude los correspondientes derechos hereditarios (48).
- *Los actos de las partes anteriores y posteriores a la celebración del contrato* (49). Este criterio es fruto de la aplicación del art. 1.282 del CC. La compraventa y la donación tienen unos derechos y obligaciones distintos. Los contratantes, para cumplir cada contrato, actuarán de forma distinta. Así en el caso de una donación encubierta bajo la forma de compraventa, el transmitente no reclamará el precio establecido en la compraventa. Hay otros hechos que pueden resultar clarificadores como el hecho de que no se liquide el ITP, que no se inscriba en el Registro de la Propiedad, etc. Los actos previos a la celebración del contrato también pueden ser relevantes para determinar la existencia de una donación encubierta. Así en las donaciones remuneratorias hay unos actos o servicios previos a la donación realizados por el donatario que suponen la existencia de unas deudas no exigibles que motivaron la donación (50).
- *La estipulación en la compraventa de un precio muy inferior al de mercado* (51). En efecto, en una economía de libre mercado, los con-

(45) Vid. STS de 5 de noviembre de 1988 (RJ 1988\8418), STS de 22 de febrero de 1991 (RJ 1991\1590), STS de 29 de marzo de 1993 (RJ 1993\2532), STS de 27 de noviembre de 2000 (RJ 2000\9317) y STS de 11 de febrero de 2005 (RJ 2005\1918).

(46) Vid. DURÁN RIVACOBÁ, *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2003, pág. 98 a 102.

(47) Vid. STS de 19 de noviembre de 1987 (RJ 1987\8408), STS de 29 de diciembre de 2000 (RJ 2000\714), STS de 25 de septiembre de 2003 (RJ 2003\7004) y STS de 11 de febrero de 2005 (RJ 2005\1918).

(48) Vid. STS de 31 de diciembre de 1999 (RJ 1999\9622). En este caso podría haber otros intereses distintos del fraude fiscal, como intentar defraudar la legítima de otros herederos forzosos.

(49) Vid. STS de 22 de febrero de 1991 (RJ 1991\1590) y STS de 6 de octubre de 1994 (RJ 1994\7459).

(50) Vid. STS de 21 de enero de 1993 (RJ 1993\481).

(51) Vid. STS de 19 de diciembre de 1990 (RJ 1990\10312) y STS de 22 de febrero de 1991 (RJ 1991\1590), entre otras.

tratantes intentan conseguir el máximo beneficio para ellos. El hecho de que aparentemente no haya ninguna justificación para obtener un menor beneficio, constituye un indicio claro de que en el contrato concurre un ánimo de liberalidad. El cual, es un elemento integrante de la donación y no de la compraventa.

- *No entrega del precio fijado en el contrato de compraventa.* El hecho de que los contratantes, de común acuerdo, decidan no entregar el precio estipulado, refleja que su verdadera voluntad era la gratuidad de la transmisión (52). Gratuidad que es la finalidad propia de la donación conforme el art. 618 del CC y no de la compraventa, según el art. 1.445 del CC.
- *La relación personal entre los contratantes puede originar un ánimo de liberalidad.* Por ello, la mayoría de las donaciones se producen entre parientes. En casos en que no haya una justificación para la liberalidad, ésta puede presuponerse de la relación personal entre los contratantes (53).
- *La literalidad del contrato* (54). De ésta puede también extraerse la voluntad de los contratantes. Este criterio habría que aplicarlo en virtud del art. 1.281 del CC. Mas hay que tener en cuenta que en la simulación, la verdadera voluntad de las partes no se recoge en exclusiva en el contrato simulado. Por ello, habría que acudir también al acuerdo simulatorio, y por tanto, al resto de indicios, para conocer la verdadera voluntad de las partes. En caso contrario, este criterio conduciría siempre a la contradictoria conclusión de que en la simulación, el contrato simulado es el querido por las partes, cuando por el mismo concepto de simulación, dicho contrato es solamente un instrumento para crear la apariencia que cumple la finalidad de engaño de la simulación.
- *Las circunstancias concretas de cada caso.* Así, una situación de insolvencia (55) previa o posterior del transmitente puede ser un indicio de una voluntad de fraude de acreedores, y por ende de nulidad de la compraventa en virtud de los arts. 1.255 y 1.275 del CC. Pero en el supuesto de donaciones encubiertas bajo la forma de compraventas

(52) Vid. STS de 13 de diciembre de 1993 (*RJ* 1993\9615), STS de 6 de octubre de 1994 (*RJ* 1994\7459) y STS de 11 de febrero de 2005 (*RJ* 2005\1918).

(53) Vid. STS de 23 de septiembre de 1989 (*RJ* 1989\6352), STS de 29 de marzo de 1993 (*RJ* 1993\2532), STS de 13 de diciembre de 1993 (*RJ* 1993\9615), STS de 6 de octubre de 1994 (*RJ* 1994\7459), STS de 2 de abril de 2001 (*RJ* 2001\6643), STS de 3 de diciembre de 2004 (*RJ* 2004\1918) y STS 11 de febrero de 2005 (*RJ* 2005\1918), entre otras.

(54) Vid. STS de 19 de diciembre de 1990 (*RJ* 1990\10312), o STS de 10 de febrero de 2005 (*RJ* 2005\1405).

(55) Vid. STS de 3 de diciembre de 1988 (*RJ* 1988\9297), STS de 6 de octubre de 1994 (*RJ* 1994\7459) o STS de 2 de abril de 2001 (*RJ* 2001\6643).

puede deducirse de otras muchas circunstancias como la constitución de un usufructo previo a la celebración de la compraventa, la tributación menor de la compraventa, etc.

5. CONCLUSIÓN

1. *No hay una regulación específica y completa de la simulación (56), pero nuestra doctrina y jurisprudencia (57) entienden mayoritariamente que la regulación referente a la causa del CC es la aplicable al fenómeno simulatorio, por cuanto éste es un vicio causal del contrato.* A su vez, hay algún autor que considera que la simulación es un vicio del consentimiento por la divergencia que se produce entre la declaración y la voluntad (58).

2. *Para determinar la existencia de una donación encubierta bajo la forma de compraventa, hay que atender a la concurrencia de los elementos de la simulación: la finalidad de engaño, el acuerdo simulatorio y el contrato simulado. Tales elementos sugieren que la simulación es una contradicción entre dos declaraciones contractuales que se emiten dentro de un único contrato.* En la simulación concurre un acuerdo simulatorio, una declaración contractual contradictoria con dicho acuerdo y una finalidad de engaño. Pues bien, si se examina detenidamente el acuerdo simulatorio se comprobará que éste carece de entidad propia. Y ello porque su finalidad es la modificación o ineficacia del contrato simulado. Por tanto, no puede haber acuerdo simulatorio sin la concurrencia del contrato simulado, según el art. 1.261 del CC.

El contrato simulado tiene una causa común con el acuerdo simulatorio, que es la causa del contrato que las partes han querido celebrar. Esta causa común se recoge en el acuerdo simulatorio. Luego si no hay acuerdo simulatorio no hay causa en el contrato simulado y éste es nulo conforme el art. 1.261 del CC.

Por otro lado, la voluntad negocial es única en el fenómeno simulatorio y está recogida en ambas declaraciones. La valoración de una sola de ellas implica que tampoco haya consentimiento, y por tanto contrato, según el art. 1.261 del CC. Y ello porque los contratantes consienten el contrato recogido en el acuerdo simulatorio y en el contrato simulado, y no lo estipulado en uno sólo de ellos. De ahí que parte de la doctrina considere la simulación como un vicio del consentimiento.

(56) Vid. DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 335.

(57) Vid. Díez PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil, op. cit.*, pág. 317, y LASARTE, *Curso de Derecho Patrimonial. Introducción al Derecho*, pág. 467, y STS de 29 de noviembre de 1989 (RJ 1989\7921), entre otras.

(58) Vid. ESPÍN, *op. cit.*, pág. 524 y 525.

Por ello, puede apreciarse que ni el contrato simulado ni el acuerdo simulatorio tienen existencia autónoma. Este hecho, junto a que el contrato simulado y el acuerdo simulatorio tienen una causa común, los mismos contratantes, y a que en el caso de la simulación relativa, el acuerdo simulatorio se remite al contrato simulado para completar el contenido del contrato disimulado, dejan entrever que hay un solo contrato en el fenómeno simulatorio. En ese caso, no sería un vicio causal, y por ende, no se aplicarían los arts. 1.274 y ss. del CC.

3. *Hay distintos ámbitos de eficacia en la simulación en función de los efectos de las declaraciones contractuales.* En los supuestos de simulación relativa habría que atender a los arts. 1.218 y siguientes del CC. Sobre todo para los supuestos de donaciones encubiertas de inmuebles, en los que usualmente el contrato simulado se otorga en escritura pública y el acuerdo simulatorio se perfecciona en documento privado.

Conforme al art. 1.230 del CC, el acuerdo simulatorio es inoponible, y por tanto, ineficaz frente a terceros. Pero éste sí produciría plenos efectos entre los contratantes. Estos efectos son objeto de modulación en los casos en los que además de ser una simulación, se produce también un fraude de ley, como suele acontecer en el supuesto de donaciones encubiertas de inmuebles bajo la forma de compraventas.

En este supuesto concreto habría dos ámbitos de eficacia contractual. El primero estaría circunscrito a los contratantes. En él, la donación tendría plenos efectos y se aplicaría a su vez la norma eludida. Es decir, el art. 21 LISD que los contratantes pretenden eludir creando la apariencia de que se realiza el hecho imponible de ITP, recogido en el art. 7.1.A) TRLITP. Esta finalidad de fraude de ley persigue una menor tributación conforme a los arts. 21 LISD y 11.1.a) TRLITP. Pero este efecto del fraude de ley, en virtud del art. 6.4 del CC, ya se produce frente la Agencia Tributaria por los efectos establecidos en el art. 16 LGT.

El segundo ámbito de eficacia contractual se establece frente a terceros. Los únicos efectos que se producirían son los de la compraventa. Consecuentemente, la donación es ineficaz e inoponible frente a ellos. Estos efectos se producen en virtud del art. 1.230 del CC, y también por la aplicación de la doctrina de los actos propios y la legítima confianza de los terceros. A su vez, habría que tener en cuenta los efectos del fraude de ley en el caso de que éste se produzca.

Los distintos ámbitos de eficacia únicamente podrían coexistir en tanto en cuanto no sean incompatibles entre sí. En dicho supuesto debería prevalecer la protección de terceros, y por ende, la validez del contrato simulado.

En los casos de simulación absoluta, el contrato simulado tendría eficacia frente a terceros y entre las partes, en virtud de la teoría de los actos propios y de la protección de los terceros de buena fe. El contrato simulado tendría

que tener efectos entre las partes, siempre que su eficacia frente a terceros lo requiera, lo cual sucede en la mayoría de los casos.

Evidentemente, cuando la causa es ilícita, como cuando se pretende defraudar la legítima de los herederos forzosos o defraudar acreedores, no habría ningún contrato válido en ambos ámbitos de eficacia en virtud del art. 1.275 del CC.

4. *La jurisprudencia atiende a una serie de circunstancias fácticas como prueba indirecta de la existencia de una simulación.* Como remarca nuestra doctrina y jurisprudencia (59), la simulación es una cuestión fáctica con gran dificultad probatoria debido a la voluntad de engaño que concurre en ésta. Como consecuencia de esta dificultad, la jurisprudencia admite la prueba indirecta, o sea, a través de indicios (60). Por ello, además de aplicar los preceptos del CC, relativos a la interpretación de los contratos, hay que determinar una serie de indicios que permitan acreditar la existencia de una donación encubierta de inmuebles bajo la forma de compraventa (61). Dichos indicios principalmente son: un precio muy inferior al de mercado, la ausencia de pago del precio, la retención del bien, la relación de parentesco entre las partes, la literalidad del contrato y los actos de las partes posteriores y anteriores a la celebración del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, «El error sobre la causa», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Castán Tobeñas*, Gómez, S. L., Pamplona, 1969, pág. 9 a 77.
- ALBALADEJO, *Derecho Civil*, T. I, vol. 2º, 14ª ed., Bosch, Barcelona, 1996, pág. 229 a 241.
- ATAZ LÓPEZ, «Sobre el valor esencial de la forma en la aceptación de donaciones», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2º, Bosch, Barcelona, 1993, pág. 111 a 144.
- CANDIÁN, *Instituciones de Derecho Privado*, 1ª edición en español, UTEHA, Méjico, 1961, pág. 148 a 176.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, *La simulación en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1986.
- CC, *La Ley*, Madrid, septiembre de 2005.
- COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, T. III, Reus, Madrid, 1987, pág. 638 a 671.
- DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, reimpresión, 1985, pág. 333 a 377.

(59) Vid. STS de 13 de diciembre de 1993 (RJ 1993\9615) y STS de 23 de noviembre de 2004 (RJ 2004\7385), entre otras muchas.

(60) Vid. STS de 29 de diciembre de 2000 (RJ 2000\714) y STS de 25 de septiembre de 2003 (RJ 2003\7004), entre otras.

(61) Vid. DURÁN RIVACOBA, *op. cit.*, pág. 98 a 102.

- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I/1, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, pág. 114 a 116 y 309 a 319.
- *Sistemas de Derecho Civil*, vol. II, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, pág. 83 y ss.
- DURÁN RIVACOBIA, *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2003.
- DORAL GARCÍA, *El negocio jurídico ante la jurisprudencia*, Trivium, 1ª ed., Madrid, 1994, pág. 159 a 171.
- ENNECERUS y NIPPERDEY, *Tratado de Derecho Civil*, T. I, 2º, vol. 1º, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1981, pág. 318 a 329.
- ESPÍN, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. I, 8ª ed., Ederso, Madrid, 1982, pág. 128 a 133 y 512 a 550.
- FLUME, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho Civil*, T. 2º, 4ª ed., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pág. 482 a 493.
- GETE-ALONSO, *Manual de Derecho Civil, II*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 512 a 578.
- LALAGUNA, «Sobre la causa en los contratos», en *Centenario del CC*, Madrid, 1989, pág. 291 a 313.
- LACRUZ, DELGADO ECHEVERRÍA, LUNA SERRANO y otros, *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e introducción al Derecho*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2000, pág. 46 a 49 y 288 a 295.
- LASARTE, *Principios de Derecho Civil*, T. I, 10ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 296 a 304.
- *Curso de Derecho Patrimonial. Introducción al Derecho*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, pág. 466 a 490.
- LUNA SERRANO, *Elementos de Derecho Civil*, dirigidos por LACRUZ BERDEJO, T. II, vol. 2º, Dykinson, Barcelona, 1977, pág. 91 y ss.
- O'CALLAGHAN, «Compendio de Derecho Civil», T. I, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1992, pág. 477 a 481.
- PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1996, pág. 120 y ss.
- PLANIOL y RIPERT, *Derecho Civil*, Editorial Pedagógica Iberoamericana, Méjico, 1996, pág. 834 a 877.
- PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, vol. I, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1988, pág. 486 a 500.
- SCAEVOLA, *Código Civil*, T. XX, 2ª ed., Reus, Madrid, 1958, pág. 798 a 835.
- VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, T. I, Reus, Madrid, 1999, pág. 198 a 202.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

- STS de 12 de julio de 1942 (RJ 1942\912).
- STS de 16 de noviembre de 1956 (RJ 1956\4115).
- STS de 29 de octubre de 1956 (RJ 1956\3421).
- STS de 19 de diciembre de 1960 (RJ 1960\4112).
- STS de 10 de octubre de 1961 (RJ 1961\3293).

- STS de 23 de junio de 1962 (*RJ* 1962\3020).
- STS de 1 de enero de 1964 (*RJ* 1964\5572).
- STS de 14 de marzo de 1964 (*RJ* 1964\1422).
- STS de 18 de febrero de 1965 (*RJ* 1965\882).
- STS de 20 de enero de 1966 (*RJ* 1966\8).
- STS de 20 de octubre de 1966 (*RJ* 1966\4455).
- STS de 20 de diciembre de 1968 (*RJ* 1968\5890).
- STS de 23 de noviembre de 1971 (*RJ* 1971\4975).
- STS de 16 de febrero de 1976 (*RJ* 1976\5487).
- STS de 4 de octubre de 1976 (*RJ* 1976\4750).
- STS de 10 de noviembre de 1980 (*RJ* 1980\4750).
- STS de 22 de diciembre de 1981 (*RJ* 1981\9615).
- STS de 31 de mayo de 1982 (*RJ* 1982\2614).
- STS de 14 de febrero de 1985 (*RJ* 1985\533).
- STS de 20 de diciembre de 1985 (*RJ* 1985\6604).
- STS de 10 de noviembre de 1986 (*RJ* 1986\6245).
- STS de 19 de noviembre de 1987 (*RJ* 1987\8408).
- STS de 22 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987\9648).
- STS de 9 de mayo de 1988 (*RJ* 1988\4048).
- STS de 5 de noviembre de 1988 (*RJ* 1988\8418).
- STS de 28 de octubre de 1988 (*RJ* 1988\7746).
- STS de 2 de diciembre de 1988 (*RJ* 1988\9292).
- STS de 3 de diciembre de 1988 (*RJ* 1988\9297).
- STS de 18 de julio de 1989 (*RJ* 1989\5715).
- STS de 23 de septiembre de 1989 (*RJ* 1989\6352).
- STS de 29 de noviembre de 1989 (*RJ* 1989\7921).
- STS de 19 de diciembre de 1990 (*RJ* 1990\10312).
- STS de 22 de febrero de 1991 (*RJ* 1991\1590).
- STS de 1 de octubre de 1991 (*RJ* 1991\7458).
- STS de 13 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991\9004).
- STS de 19 de noviembre de 1992 (*RJ* 1992\9417).
- STS de 21 de enero de 1993 (*RJ* 1993\481).
- STS de 29 de marzo de 1993 (*RJ* 1993\2532).
- STS de 5 de abril de 1993 (*RJ* 1993\2791).
- STS de 7 de mayo de 1993 (*RJ* 1993\3465).
- STS de 24 de mayo de 1993 (*RJ* 1993\4784).
- STS de 13 de diciembre de 1993 (*RJ* 1993\9615).
- STS de 6 de octubre de 1994 (*RJ* 1994\7459).
- STS de 22 de febrero de 1995 (*RJ* 1995\1700).
- STS de 30 de octubre de 1995 (*RJ* 1995\7851).
- SAP de Tarragona de 26 de noviembre de 1997 (*AC* 1997\2592).
- STS de 30 de diciembre de 1998 (*RJ* 1998\9982).

- STS de 6 de marzo de 1999 (*RJ* 1999\2247).
- STS de 6 de abril de 1999 (*RJ* 1999\2656).
- STS de 9 de mayo de 1999 (*RJ* 1999\4048).
- STS de 15 de junio de 1999 (*RJ* 1999\4474).
- STS de 19 de diciembre de 1999 (*RJ* 1999\10512).
- STS de 31 de diciembre de 1999 (*RJ* 1999\9622).
- STS de 26 de julio de 2000 (*RJ* 2000\9177).
- STS de 27 de noviembre de 2000 (*RJ* 2000\9317).
- STS de 29 de diciembre de 2000 (*RJ* 2000\714).
- STS de 2 de abril de 2001 (*RJ* 2001\6643).
- SAP de Toledo de 2 de abril de 2001 (*JUR* 2001\179600).
- STS de 23 de noviembre de 2001 (*RJ* 2001\9513).
- STS de 18 de marzo de 2002 (*RJ* 2002\2663).
- STS de 8 de junio de 2002 (*RJ* 2002\5372).
- STS de 15 de junio de 2002 (*RJ* 2002\8709).
- STS de 2 de julio de 2002 (*RJ* 2002\8242).
- STS de 30 de abril de 2003 (*RJ* 2003\3085).
- STS de 25 de septiembre de 2003 (*RJ* 2003\7004).
- STS de 28 de octubre de 2003 (*RJ* 2003\7770).
- STS de 26 de julio de 2004 (*RJ* 2004\6633).
- STS de 3 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004\6870).
- STS de 23 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004\7386).
- STS de 2 de diciembre de 2004 (*RJ* 2004\7907).
- STS de 3 de diciembre de 2004 (*RJ* 2004\1918).
- STS de 10 de febrero de 2005 (*RJ* 2005\1405).
- STS de 11 de febrero de 2005 (*RJ* 2005\1918).
- STS de 17 de febrero de 2005 (*RJ* 2005\1301).
- STS de 26 de abril de 2005 (*RJ* 2005\3768).
- STS de 16 de mayo de 2005 (*RJ* 2005\4003).
- STS de 26 de mayo de 2005 (*RJ* 2005\6084).

RESUMEN

SIMULACIÓN DONACIÓN ENCUBIERTA

La simulación de donaciones encubiertas es un supuesto de hecho al que se enfrentan nuestros tribunales con bastante frecuencia. Sin embargo, no hay una regulación específica sobre la misma. La doctrina y jurisprudencia mayoritarias consideran la simulación como un vicio

ABSTRACT

SIMULATION CONCEALED GIFT

It is a fact that people simulate contracts in order to conceal gifts. Our courts often have to deal with such cases. However, there is no specific regulation on the topic. Most case law and doctrine regard simulation as a defect of contract cause, or, to be more speci-

de la causa, y en concreto, como casos de causa falsa (simulación relativa) o de causa inexistente (simulación absoluta).

Un análisis detenido de los elementos de la simulación sugiere que en este fenómeno hay un único contrato compuesto por dos declaraciones que manifiestan una única voluntad. La consecuencia de ello es que la simulación no se trata de un vicio en la causa ni en la voluntad, como parte de la doctrina sostuvo. La simulación no supone un vicio en los elementos del contrato, sino simplemente la coexistencia de dos declaraciones contractuales voluntarias: una inter partes y otra frente a terceros.

La eficacia de la simulación pasa entonces por discernir cuál de dichas declaraciones debe prevalecer en el caso de que no puedan coexistir. Conforme apunta parte de la doctrina, podría distinguirse dos ámbitos de eficacia: uno inter partes y otro frente a terceros.

En el caso de simulación relativa, el contrato simulado debería ser eficaz frente a terceros, entre otras razones, por la protección de los terceros de buena fe y la teoría de los actos propios. El acuerdo simulatorio sólo tendría efectos inter partes. En los casos de simulación absoluta, debido a que el acuerdo simulatorio niega la eficacia del contrato simulado, la solución habitual será dar eficacia al contrato simulado erga omnes, puesto que ambas declaraciones contractuales son incompatibles. Y es que en los supuestos que eso suceda, parece que hay que dar preferencia a las legítimas expectativas de terceros de buena fe sobre los intereses espurios de las partes.

Evidentemente, en los supuestos en los que la causa sea ilícita, como en los casos de fraude de acreedores o de derechos hereditarios, el contrato no tendría efectos en virtud del artículo 1.275 del Código Civil.

A su vez, no conviene olvidar que muchos supuestos constituirán un fraude de ley, y que por ello habrá que aplicar

fic, as a case of false cause (in relative simulation) or non-existent cause (in absolute simulation).

A careful analysis of the elements of simulation suggests that in this phenomenon there is a single contract made up of two statements declaring a single intention. Therefore, simulation does not constitute a defect of contract cause or, as some doctrine used to hold, a defect of contract intention. Simulation does not involve any defect in the elements of the contract at all; it simply involves the coexistence of two voluntary contractual statements, one made between the parties to the simulation and one made vis-à-vis third persons.

So, the efficacy of a simulation depends on our discerning which of the statements should prevail if both statements cannot coexist. As some doctrine points out, we could make out two spheres of efficacy: one between the parties to the simulation and another vis-à-vis third persons.

In the case of relative simulation, the simulated contract should be effective vis-à-vis third persons. This is because of the protection accorded to third persons acting in good faith and because of the doctrine of estoppel, among other reasons. The simulating agreement, however, would have effects only between the parties to the contract. In cases of absolute simulation, because the simulating agreement denies the efficacy of the simulated contract, the usual solution is to enforce the simulated contract erga omnes, as the two contractual statements are incompatible with each other. And the fact is that when this happens, preference would seem to have to go to the legitimate expectations of third persons acting in good faith, instead of going to the spurious interests of the parties themselves.

Obviously, in cases where the cause is unlawful (such as evasion of creditors or fraud in regard to hereditary

la norma cuya aplicación se pretende evitar al amparo del artículo 6.4 del Código Civil.

Los casos concretos de donaciones encubiertas de bienes inmuebles bajo la forma de compraventas se pueden identificar siguiendo unos criterios propuestos por la jurisprudencia y la doctrina, además de las pautas de interpretación de los contratos que ofrece el Código Civil. Dichos criterios principalmente son: la transmisión efectiva del bien inmueble, un precio inferior al de mercado, la relación personal entre las partes, la ausencia del pago del precio y los actos de las partes anteriores y posteriores a la celebración del contrato.

rights), the contract would be void under section 1275 of the Civil Code.

And yet we should not forget that many cases will actually constitute evasion of the law, and for that reason, under section 6.4 of the Civil Code, the rule or regulation the parties are trying to evade will have to be applied.

Cases of gifts concealed in the guise of purchases can be identified by following certain criteria proposed by case law and doctrine, in addition to the contract interpretation guidelines offered by the Civil Code. These criteria are mainly the actual transfer of the real estate; a below-market price; the personal relationship between the parties; non-payment of the price; and the acts of the parties before and after the contract is concluded.

(Trabajo recibido el 7-1-2009 y aceptado para su publicación el 7-12-2009)