

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

TESIS DOCTORAL

EL NEGOCIO JURIDICO SIMULADO

LUIS SERGIO PARRAGUEZ RUIZ

Dirigida por el Profesor
Dr. D. JOSÉ ANTONIO MARTÍN PÉREZ

SALAMANCA, 2012

Vº Bº del Director

Fdo _____

Prof. Dr. D. José Antonio Martín Pérez

Fdo _____

Luis Sergio Parraguez Ruiz

ÍNDICE

Abreviaturas más usadas	XIII
Introducción	1

CAPÍTULO PRIMERO

A modo de aproximación: voluntad y negocio jurídico

1. El papel genético de la voluntad en el negocio jurídico.....	5
2. Una aproximación de valor jurídico al proceso volitivo.....	7
3. El consentimiento.....	10
4. Manifestación y declaración de voluntad.....	12
5. Seriedad y rectitud de la manifestación de voluntad.....	20
6. La necesidad de correspondencia entre la voluntad real y la voluntad declarada.....	24

CAPÍTULO SEGUNDO

Noción y modalidades de simulación

7. El concepto de simulación.....	32
8. El acuerdo simulatorio.....	39

9. Simulación absoluta del negocio jurídico.....	48
10. La simulación relativa.....	50
11. Simulación relativa parcial o de elementos del negocio	52
12. La interposición de persona.	53

CAPÍTULO TERCERO

Sobre la naturaleza jurídica de la simulación

13. Planteamiento.....	58
14. Licitud de la simulación.	59
15. La simulación es un vicio del negocio, no del consentimiento negocial.	61
16. La doctrina francesa tradicional de las <i>contre lettres</i>	62
17. La doctrina que explica la simulación como un vicio de la causa contractual.....	65
18. La simulación contiene esencialmente una divergencia entre la intención o voluntad interna y la declaración.	70
19. La tesis de la coincidencia de voluntades (se quiere el negocio, pero no sus efectos).	75
20. ¿Una posición armonizadora?.....	78
21. ¿Uno o dos negocios jurídicos?	82

CAPÍTULO CUARTO

Los efectos de la simulación

22. Plan de exposición.	86
------------------------------	----

I. EFECTOS RELATIVOS AL NEGOCIO MISMO

23. Una breve revisión preliminar acerca de la inexistencia del negocio jurídico.....	87
24. La tesis de la inexistencia del negocio simulado.	95
25. Tesis de la nulidad del negocio.	101
26. Tesis que niegan la nulidad del negocio.....	108

II. EFECTOS DE LA SIMULACIÓN ENTRE LAS PARTES

27. Planteamiento.....	110
28. Efectos de la simulación absoluta entre las partes.....	111
29. Efectos de la simulación relativa inter partes.	112
30. Limitación del efecto restitutorio con relación a los terceros de buena fe....	113

III. EFECTOS DE LA SIMULACIÓN RESPECTO DE TERCEROS

31. Referencia previa a la confianza y la doctrina de la apariencia.....	114
32. Precisión de la noción de tercero.	116
33. El derecho de opción de los terceros de buena fe en función de sus concretos intereses.....	117
34. Conflicto de intereses entre terceros de buena fe.	122

CAPÍTULO QUINTO

Ámbito negocial de la simulación

35. Presentación del tema.....	126
--------------------------------	-----

I. SIMULACIÓN Y DECLARACIONES RECEPTCIAS

36. La declaración recepticia.....	129
37. La tesis negativa de Ferrara en el contexto normativo de su época.....	130
38. La simulación puede darse en los negocios unilaterales recepticios.....	131

II. DECLARACIONES NO RECEPTCIAS. EL TESTAMENTO.

39. ¿Es posible simular cualquier negocio unilateral?.....	134
40. La situación particular del testamento.	135
41. Los artículos 755 y 767 del Código civil.	138

III. SIMULACIÓN Y OTRAS VARIAS FIGURAS

42. Simulación y contrato de sociedad.....	140
43. Simulación y mandato simple o sin representación.....	144
44. Simulación y cesión de crédito.	149
45. Simulación y vitalicio.....	151
46. Simulación y contrato de transacción.....	152

47. Simulación y leasing financiero.	153
48. Simulación y contrato de trabajo	156
49. Simulación y capitulaciones matrimoniales	157

CAPÍTULO SEXTO

La donación disimulada

50. Presupuestos.....	160
51. El caso particular de la donación remuneratoria encubierta.....	168

CAPÍTULO SÉPTIMO

Simulación y matrimonio

52. Planteamiento.....	175
53. La doctrina que niega la posibilidad de un matrimonio simulado	176
54. El argumento del interés familiar.	177
55. El argumento del cumplimiento de solemnidades legales.	181
56. El argumento de la intervención del oficial público.	181
57. Una nueva tesis que excluiría la simulación matrimonial: <i>el vaciamiento del concepto de matrimonio</i> . Regreso sobre el consentimiento matrimonial.	187
58. ¿Matrimonio fiduciario?	192
59. La aceptación del matrimonio simulado.	194
60. Normativa comunitaria y nacional tendiente a combatir el matrimonio de complacencia o simulado para efectos de obtener o conservar la residencia. ...	199

61. Una escasa jurisprudencia nacional	204
62. Prueba de la simulación matrimonial.....	207

CAPÍTULO OCTAVO

Simulación y negocio fiduciario

63. Concepto de negocio fiduciario.	213
64. Caracteres del negocio fiduciario. Paralelo con la simulación.....	220
65. El negocio fiduciario es un negocio real y querido por las partes.	221
66. La complejidad del negocio fiduciario. La doctrina del doble efecto.	231
67. Crítica a la doctrina del doble efecto.	234
68. La tesis del negocio complejo con finalidad unitaria.....	238
69. El reflejo de la controversia en los derechos de fiduciante y fiduciario.	239
70. El negocio fiduciario es válido.	252
71. La <i>causa fiduciae</i> y el Real Decreto Ley 5/2005.....	254
72. La divergencia entre el fin económico perseguido y el medio jurídico empleado.	258
73. La fiducia excluye la hipótesis de fraude.	260
74. La calificación de simulado o fiduciario del negocio es una cuestión de hecho.....	262

CAPÍTULO NOVENO

La acción de simulación

75. Concepto y fundamento.	263
76. A la acción de simulación puede acumularse la pretensión de perjuicios. ..	266
77. Naturaleza jurídica de la acción de simulación.....	269

I. LEGITIMACIÓN ACTIVA

78. El interés tutelable como fundamento de la acción.	276
79. Requisitos del interés tutelable.....	279

II. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS PARTES

80. Alcance del concepto de parte del negocio.	280
81. El aparente obstáculo del principio <i>nemo auditur propriam turpitudem</i> allegans, para alegar la simulación inter partes.....	283
82. El argumento <i>venire contra factum proprium</i>	291

III. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LOS TERCEROS DE BUENA FE

83. Situación normal de los terceros	294
84. Situación de los acreedores posteriores a la simulación.	296
85. No se requiere que el daño sea actual, en el sentido de efectivamente producido.....	297

86. La buena fe del tercero se presume.....	299
---	-----

IV. POSICIÓN DE LOS TERCEROS DE MALA FE

V. LEGITIMACIÓN PASIVA

87. La acción de simulación debe dirigirse contra el o los partícipes del negocio simulado.....	302
88. Posible extensión de la acción a ciertos terceros	305

VI. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN

89. La tesis de la imprescriptibilidad.....	306
90. Tesis que admite la prescripción.	308
91. La doctrina de la prescriptibilidad de la acción de simulación en la jurisprudencia española.....	311
92. Una variante para el caso de la simulación relativa.....	313

CAPÍTULO DÉCIMO

Prueba de la simulación

93. Planteamiento de la cuestión.....	314
94. La prueba del motivo o causa simulandi.	315
95. La necesidad de probar y la carga de la prueba.....	321
96. Dos casos de excepción a las expuestas reglas sobre la carga de la	

prueba.....	328
97. Simulación y prueba de los hechos negativos.....	332

I. PRUEBA DE LA SIMULACIÓN ENTRE LAS PARTES
DEL *CONCILIUM FRAUDIS*

98. Planteamiento.....	334
99. Los medios de prueba: las contraescrituras.	335
100. Condiciones que deben reunir las contraescrituras.	340
101. Posibilidades de la prueba testimonial.....	342
102. Aplicación de la regla de facilidad probatoria (o carga dinámica de la prueba).	345

II. LA PRUEBA EN LOS JUICIOS PROPUESTOS POR TERCEROS

103. Posición de los terceros frente a la prueba de la simulación	347
104. La prueba indiciaria.....	350
105. Carácter subsidiario de la prueba indiciaria.	356
106. El uso de la prueba indiciaria es facultativo para el juez.....	358
107. No se exige que los indicios sean unívocos.....	359

III. INDICIOS QUE HAN SIDO FRECUENTEMENTE ESTIMADOS
POR LA JURISPRUDENCIA

108. Principales categorías indiciarias.....	360
--	-----

IV. ESTABLECER SI UN NEGOCIO ES O NO SIMULADO, ES UNA
CUESTIÓN DE HECHO

Conclusiones	383
Bibliografía.....	389

Abreviaturas más usadas

AP	Audiencia Provincial
AT	Audiencia Territorial
BGB	Código Civil de Alemania
Cas	Sentencia de Casación
Cas. Civ.	Casación Civil
CC	Código Civil
CC.CC	Códigos civiles
CE	Constitución española
CNCiv	Cámara Nacional Civil de Argentina
Cód	Código (del <i>Corpus iuris civilis</i>)
D	Digesto
DF	Distrito Federal
DGRN	Dirección General de los Registros y Notariado
Exp.	Expediente
FGE	Fiscalía General del Estado
G	Gaceta
GJ	Gaceta Judicial
GG.JJ.	Gacetas Judiciales
GJS	Gaceta Judicial, Serie
L	Libro (del <i>Corpus iuris civilis</i>)
LAU	Ley 29/1994, de Arrendamiento urbanos.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
pár	Párrafo
R	Repertorio
Rev.	Revista
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SAT	Sentencia de la Audiencia Territorial
se	Serie
secc	Sección
sem	Semestre
RAE	Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua

RRC	Reglamento del Registro Civil
S	Sentencia
S.C.M	Sala Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Ecuador).
SS	Sentencias
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
T	Título (sólo aplicado al Digesto)
Tít.	Título
Trib	Tribunal
Trib. Civ	Tribunal Civil
TS	Tribunal Supremo

*A María Mercedes,
mi compañera en esta maravillosa aventura*

Reconocimiento

Mi proyecto de doctorado y este trabajo en particular no habrían sido posibles sin el estímulo y las facilidades que me brindó la Universidad San Francisco de Quito, de la cual me honro en ser profesor.

*In contractibus rei veritas potius,
quam scriptura perspicere debet*
C.L.IV, T.XXIV, §1

Introducción

Podría pensarse que el tratamiento de un tema tan general como el propuesto para la presente Tesis doctoral, está condenado a muy poco más que recopilar y reiterar las ideas expuestas por un buen número de tratadistas desde que Francesco Ferrara dejara sentada la huella metodológica para su análisis.

En efecto, todos los autores que abordan con alguna autoridad la Teoría general del negocio jurídico y del contrato, destinan un espacio de importancia variable al examen de la simulación. Es el caso de Betti y Messineo, en Italia y de De Castro y Bravo en España, que ha servido, este último, de obligada referencia para aquellos que han venido al tema después de él. A ellos se suman quienes le han dedicado trabajos monográficos, como Michel Dagot, en Francia, Alberto Auricchio, en Italia, Mosset Iturraspe y Gagliardo, en Argentina, Vidal Ramírez en Perú, Coronel Jones, en Ecuador; Albaladejo, Verdura y Tuell y, sobre todo, María Carcaba Fernández, en España; además de otros que han preparado importantes artículos sobre la materia.

Sin embargo de todo lo que se ha dicho acerca de ella, la simulación del negocio jurídico, en general, tanto como del contrato y otras figuras negociales, en particular, muestra todavía bastantes áreas que, si no vírgenes, siguen reclamando la atención del jurista, ora porque reavivan las discusiones sobre temas que a pesar de su ilustre antigüedad, continúan en el tapete del debate teórico, como la inefable causa, las escarpas de la manifestación de la voluntad, o

la existente inexistencia, para citar sólo algunos, que se tienden como abrigos teóricos de la patología simulatoria; ora porque invitan a reflexiones más novedosas, que si bien enclavan su interés en la práctica forense, exhiben también dimensiones exhuberantes, con facetas que no nos eran muy conocidas antes de revisar las páginas de Muñoz Sabaté y su atractivo despliegue de la prueba indiciaria.

Sirva lo anterior para justificar los dos objetivos fundamentales que me he propuesto con el presente trabajo (además, por cierto, de intentar convencer que estoy apto para pretender un doctorado).

El primero de dichos objetivos, de acento más bien teorizante, persigue exponer la dogmática de la figura escogida, siguiendo un plan que puede calificarse de tradicional, para identificar los temas que, a mi juicio, requieren un análisis crítico del tesista y que, en mi caso particular, he concentrado principalmente en cuatro temas: la naturaleza jurídica del acuerdo simulatorio, que incluyo en el Capítulo Segundo; la naturaleza jurídica de la misma simulación, que trato en el Capítulo Tercero, de la que se derivan sus efectos jurídicos, materia del Capítulo Cuarto; y la extensión de esta patología a negocios jurídicos como el testamento, el matrimonio y otras figuras varias, que ocupan los capítulos Quinto a Séptimo, cuestiones todas estas, reitero, que no por mucho transitadas se encuentran mejor resueltas por la doctrina.

El segundo objetivo apunta a desarrollar algunos aspectos procedimentales de la simulación, desde la propia acción de simulación, que si bien adjetivos, nos transportan nuevamente al terreno sustancial de la naturaleza jurídica, hasta el tratamiento puntual de la prueba, con especial atención en la fascinante disciplina de los indicios, materias que son abordadas en los capítulos Noveno y Décimo.

El Capítulo Primero, que examina brevemente el papel de la voluntad en el negocio jurídico, tiene una función esencialmente introductoria y se justifica, a mi entender, por la necesidad de precisar las cualidades de este elemento fundamental del negocio, en el que acentúo el factor *seriedad*, para dejar trazado

el campo en el que se incardina más adelante la clásica cuestión de la discordancia entre la voluntad real y la voluntad declarada.

El tratamiento de todas las materias, como no puede ser de otra manera, pasa por el escrutinio del derecho positivo, la doctrina y la jurisprudencia, nacionales y comparados. Respecto del derecho extranjero he consultado preferentemente el francés, alemán, italiano y portugués, entre los europeos, amén de algunas normativas comunitarias; y el de los países sudamericanos (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador y Perú, preferentemente), que me resulta más familiar por su proximidad y frecuente acceso. Pero no sólo es eso, pues debe valorarse, además, el hecho de que los códigos civiles de Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Perú, son de los pocos que, con extensiones variables, le han destinado algún espacio formal a la simulación.

En cuanto al método, he optado por un enfoque sistémico que intenta combinar todas esas fuentes en un mismo discurso que muestre los flujos y reflujos de apoyo y cuestionamiento a las distintas instituciones. Nunca he sido muy partidario de la exposición compartimentada que destina un espacio para agotar la revisión del derecho nacional y un apartado especial para el derecho comparado, en el que usualmente se incurre en un listado de extensión variable que describe las características de diferentes ordenamientos jurídicos y de los que muchas veces no se extraen conclusiones. No presumo que el escogido por mí sea mejor. Simplemente me formé en esa escuela, se acomoda a mi temperamento y visión del derecho y es la que he utilizado en todos mis estudios jurídicos.

Finalmente, debo explicar los motivos de una opción.

Bien pudo este trabajo haberse concentrado en el ámbito del contrato que, sin dudas, es donde la patología simulatoria se presenta con mayor frecuencia y riqueza. De haberlo hecho así posiblemente habría descubierto casi todo lo que debe conocerse de ella, pues como dijo Messineo: “en la doctrina se suele hablar más en general de *negocio* simulado, en lugar de *contrato* simulado. Pero es

necesario advertir que las hipótesis de simulación en el negocio se comprenden **casi todas** en la materia del contrato” (la negrilla me pertenece).

Si me decidí por abordarla desde el *negocio jurídico* es porque quería indagar en los fenómenos no comprendidos en ese “casi todos”, como los negocios unilaterales y el matrimonio (sin entrar al debate sobre su naturaleza contractual); y además, porque soy de los que aún cree en el negocio jurídico y la utilidad de su teoría general, a pesar de las objeciones, fuertes algunas, como en De los Mozos, y muy relativizadas otras, como la de Galgano. Ya lo dijo Betti en su defensa: “siempre se nos planteará a los juristas el problema del valor científico y práctico de una teoría general del negocio jurídico, que, sin desconocer las diferencias de naturaleza entre varias categorías de negocios de la vida privada, trate de proporcionar a la jurisprudencia criterios y puntos de orientación que deben tenerse en cuenta al resolver las controversias que a aquellos negocios conciernen. Una teoría así construida se justifica, no ya con argumentos metodológicos extrínsecos a ella, sino con la visión superior de conjunto y el mejor y más preciso conocimiento que objetivamente nos puede ofrecer.”

Mitad del mundo, junio de 2012.

CAPÍTULO PRIMERO

A modo de aproximación: voluntad y negocio jurídico

Summa.- 1. El papel genético de la voluntad en el negocio jurídico.- 2. Una aproximación de valor jurídico al proceso volitivo.- 3. El consentimiento.- 4. Manifestación y declaración de voluntad: a) manifestación expresa, b) manifestación tácita, c) manifestación presunta y d) declaración de voluntad negligente.- 5. Seriedad y rectitud de la manifestación de voluntad.- 6. La necesidad de correspondencia entre la voluntad real y la voluntad declarada: 1) La doctrina *subjetiva* o de la voluntad real (*Willenstheorie*); 2) Doctrina objetiva o de la voluntad declarada (*Erklärungstheorie*); 3) Ni francesa ni alemana; 4) La llamada doctrina de la vigencia o la validez; 5) El eclecticismo del Código español.

1. El papel genético de la voluntad en el negocio jurídico.

Sin desconocer el hecho, cada vez más evidenciado en la doctrina moderna, de que el negocio jurídico es también, y de manera importante, un fenómeno de adecuación a las previsiones de la norma, en tanto no es suficiente para su eficacia jurídica que los sujetos convengan consecuencias de derecho, si no tienen en cuenta las reglas del ordenamiento, tampoco puede perderse de vista que la voluntad, o consentimiento, según el caso, es la médula esencial del acto jurídico, el factor crucial que lo alumbra y eleva sobre la simple categoría del hecho jurídico. Dejando momentáneamente de lado la excepcional disciplina de los negocios de forzosa concertación, que ordinariamente tienen por objeto la prestación de un servicio público, nada puede reemplazar a la voluntad en la

genética negocial, por lo menos no en el sentido de que pueda ser desplazada como exigencia para su existencia y eficacia.¹

Es cierto que en algunas ocasiones no se la divisa *prima facie*, porque la ley la infiere de determinadas circunstancias, pero además de que ello ocurre de manera excepcional, en realidad esa inferencia no la excluye ni saca una voluntad de la nada, sino que se limita a visibilizarla en la justa medida en que esas circunstancias revelan inequívocamente el específico querer de un sujeto; y, por lo mismo, no podría decirse entonces que la voluntad ha sido *suplantada* por los hechos. Porque, en definitiva, como bien acotan Ospina y Ospina, la voluntad “no puede ser suplida por elementos distintos, como sería la realización de un hecho formal del que aparentemente se pudiera inferir la existencia de dicha voluntad.”²

La manifestación de la voluntad, o la formación del consentimiento, como se presenta el elemento volitivo en los negocios bilaterales, es presupuesto primo para la propia existencia del negocio jurídico. En esta función únicamente se la exige como un dato fáctico -la sola manifestación- y no se la somete a juicios de valoración jurídica. Pero, a la vez y en un segundo momento (esta ordinación sólo tiene un valor metodológico), es requisito fundamental para que efectivamente el negocio pueda producir las consecuencias jurídicas que persiguen las partes. En este nuevo abordaje la voluntad tiene un enfoque diferente, porque ya no basta la simple constatación del *factum*, sino un esmerado escrutinio acerca de las condiciones en las que se genera y expresa. En otras palabras, una aproximación crítica para observar sus cualidades, un juicio de valor de carácter jurídico.

Esta dicotomía queda de manifiesto en los artículos 1261.1 y 1265 Cc. El primero exige el consentimiento, sin otro requisito ni calificación, para que *haya* contrato (*no hay contrato...*), con inocultable alusión a su *existencia*; mientras que el segundo reclama para su validez, *contrario sensu*, un consentimiento libre y espontáneo, desde que declara nulo el viciado por error, fuerza o dolo.

¹ Luis DIEZ-PICAZO Y Antonio GULLÓN lo confirman: “La esencia o pilar básico de todo negocio jurídico es la voluntad.” (*Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, 11ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2003, p. 476).

² Guillermo OSPINA Y Eduardo OSPINA. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Ed. Temis, Bogotá, 2000, p. 28.

Son varias las circunstancias que pueden lesionar la autenticidad, libertad y espontaneidad de la voluntad negocial, y cualquiera sea la forma en que se las examine, tienen como denominador común el hecho de que siempre provocan alguna forma de fractura entre lo representado-querido y lo manifestado por el agente. Se los denomina vicios, anomalías o patologías de la voluntad, siendo que generalmente se reserva la denominación *vicios* de la voluntad para describir el error, la fuerza y el dolo (y en algunos casos, la lesión),³ en tanto suele hablarse de simples *discordancias* o *patologías* de la voluntad, cuando se trata de anomalías de cuño diferente, como la simulación y la reserva mental.

2. Una aproximación de valor jurídico al proceso volitivo.

Antes de abordar algunas de aquellas vicisitudes, quiero ensayar una aproximación muy sencilla, con más ingredientes de sentido común que de discurso técnico, a lo que puede entenderse como una expresión libre y espontánea de la voluntad, con el objeto de identificar los momentos y espacios en los que pueden presentarse las fracturas e interferencias a que he hecho alusión. La formación de la voluntad es un proceso intelectual complejo, un *iter acti*, que pone en escena una sucesión de fases, que van desde la representación de un determinado negocio hasta el *momentum* de la manifestación del querer del sujeto, secuencia fenomenológica que tal como la expongo quizás no satisfaga a

³ La disciplina tripartita de los *vicios del consentimiento* se consolidó definitivamente en el Código francés, que remodeló el sistema de POTHIER (*Tratado de las Obligaciones*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1978, §16 a §48), en el cual el error, la fuerza y el dolo se cobijaban en la noción más amplia de *vicios que pueden encontrarse en los contratos*, formando un solo cuerpo con la lesión, el defecto de causa y el defecto de parentesco. Aunque el *Code* no utilizó la expresión *vicios del consentimiento*, autorizó de hecho su empleo, porque al enumerar las condiciones de validez de los contratos (artículo 1108), primero, aisló el consentimiento de la capacidad, el objeto y la causa y, luego, limitó sus defectos al error, la fuerza y el dolo (artículo 1109), y excluyó a la lesión como defecto general (artículo 1118), todo ello de manera muy parecida a lo que se observa en el Código español, cuyos artículos 1265 a 1270 tratan específicamente de los vicios de la voluntad (error, fuerza y dolo), aunque sin asignarles este nombre, 1271 a 1273, relativos al objeto, y 1274 a 1277 que tratan sobre la causa, con similar limitación respecto de la lesión (artículo 1293). Códigos modernos, como el italiano de 1942 (artículos 1427 y ss.) y el peruano de 1984 (artículos 201 y ss.) se refieren expresamente a los *vizi del consenso*, el primero, o vicios de la voluntad, el segundo, para aludir siempre a la trilogía que comento.

la psicología, pero que puede contribuir a ilustrar razonablemente lo que interesa al Derecho para decidir si un acto humano es efectivamente el reflejo del querer del agente.

Lo primero que importa para este efecto es que el sujeto pueda representarse de forma cabal el acto que se propone celebrar. Esta *representación* es un momento de la conciencia, un proceso intelectual de construcción de la idea del acto en cuestión, que le permite al individuo comprender, por ejemplo, que la venta de su automóvil significa obligarse a entregarlo al comprador con la consiguiente pérdida de su dominio sobre el vehículo, a cambio de lo cual recibirá una suma de dinero que justificará lo anterior. Obviamente esa representación, que tal como está expuesta tiene un cierto contenido *jurídico*,⁴ debe articularse necesariamente con una comprensión de sus *consecuencias prácticas*; o, dicho en los términos del ejemplo anterior, ese potencial vendedor tendrá que asumir que la entrega del vehículo significa que se quedará sin él.

La aptitud necesaria para lograr esa doble conciencia –teórico-jurídica y práctica- se relaciona con el estado de la psiquis, atañe a la capacidad de raciocinio y, por tanto, tiene que ver más con el requisito de la capacidad de obrar,

⁴ No quiero decir con ello que la persona deba tener un fino y concreto conocimiento de la calificación y consecuencias jurídicas de los negocios para los cuales se requiere su manifestación de voluntad, cuestión que depende de múltiples factores que no se relacionan necesariamente con su aptitud para discernir, como son el nivel cultural, la información jurídica, su interés por conocerlas, etc. A ello se refiere VON THUR cuando trata de la dirección de la voluntad de las partes hacia el efecto jurídico buscado: “en la mayoría de los casos, y especialmente a falta de una cultura jurídica específica, la parte no sabe con exactitud en qué categoría jurídica entra el efecto que se propone” (*Derecho civil. Vol. II. Los hechos jurídicos*. Ed. Marcial Pons, Madrid 2005, p. 147).

Tampoco lo que tengo dicho está referido a la manifestación emitida para un negocio jurídico en particular, sino a una propiedad de la voluntad en general, como presupuesto de todo negocio; y específicamente apuntado a la capacidad intelectual para conocer y comprender lo esencial de esos efectos. Por ello no me parece contradictoria con lo dicho la afirmación de María del C. GETE-ALONSO en el sentido de que “en la declaración de voluntad, cuyos efectos jurídicos derivan de ella misma (efectos *ex voluntate*), es suficiente con la manifestación de querer un determinado efecto, no se requiere además, que se conozca su alcance jurídico”, porque la autora alude a la manifestación correspondiente a un determinado negocio jurídico (*Capítulo XXI, La autonomía privada*. En Lluís PUIG I FERRIOL, *et al (comps.) Manual de Derecho civil, II, Derecho de Obligaciones, Teoría general del contrato*, 3ª. edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 530 y 540).

que con la expresión de una voluntad libre y espontánea (sin vicios). En otras palabras, quien no puede elaborar satisfactoriamente aquella representación y asociarla a su resultado práctico, provocando con ello una fractura entre ambas dimensiones, sea por inmadurez intelectual o por causa de alguna patología, no cumple con la exigencia de aptitud legal, es un incapaz. (Así, por ejemplo, no estará jurídicamente apto para obrar quien realiza un raciocinio del siguiente tipo: “me proponen vender mi automóvil, entiendo que debo entregarlo, pero me parece muy bien porque de esa manera podré seguir utilizándolo”). Sin embargo, puede ocurrir también que una persona intelectualmente apta para elaborar representaciones correctas se vea afectada transitoriamente por agentes que distorsionan la construcción de *su idea* de las cosas, lo que generalmente debe atribuirse a mensajes falsos o equívocos que recibe del exterior (p. ej., le informan mal la edad de la persona que contrata con él), pero que también pueden obedecer a un decaimiento en su personal decodificación de los mensajes correctos que recibe (que es el caso del vicio de error).

Elaboradas las representaciones anteriores tiene lugar la parte del *iter* que vinculamos más frecuentemente con la voluntad. Es el estadio del *discernimiento* o de la aptitud para distinguir entre las distintas opciones que se presentan al sujeto (lo bueno y lo malo, lo conveniente o lo inconveniente, etc),⁵ esa facultad que –en palabras de Freitas- suministra motivos a la voluntad en todas sus deliberaciones,⁶ y en el cual el sujeto pone en juego su aptitud para percibir y valorar las diferencias que existen entre una cosa y otra, entre lo ventajoso y desventajoso del acto,⁷ para pasar a lo que Phillip Lersch califica como *acción electiva*.⁸ Como resultado de ello, decide si desea o no su celebración, o sea,

⁵ Cfr., Santos CEFENTES: *Negocio Jurídico*, 2ª edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, pp. 47 y ss.).

⁶ Cit. por Juan C. VENINI. *Invalidez contractual (Sus líneas maestras)*. En *Contratos*, (obra colectiva dirigida por Félix Trigo Represas y Rafael Stiglitz). Ed. La Roca, Buenos Aires, 1989, p.187.

⁷ El artículo 897 del Código civil argentino alude expresamente al discernimiento cuando se refiere a los hechos humanos voluntarios: *Los hechos se juzgan voluntarios si son ejecutados con discernimiento, intención y voluntad*.

⁸ *La estructura de la personalidad*, Barcelona, 1971. Cit. por Mariano GAGLIARDO: *Simulación jurídica*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 55.

elabora su *intención*; y finalmente lo pone de manifiesto (o se abstiene de hacerlo, dando lugar al *silencio*), completando de este modo un proceso que, como bien lo califica Vidal Ramírez y se ha apreciado en las líneas anteriores, “va de lo subjetivo a lo objetivo.”⁹

Es en este punto donde el Derecho se ocupa de indagar si lo que el sujeto exterioriza como voluntad negocial es efectivamente el resultado de su *libre determinación* y coincide, por tanto, con su intención. Es aquí también donde pueden entrar a operar nuevamente otros fenómenos transitorios de distorsión que impidan esa correspondencia y provoquen que el sujeto exprese algo diferente o contrario a aquello que deseaba. Fenómenos, algunos, ajenos al sujeto, como la intimidación; producidos por él mismo, otros, como la simulación y la reserva mental.

3. El consentimiento.

En la teoría general del negocio jurídico el tratamiento de la voluntad, tomada en sentido lato, como categoría genérica que alude a la facultad humana que acaba de delinearse, encierra obviamente el examen del consentimiento, no obstante lo cual es necesario exponer un par de precisiones al respecto con el objeto de delimitar sus territorios específicos.

En sentido estricto, la expresión *voluntad* se reserva para aludir al querer individual, referido al de la única persona que interviene en los negocios unilaterales, como el testamento, o al de cada una de las personas que concurre a la celebración de una convención, como en el contrato (p. ej., la voluntad de la parte que formula la oferta contractual y la voluntad, diferente, de quien la acepta). Pero en este último caso las voluntades individuales están llamadas a concertarse necesariamente para la celebración del negocio que, por su bilateralidad, tiene

⁹ Fernando VIDAL RAMÍREZ: *El acto jurídico*, 7ª. edición. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 78.

que ser el producto de ambas. Se habla entonces de *consentimiento*¹⁰ (de *sentire cum*, caminar juntos) o concurso de voluntades encaminadas a la celebración del negocio (artículo 1262 CC); y de su contrario, el *disenso* o *disentimiento*, que alude a la falta de esa coincidencia.¹¹ Siendo entonces que el consentimiento es el acuerdo de las voluntades en orden a crear determinados efectos, y concretamente de generar obligaciones, cuando de contrato se habla,¹² su definición, como señala Jossierand, se confunde con la del contrato mismo.¹³

Para Abelenda la expresión consentimiento tiene significados diversos en la doctrina, pues mientras para algunos significa *acuerdo de voluntades*, otros le atribuyen el significado de asentimiento, es decir, la manifestación de voluntad individual de cada contratante, en coincidencia con la del o los otros.¹⁴ En realidad no se trata de significados diferentes sino de enfoques desde perspectivas

¹⁰ Raimundo EMILIANI ROMÁN (*Conferencias de Obligaciones*. Ed. Temis, Bogotá, 1980, p. 69), cuestiona la distinción que se ha hecho entre declaración de voluntad y consentimiento y que se utiliza generalmente por la doctrina. A su juicio la expresión *consentimiento* designa tanto el acuerdo de voluntades propio de los actos bilaterales, como “la decisión de la voluntad de producir efectos jurídicos mediante sus actos unilaterales. Porque cuando se dice *voluntad* no se está expresando nada. La voluntad abstracta, como una simple potencia, es una entelequia que no responde a la realidad, porque la voluntad en sus decisiones, sus actos, y más desde el punto de vista jurídico, que exige concreciones.” Sea correcta o no esta observación, lo verdaderamente relevante es que siempre queda en pie la idea fundamental del *consensu* como la fusión armoniosa de dos o más voluntades encaminadas al mismo efecto jurídico.

¹¹ Esta necesidad de separar la voluntad interna e individual de cada contratante, de la voluntad o intención común, que es la zona de coincidencia de las dos declaraciones de voluntad, la destacan Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN (Op. cit., *Sistema...*, vol. II, p. 39).

¹² Ya GAYO predicaba que *consensu fiunt obligationis*, para referirse a los contratos consensuales: compraventa, arrendamiento, sociedades y mandatos; y agregaba *Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi...*(mas se dice que en estos casos se contrae la obligación por el consentimiento...D.III.XXII). En el mismo sentido la sentencia de MODESTINO: *Consentientes im aliquam rem, ex consensu obligari necessario ex voluntate nostra videmur* (Consintiendo en alguna cosa, se considera que necesariamente nos obligamos en virtud del consentimiento por nuestra voluntad, D. XLIV.VII.52.4).

¹³ Louis JOSSERAND. *Derecho Civil*. TOMO II, Vol. I, p. 39. Manuel ALBALADEJO GARCÍA (*Derecho civil*, Tomo II, 13ª edición. Ed. Edisofer, Madrid, 2008, pp. 370-371) cita las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1964 y 28 de abril de 1977, que se han pronunciado sobre el consentimiento. La primera dice que de su propia etimología (sentir juntos o al mismo tiempo), se desprende que en su más general acepción, el consentimiento es la coincidencia de dos o más voluntades, para la producción e un efecto jurídico. La segunda, que “el consentimiento viene determinado por el encuentro de dos o más declaraciones de voluntad que partiendo de distintos sujetos se dirigen a un fin común y se unen para producir efectos prácticos protegidos por el ordenamiento jurídico.”

¹⁴ César A. ABELENDA: *Vicios del consentimiento contractual*. En *Contratos*, Libro homenaje a Jorge Mosset Iturraspe. Ed. La Roca, Buenos Aires, pp. 355 y ss, nota 1.

distintas, como lo precisa Martínez Gallegos, que nos recuerda que el acuerdo de voluntades creador del contrato debe ser tanto material como formal. El acuerdo material, dice la autora, consiste en que el contenido de las declaraciones de las partes debe apuntar a un mismo efecto jurídico,¹⁵ en tanto que el acuerdo formal implica que todas y cada una las declaraciones de voluntad constructivas del negocio “deben emitirse en relación con otras, mediando entre ambas una relación de causalidad o correspondencia sin la cual no puede existir el *duorum vel plurium in edem placitum consensus*. Se busca, en suma, aquel *consentientes in aliquam rem* de los textos jurídicos (por ejemplo, D.44.7.52.3).”¹⁶

Entonces, si bien en su función jurídica la expresión consentimiento no ofrece propiamente distintos significados como expone Abelenda, aunque si las dos dimensiones que señala Martínez Gallego, el consentimiento, finalmente, y de modo particular en sede del contrato, da cuenta de tres fenómenos que destaca Díez-Picazo y que quizás se describan mejor como tres *momentos*: la voluntad interna, individual de cada contratante, la declaración que emite cada uno de ellos y la voluntad común, es decir, “aquella zona donde las dos voluntades, manifestadas a través de las dos declaraciones, coinciden.”¹⁷

4. Manifestación y declaración de voluntad.

El Derecho no es una asignatura moral ni una disciplina de la conciencia, sino un sistema regulador de la conducta humana, y por ende, un método ordenador de la vida social; de modo que le son indiferentes –en principio- los propósitos o intenciones subyacentes mientras permanecen en la insondable

¹⁵ Según LACRUZ BERDEJO *et al.*, en su referencia concreta al consentimiento contractual, que es su nicho por excelencia, y atendiendo a la conceptualización del artículo 1261 Cc., el consentimiento, en tanto origen de autoregulación de las incumbencias e intereses de las partes, debe referirse a los otros requisito del negocio: el objeto y la causa, igualmente imprescindibles o necesarios para que tenga lugar el contrato.s (*Derecho de Obligaciones*, Tomo II, Vol. I. Ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 354).

¹⁶ Eva María MARTÍNEZ GALLEGOS: *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 24.

¹⁷ Luis Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Tomo I. 6ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 173.

privacidad del fuero interno del sujeto, para concentrar la atención en sus actuaciones.¹⁸

Este postulado adquiere singular relevancia cuando se trata del negocio jurídico, producto terminal de una serie de procesos que tienen, algunos de ellos, su inicial campo de operaciones en la mente del sujeto.¹⁹ Efectivamente, mientras en el mundo exterior se evidencia la realidad objetiva del entorno normativo, por una parte, y las señales perceptibles de la oferta y de la aceptación, encaminadas a la formación de un concreto negocio jurídico, por la otra ocurre que, mente adentro, como acaba de señalarse, se desencadenan fenómenos psicológicos que les sirven de soporte y merced a los cuales las personas se representan las consecuencias jurídicas y prácticas de una concreta figura negocial, disciernen acerca de su conveniencia y construyen finalmente una decisión positiva o negativa a su respecto.

Pero de muy poco valen aquellas operaciones de la intimidad, si el resultado –que es finalmente la decisión del sujeto- no se da a conocer. El artículo 1262 CC lo anuncia en una reducida pero inconfundible fórmula: *el consentimiento se manifiesta por...* El Código civil argentino, en cambio, lo hace con una sentencia descriptiva y categórica, como para que no puedan abrigarse dudas sobre este punto: *Ningún hecho tendrá carácter de voluntario, sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste* (artículo 913).²⁰

¹⁸ Lo cierto es que una vez producido el acto humano, las intenciones pueden ser escrutadas para influir positiva o negativamente en la calificación y consecuencias jurídicas del mismo, como ocurre, por ejemplo, en el examen de la responsabilidad extracontractual; en materia de interpretación del contrato en aquellos ordenamientos civiles donde la intención de los contratantes, claramente conocida, domina por sobre la literalidad del instrumento contractual y del testamento, en el que la voluntad del testador, claramente manifestada, normalmente prevalece incluso sobre las disposiciones legales que no se refieran, por supuesto, a las llamadas asignaciones forzosas.

¹⁹ Preciso con ello que el negocio jurídico es el resultado de procesos objetivos y subjetivos que tienen lugar en escenarios distintos pero comunicados en función de complementariedad: el del entorno normativo, de carácter más bien estático, que opera a modo de dato, y el de los procesos de la voluntad, esencialmente dinámico.

²⁰ El Código civil peruano hace otro tanto, aunque con fórmulas menos categóricas. Así, su artículo 140 define al acto jurídico como una *manifestación* de voluntad, y el artículo 141 habla de *manifestación* de voluntad expresa o tácita (las cursivas me pertenecen).

No existe, pues, negocio jurídico *in mente retentu*. El ordenamiento no concibe la voluntad *di per sé*, escribe Cariota Ferrara; ella se integra con la manifestación, otro elemento constitutivo del negocio, y es valorada en tanto y por cuanto es manifestada.²¹ Algo similar expresa Von Thur: “en el negocio jurídico, la virtud de configurar los derechos no corresponde a la voluntad interna que, por su misma naturaleza está expuesta a continuas alternativas, sino a la voluntad manifestada: para el derecho no es decisivo lo que el hombre quiere, sino lo que en ciertas circunstancias y en cierto modo dio a conocer como su voluntad.”²² La buena fe –agrega Puig Peña–, la seguridad de los negocios, la confianza que debe presidir las relaciones humanas, están interesadas en que los actos jurídicos reposen sobre una base cierta y segura, que no puede ser otra que la voluntad declarada.²³

Esta manifestación, al decir de Savigny, es la traducción del hecho interno de la voluntad en caracteres exteriores y visibles.²⁴ Gete-Alonso, que identifica, como muchos autores españoles, la manifestación con la declaración,²⁵ la define diciendo que esta última “es aquel acto jurídico en el que se manifiesta un determinado querer dirigido a la producción de un efecto jurídico (en cuanto, además, el ordenamiento lo reconoce como tal).”²⁶

²¹ Luigi CARIOTA FERRARA: *Il negozio giuridico nel Diritto Privato italiano*. Morano Editore, Napoli, p. 66.

²² V. THUR: *Op. cit. Derecho civil*, pp. 132-133. También Giuseppe STOLFI llama la atención sobre la variabilidad de la voluntad mientras permanece en el ámbito de la intimidad del sujeto, como un factor que hace necesaria la manifestación: “la volontà non serve a niente perchè costituisce un semplice fatto psicologico che non si può accertare fino a quando resta nell’intimo dell’animo umano e che ad ogni modo è suscettibile di variazioni continue” (*Teoria del negozio giuridico*. CEDAM, Padova, 1954, p. 4).

²³ Federico PUIG PEÑA: *Compendio de Derecho civil español*. Tomo I. 3ª edición, revisada y actualizada, Ed. Pirámide, Madrid, 1976, p. 458.

²⁴ Friederich K. von SAVIGNY: *Sistema del derecho romano actual*, Ed. Comares, S.L., Granada, 2005, p. 458.

²⁵ Cfr. José PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*. Tomo II, Vol. I. Ed. Boch, Barcelona, 1954, p. 81; Federico DE CASTRO Y BRAVO. *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, reedición 1985. Madrid, pp. 65 y ss.; L. DIEZ-PICAZO: *Op. cit., Fundamentos...* pp.175 y ss. F. PUIG PEÑA: *Op. cit. Compendio...*, p.508.

²⁶ María del C. GETE-ALONSO. *Op. cit., Manual de Derecho civil...*, Tomo II, p. 530.

La voluntad se *manifiesta* cuando aquella *traducción* a la que se refiere el maestro alemán se hace conocer por cualquier medio capaz de ser percibida indubitadamente por los demás (*verbis, literis et rebus et factis*). De allí que se pueda hablar de manifestaciones expresas y tácitas de la voluntad²⁷, lo que no puede decirse, en cambio, de la *declaración* que es, de suyo, una manifestación explícita, dada a conocer socialmente mediante la comunicación oral (*verbis*) o escrita (*litteris*). Por consiguiente, un hecho (*rebus et factis*) puede entenderse perfectamente como manifestación de la voluntad de quien lo ejecuta, pero no como su *declaración*.

a) *La manifestación expresa de la voluntad* constituye ciertamente la forma ideal de exteriorización de la voluntad y, por consiguiente, la regla general en materia de negocio jurídico²⁸. Tiene lugar, escribe Melich-Orsini, cuando los medios sensibles empleados para comunicar la voluntad, están destinados, según la opinión que prevalece en la vida práctica o por acuerdo especial entre las partes, a manifestar el querer interno²⁹; o, más simple, cuando los recursos empleados por el sujeto tienen por finalidad directa dar a conocer su voluntad interna, como propone Vidal Ramírez³⁰. Esos recursos son el lenguaje hablado, escrito o gestual, que pueden materializarse, a su vez, a través de distintos medios, como el habla, el papel, el teléfono, el télex, el correo electrónico, etc. Lo importante es que los signos que se utilicen sean *inequívocos*, (p. ej., artículos 1145 Cc. Argentina y 1803 Cc. DF de México). Respecto del lenguaje gestual, además de que puede ser utilizado por cualquier persona, comprende variados tipos de señas más o menos convencionales a través de los cuales puede

²⁷ Se habla también de *manifestación directa* y *manifestación indirecta*. En la primera, escribe LORENZINI, “la intención se deduce directamente cuando existe un comportamiento socialmente reconocible de la intención; es decir, que el autor utiliza un medio que la sociedad acepta como tal para expresar el consentimiento.” En la segunda, agrega el mismo autor, “la intención se infiere mediatamente de un comportamiento que normalmente no tiene esa función.” (Ricardo LORENZINI: *Tratado de los contratos. Parte general*. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2004, pp. 247-249).

²⁸ Así, por ejemplo, el fiador goza del beneficio de la excusión si no ha *renunciado expresamente* (artículo 1831.1 CC).

²⁹ José MELICH-ORSINI. *Doctrina general del contrato*. 2ª edición, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, p. 107.

³⁰ Fernando VIDAL RAMÍREZ: *Op. cit.*, *El acto jurídico...*, p. 82.

reconocerse la voluntad (por ejemplo, un movimiento de la cabeza para expresar aceptación o negativa o el levantar la mano en una subasta, para señalar que se acepta una postura).

b) Hay *manifestación tácita de la voluntad* cuando no ha sido expresada por el sujeto, pero se infiere de actos o comportamientos concluyentes que la suponen (*facta concludentia*) o, por lo menos, como señalan los artículos 1145 del Código civil argentino y 1803 del mexicano, refiriéndose al consentimiento, que *autoricen a presumirlo*.

Que los actos sean *concluyentes* significa que deben proporcionar, si no una certeza que parece imposible por la ausencia de expresión, por lo menos un grado razonable de certidumbre, para lo cual es imperativo, a su vez, que no den oportunidad a conclusiones contradictorias con el sentido que se les atribuyó.³¹ Como ha declarado el Tribunal Supremo, con ocasión de la prueba indiciaria en la simulación contractual, *facta concludentia* implica hechos concluyentes e inequívocos (por todas, SS. 60/2003 de 5 de febrero y 465/2005 de 16 de junio).³² Aunque no ha sido formalizado a modo de una regla general, este criterio subyace en todos los casos de manifestación tácita de la voluntad que contempla el Código, y en algunos aparece expuesto con meridiana claridad. Así ocurre con la aceptación tácita de la herencia que tiene lugar cuando se realizan actos *que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero* (artículo 999 Cc), como son la venta, donación o cesión de su derecho hechas por el heredero a un extraño (artículo 1000.1 Cc); o la tácita reconducción del contrato de arrendamiento, en la que se colige la voluntad de renovar el contrato tanto de la prolongación del

³¹ Arturo ALESSANDRI R. y Manuel SOMARRIVA U. (*Derecho Civil*, Tomo I, Vol. I, *Parte General*, 3ª, edición. Ed. Nascimento, Santiago, pp. 301- 302), colocan el siguiente ejemplo de un acto que puede considerarse concluyente: “si yo entro a una tienda y cojo un objeto, pidiendo al empleado que lo envuelva, es indudable, a pesar de no haberlo dicho, que mi voluntad es comprar esa cosa.” Viene al caso entonces la recomendación de VON THUR, citada por los mismos autores: “Todo aquel que realice un acto del que pueda inferirse la existencia de una determinada voluntad o que dé base para sentar una presunción jurídica en ese sentido, debe cuidarse, si no es esa su intención, de dejar constancia de su verdadera voluntad, levantando protesta: es decir, notificarlo a la otra parte o a un tercero, o extendiéndola por escrito en un documento, su intención efectiva.”

³² RJ 2005/4277.

uso por el arrendatario cuanto por la aquiescencia del arrendador (artículo 1566 Cc); o la aceptación tácita del mandato, que se deduce de los actos del mandatario (artículo 1710 Cc), para citar sólo algunos.

c) Se habla también de una *manifestación presunta*, que no es propiamente una *manifestación* de voluntad, sino una previsión del ordenamiento jurídico respecto de ciertos hechos o situaciones que son tenidos “como antecedente necesario y suficiente para el reconocimiento de una obligación contractual.”³³ No se trata, en este caso, de conductas o actuaciones del sujeto que permitan presumir una voluntad determinada y aunque hubiera algún indicio en tal sentido, ello no es lo decisivo, sino, como indica Puig Brutau, la consideración de conveniencia, oportunidad, justicia o equidad.³⁴ Un ejemplo característico de voluntad presunta es la entrega que hace el acreedor al deudor, del documento privado en el que consta la obligación, que la ley entiende como renuncia de la acción creditoria (artículo 1188 Cc.).

d) La llamada “declaración de voluntad negligente”. Todavía puede presentarse una cuarta modalidad de manifestación de la voluntad, algo similar a la manifestación tácita pero sin su fuerza de convicción sobre la verdadera intención del sujeto; y ello ocurre porque si bien la conclusión no descansa en conductas concluyentes de quien ha recibido una oferta comercial, la afirmación de voluntad se deriva de su actitud descuidada o negligente que autoriza al oferente para suponer razonablemente su aceptación.

La sentencia 916/1989 de 7 de diciembre del Tribunal Supremo se refirió a esta modalidad en los siguientes términos: “la doctrina científica entiende por declaraciones de voluntad negligentes (...) aquellas en que el ordenamiento jurídico, en ciertos casos, equipara a una declaración de voluntad una conducta por la que se despierta descuidada o negligentemente la apariencia de una declaración de voluntad que consta de forma indubitada.”³⁵

³³ J. PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, *Fundamentos...*, p. 83.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ El fallo agregó: “a) Es innegable que el recurrente firmó el contrato con las condiciones señaladas en él y las que «se estamparán» al dorso; b) El firmante, actual recurrente, no se

La *declaración*, en cambio, es una exteriorización formal del querer del sujeto y, por lo mismo, una especie, la más clara y evidente de las modalidades posibles de *manifestación*.³⁶

Ahora bien, la declaración, y ello vale para la manifestación en general, no puede consistir en una pura proyección de la voluntad hacia el mundo exterior, con ausencia de destino. Betti la entiende como una determinación ordenadora, “preceptiva”, necesariamente dirigida hacia otro u otros sujetos, mediante la cual “el individuo dicta reglas a sus relaciones con los otros.”³⁷ Me parece que esta apreciación es apenas lógica, independientemente de la idea que se tenga sobre la naturaleza del negocio jurídico y aun prescindiendo del valor que atribuye al concepto de lo “preceptivo” el profesor romano; para dejar en definitiva y como corolario, decantada la idea de que la declaración que interesa al negocio jurídico debe ir siempre enderezada hacia un destinatario, determinado o indeterminado.

Por lo expuesto, la ausencia de *manifestación* volitiva, o sea *el silencio*, carece generalmente de valor jurídico, no niega ni otorga, “no equivale a sí más que a no”,³⁸ a menos que la ley o las partes se lo atribuyan, como se lee, a modo de regla general, en los artículos 142 CC peruano (*El silencio importa*

preocupó en el plazo de diez años de informarse del contenido de aquellas condiciones al dorso que había aceptado a través de una declaración de voluntad negligente, para en su caso haberse opuesto a ellas en la debida forma sin dar lugar a cumplir el contrato sin reserva ni protesta durante diez años; c) Hubo, por tanto, una aceptación tácita de aquellas condiciones, consciente y libre, lo que ineludiblemente dio lugar a la existencia del contrato que ahora no puede dejar de cumplir, salvo dejar a su arbitrio tal cumplimiento, y en cierto modo actuar contra sus propios actos; cuando se manifestó una voluntad generadora del negocio jurídico, no explícita ni directa, pero sí reveladora por actos inequívocos durante largo tiempo, sin que quepa atribuirles otro significado que la eficacia «ab initio» del contrato. Hubo, en definitiva, por parte del recurrente, un silencio cualificado, que unido a hechos positivos precedentes dan lugar a tener por hecha la manifestación de una determinada voluntad.”

³⁶ R. EMILIANI ROMÁN (*Op. cit.*, *Conferencias...*, p. 70) objeta la expresión *declaración de voluntad*, a la que califica como una de “las creadas para eludir la admisión de un consentimiento unilateral. Pues la voluntad, como una abstracción, no es nada, ni, por consiguiente, nada tiene que declarar. En consecuencia, la expresión *declaración de voluntad* no se explica sino como una elipsis que implica su consentimiento, o como un recurso para eludir la expresión que realmente debe usarse: declaración del consentimiento de la voluntad, que es lo que realmente se declara.”

³⁷ Emilio BETTI: *Teoría general del negocio jurídico*. 2ª edición, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 52. En el mismo sentido, Renato SCOGNAMIGLIO: *Contribución a la Teoría del negocio jurídico*. Traducción de Leysser L. León. Ed. Grijley, Lima, 2004, pp. 281 y ss.

³⁸ Doménico BARBERO. *Sistema del derecho privado*, Tomo I. Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967 P. 466.

manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen este significado), y 460 CC Bolivia (*cuando lo autorizan los usos o las circunstancias y no resulta necesaria una declaración expresa*, a menos que la ley disponga lo contrario); y se consigna como caso específico para la tácita reconducción del contrato de arrendamiento en el artículo 1566 Cc.

Ahora bien, las partes pueden hacer aquella atribución de valor a la que alude el Código peruano y que por lo general acepta la doctrina jurídica, mediante pacto expreso o consagrándola *de facto* en las prácticas usuales de sus relaciones, como es el caso del proveedor habitual que entrega mercadería en períodos regulares y que a pesar del silencio de su cliente continúa abasteciéndolo de acuerdo a la costumbre que han consagrado. De este modo se ha gestado una doctrina conciliadora de las posiciones extremas sobre el silencio y que, al decir de Diez-Picazo y Gullón es la que ha predominado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que viene valorando el silencio como declaración de voluntad cuando dada una determinada relación entre dos personas el modo corriente y usual de proceder implica el deber de hablar, ya que si el que puede y debe hablar no lo hace, se ha de reputar que consiente en aras de la buena fe (SS. de 24 de noviembre de 1943, 24 de enero de 1957, 14 de junio de 1963 y 17 de noviembre de 1995).³⁹

³⁹ L. DIEZ-PICAZO y A. GULLÓN: *Op cit.*, Sistema..., Vol. I, p. 480. José CASTÁN TOBEÑAS agrega las SSTS. de 27 de abril de 1945, 18 de junio de 1948 y 25 de noviembre de 1950 (*Derecho civil español común y foral*, Tomo I, Vol. II. 15ª edición revisada y puesta al día por Antonio M. Román García. Ed. Reus S.A., Madrid, 2007, p. 702, nota 1276). F. VIDAL RAMÍREZ (*Op. cit.*, *El acto jurídico...*, p. 107) comenta al respecto: “La atribución de significado al silencio por la ley o por el convenio solo es posible, pues, ante una relación jurídica originada previamente por un acto jurídico, en cuyo contenido las partes no han previsto todas las situaciones que podían derivarse, pero si que una de las partes deviniera en silente, por lo que convienen en las consecuencias del silencio o s e remiten a las normas supletorias que permitan integrar los vacíos del contenido del acto jurídico, o, simplemente, que sin esa remisión, tales normas sean aplicables ante la actitud silente que asuma alguna de ellas. Así, por ejemplo, si habiendo celebrado un compromiso de contratar sin haberse fijado plazo para el contrato definitivo, el silencio de una o ambas partes tiene el significado que le atribuye el artículo 1416...”

5. Seriedad y rectitud de la manifestación de voluntad.

La voluntad que requiere el negocio jurídico debe ser *seria y recta*.⁴⁰ Se dice de ella que es *seria* cuando está animada por una real intención *-matura e definitiva*, en palabras de *Stolfi*-⁴¹ de producir los efectos jurídicos a los que está dirigida, lo que transportado al mundo de las fuentes obligacionales -el contrato entre ellas- se traduce como *voluntad de obligarse*.⁴² Cuando no lo es, puede decirse cualquier cosa, como, por ejemplo, que se quiere la declaración misma (aunque no su contenido), o que se quiere cualquiera otra cosa que algún autor pueda imaginarse, pero lo decisivo en materia de negocio jurídico es que no se desea esencialmente aquello para el cual se la emite, de manera que éste, o mejor aún, el proyecto de éste, carece del aliento primordial que da vida a los negocios. En este sentido es ejemplar la norma del artículo 118 BGB que exige expresamente esta cualidad de declaración la voluntad y declara nula *una declaración de voluntad no pensada en serio, y que se emite con la esperanza de que tal falta de seriedad no pase desapercibida*.

Se agrega que es *recta* cuando se la manifiesta de buena fe, sin el propósito de inducir a engaño a la persona a la cual se dirige, o de ocasionar un perjuicio a terceros. Un caso de voluntad sin rectitud puede encontrarse en el *fraude pauliano*, artificio negocial en el que el deudor pone en acción su voluntad con la finalidad de reducir su activo patrimonial en perjuicio de los acreedores.

Son muchos los casos en los que no hay voluntad *seria* porque está ausente la intención de asumir las consecuencias de derecho correspondientes a la manifestación. Pueden citarse el caso de las condiciones meramente potestativas, en las que el hecho consiste en el *puro querer* del deudor (p. ej., *si tu quieres*) y que, por lo mismo, son nulas (artículo 1115 Cc); el de la voluntad que se manifiesta en broma (*animus jocandi o iocandi gratia*), o simplemente como

⁴⁰ Arturo VALENCIA ZEA: *Derecho civil*, Tomo III, *De las obligaciones*. 5ª. edición, Ed. Temis, Bogotá 1978, p. 68.

⁴¹ G. STOLFI: *Op. cit.*, *Teoría del negozio giuridico...*, p. 4.

⁴² El artículo 118 BGB declara nula *una declaración de voluntad no pensada en serio y que se emite con la esperanza de que tal falta de seriedad no pase desapercibida*.

ejemplo *-demonstrandi causa-*, como es el caso del profesor de derecho que propone un juego de contratación entre los alumnos para explicar sus consecuencias jurídicas; el de la persona que formula una declaración de voluntad en el sentido de un determinado efecto jurídico que en su fuero interno no quiere, como el que ofrece públicamente una recompensa por la recuperación de un animal perdido, con el solo propósito de estimular la colaboración pública pero sin la intención de pagarla. (*reserva mental, reservatio o restrictio mentalis*); o en el de la simulación, donde la declaración o está absolutamente vacía de propósito negocial o encubre la voluntad de celebrar uno negocio distinto del declarado, etc.

Me parece oportuno dejar adelantado en este punto, porque luego se examinarán con alguna detención las relaciones existentes con la simulación, que en algunos casos no se quiere un determinado negocio como objetivo final sino como medio para alcanzar una finalidad económica que podría lograrse con otro negocio, en cuyo caso se habla de negocio *indirecto*, una de cuyas versiones es el negocio *fiduciario*, como sucede cuando se vende un bien al acreedor para garantizar el cumplimiento de la obligación (*fiducia cum creditore*), o se cede un crédito con el propósito de que el cesionario lo cobre y entregue lo percibido al cedente (*fiducia cum amico*). Más allá de lo que pueda especularse *prima facie*, aquí hay una voluntad seria de obligarse, el negocio medio o instrumental es real, produce sus efectos jurídicos propios y, por lo mismo, se distingue de los otros casos que se han señalado.

Ahora bien, ¿cuál es la consecuencia de la *falta de rectitud* y de seriedad de la manifestación de voluntad?

La primera patología enunciada se ubica claramente en los dominios del dolo y conducirá, por tanto, a invalidar el negocio que pudiera resultar de la manifestación fraudulenta (p.ej., fraude pauliano), o simplemente reducirse a la indemnización de perjuicios, si el negocio no se ha perfeccionado por tal causa (p. ej., falta de rectitud en los tratos prenegociales).

El problema parece menos claro respecto de la *falta de seriedad* y

consiste principalmente en determinar si en este caso la voluntad así declarada es vinculante para quien la manifestó.

En algunos casos la solución está expresamente prevista en la ley, que es el caso del precitado artículo 118 BGB, que la propone como fórmula general. En otros aparece implícita, como ocurre en el derecho nacional con el pacto de una condición potestativa que, precisamente por estimársela carente de seriedad, ocasiona la nulidad de la obligación (artículo 1115 Cc).

Otras de las hipótesis mencionadas (*animus jocandi*, *demonstrandi causa*, *reservatio mentalis*) posiblemente no sean fuentes de una conflictividad importante en la práctica, pero presentado el caso de que una de esas manifestaciones de voluntad puedan ser consideradas por un destinatario como eficientes para generar un negocio jurídico o, por lo menos, tratativas encaminadas a ese objetivo, y dado que no hay una respuesta legal positiva, se plantean algunas dudas.

Para Lacruz Berdejo resulta claro que “no subsiste una voluntad contractual y que, por otra parte, no hay tampoco una verdadera declaración. En este sentido no puede hablarse, con relación a estos supuestos, de discrepancia o divergencia entre una voluntad y una declaración que no tienen razón de subsistir.”⁴³ Dicho de otra manera, una voluntad *iocandi causa* impide que un negocio exista. Según Spota la solución apunta a la invalidez de una declaración de voluntad semejante, en el ámbito de lo patrimonial: “Hay ausencia de voluntad contractual. No media la intención que como elemento del hecho voluntario exige la ley (art. 897).” En esta hipótesis “la voluntad interna o real es la que cuenta: su desarmonía con la voluntad declarada se resuelve dando eficacia a aquélla, y no a ésta.”⁴⁴

⁴³ José LUIS LACRUZ BERDEJO *et al* (comps.). *Op. cit., Elementos...*, Tomo II, Vol. I, p. 396.

⁴⁴ Alberto G. SPOTA: *Contratos. Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I, Parte general. 2ª edición actualizada y ampliada (Luis F. P. Leiva Fernández, actualizador), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 637. “Sólo cabe añadir –agrega SPOTA– que para decidir si la declaración no sería ofensa o no la seguridad del tráfico jurídico, o, en otros términos, se debe a (sic) no ser calificada de broma no dolosa o de broma dolosa, corresponde adoptar una directiva que no se preocupe de la faz interna de la voluntad, sino de las circunstancias de cada especie. En pocas palabras: la falta de seriedad debe apreciarse objetivamente.” (*Id.*, p. 638).

Sin embargo, la solución no parece tan sencilla, porque puede darse el caso previsto, *contrario sensu*, en el BGB, de que el destinatario de la declaración la haya considerado auténtica, aunque me hago cargo de que esa no es la hipótesis más frecuente. Sin embargo, de ocurrir así, habrá que coincidir con Puig Brutau en que "el interés de esta parte engañada exige que el contrato sea considerado eficaz o que produzca ciertos efectos"⁴⁵ lo que ocurrirá en el supuesto del BGB, es decir, si la declaración fue emitida en condiciones tales que el tercero podía tenerla por cierta. En palabras de Puig Brutau, "si la declaración *iocandi causa* ha sido proferida en tales términos que debía ser considerada por una *persona normal* (la cursiva es mía) como hecha sin seriedad, no producirá efecto; en cambio, si fue hecha con apariencia de seriedad, se tratará de un caso de reserva mental que no debe influir en la eficacia de lo que ha sido prometido y aceptado." En estos casos, insiste el maestro español, no tiene razón el debate teórico sobre la jerarquía entre la voluntad real y la declarada, si la manifestación de voluntad da lugar a ue una persona normal deposite su confianza en lo que ofrece la apariencia.⁴⁶

Distinta se presenta la situación de la *reservatio mentalis*. Por lo ya dicho en el sentido de que el Derecho prescinde, en principio, de los pensamientos de las personas, la conclusión lógica es que esta anomalía no sea valorada en las relaciones jurídicas, de suerte que quien manifiesta su voluntad en estas condiciones, debe quedar vinculado por su manifestación y resulta indiferente su reserva. Una solución contraria, afirma *Lasarte*, para "conceder alguna relevancia a la reserva mental significaría tanto como destruir el principio de la seguridad del tráfico y el de la buena fe, consagrando por el contrario la actuación dolosa del declarante."⁴⁷ Este es el criterio del artículo 116 BGB según el cual *una declaración de voluntad no es nula por reservarse el*

⁴⁵ José PUIG BRUTAU: Op. cit., *Fundamentos...*, Tomo II, Vol. I. Ed. Bosch, Barcelona, 1954, p. 76. Cfr. Ramón Ma. ROCA SASTRE y José PUIG BRUTAU. *Estudios de Derecho privado*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona 2009, p. 59.

⁴⁶ *Id*, *Fundamentos...*, p. 78.

⁴⁷ Carlos LASARTE. *Principios de Derecho Civil I*. 15ª edición. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 394.

*declarante para si no querer lo declarado. La declaración es nula si se emite frente a otro y éste conoce la reserva; y también la dirección por la que se encamina la mejor doctrina.*⁴⁸

6. La necesidad de correspondencia entre la voluntad real y la voluntad declarada.

Cuando la declaración pone a la vista la voluntad real o interna de quien la formula, no hay dificultad alguna (p. ej., declaro aceptar la compra de un determinado computador que efectivamente deseo comprar). El problema toma cuerpo cuando se presenta un desacuerdo entre la voluntad declarada y la voluntad real, anomalía que puede obedecer a diferentes circunstancias, cada una de las cuales está sometida a un estatuto jurídico también distinto.⁴⁹

En efecto, hay discordancia de ese tipo cuando por error se expresa una voluntad que no corresponde a lo que el declarante verdaderamente quiere, evento en el cual la cuestión cae en el sistema de los vicios de la voluntad y puede conducir, dependiendo de la entidad del error, a la anulación del acto en el que incidió. Lo hay también en la *reservatio mentalis* recién mencionada, y en

⁴⁸ F. VIDAL RAMÍREZ, por ejemplo, expone que “la reserva mental, en principio, no tiene relevancia jurídica. El acto jurídico celebrado con reserva mental surte sus efectos en cuanto no es conocida por la otra parte, pues de lo contrario, de conocerse...ni hay acto y lo que se configura es una simulación absoluta...Si la reserva mental no se da a conocer y se constituye como una intención no declarada, ella es irrelevante y la manifestación de voluntad surte sus efectos vinculatorios” (*Op. cit., El acto jurídico...*, p. 96).

En el derecho romano las declaraciones *iocandi causa* y *demonstrandi causa* no daban lugar al negocio jurídico, aunque para brindar protección a terceros se concedió acción al receptor que resultara perjudicado por haberla creído seria, para reclamar indemnización de perjuicios. Respecto de los casos de *reservatio mentalis*, las fuentes se sujetan a la voluntad declarada, lo que significa reconocer la eficacia del negocio. Finalmente, el *Corpus Iuris Civilis* declaró nulos los negocios afectados por simulación absoluta y, en los casos de simulación relativa, optó por la validez del negocio oculto o disimulado (J. ARIAS RAMOS y ARIAS BONET. *Derecho romano*, Tomo I, 15ª. edición. Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1976, pp. 124 y 125).

⁴⁹ No hay evidencias claras de que este problema haya sido abordado por el derecho romano que, como es sabido, no construyó un sistema general del negocio jurídico, de suerte que, escriben ARIAS RAMOS Y ARIAS BONET, se “hace difícil encajar sus decisiones casuísticas en los moldes de estas formaciones doctrinales.” No obstante, agregan dichos romanistas, parece “bastante general su preocupación por la indagación de la *voluntas*, el *animus*, el *consensus*, el *affectus*, y, por tanto, su inclinación a la hoy llamada teoría de la voluntad,” tendencia que se habría iniciado en la época clásica y terminado en el Derecho justinianeo. (*Op. cit. Derecho Romano*, Tomo I, pp. 1223-124).

este caso la doctrina y el derecho comparado son relativamente uniformes en tomar como única referencia la voluntad manifestada. Otra hipótesis es la de las declaraciones *animus jocandi* y *demonstrandi causa*, en las que los criterios doctrinales operan en sentido contrario, porque obviamente debe prescindirse de la declaración. Y, finalmente, para no dilatar en exceso esta somera revisión, tenemos *la simulación*, en la que se celebra un acto jurídico que resulta ser solamente aparente, sea para ocultar una realidad que no existe en absoluto, o bien otro acto jurídico distinto que es el que verdaderamente desea celebrarse.

1) La doctrina *subjetiva* o de la voluntad real (*Willenstheorie*).

Atribuida generalmente a los autores y jurisprudencia franceses, ha venido planteando tradicionalmente que dada la función genética que juega en el fenómeno del acto jurídico, la voluntad real o intención del agente debe prevalecer por sobre aquello que se declara como querido, en el entendido de que la declaración desempeña solamente un papel secundario, vehicular, de mero mecanismo de exteriorización. Por consiguiente, producida una discordancia o falta de correspondencia entre ambas, el intérprete debe buscar aquella voluntad real, lo que el sujeto verdaderamente quiso, su auténtica intención negocial; y una vez conocida ésta la declaración debe estimarse ineficaz.

Esta doctrina, avalada con la autoridad de Pothier,⁵⁰ anidó con fuerza en el artículo 1156 del *Code* (*En los contratos, se debe buscar cuál fue la intención común de las partes contratantes, más que atenerse al sentido literal de las palabras*), y se generalizó en los códigos que lo tomaron de modelo, particularmente durante el proceso codificador del s. XIX.⁵¹

⁵⁰ “Débese buscar en las convenciones cuál ha sido la común intención de las partes contratantes, mejor que no en el sentido gramatical de los términos” (*Op. cit., Tratado de las Obligaciones...*, p. 60).

⁵¹ Esta norma de interpretación de los contratos se encuentra en los artículos 1560, 1618 y 1576, de los códigos civiles de Chile, Colombia y Ecuador, respectivamente (*Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*); y que se reitera, casi sin variantes, con ocasión de la interpretación del testamento, en los 1069, 1127 y 1097 de los *corpus* citados (*Sobre las reglas dadas en este título acerca de la inteligencia y efecto de las disposiciones testamentarias, prevalecerá la voluntad del testador claramente manifestada...*). También en el artículo 1298 del Código uruguayo (*Habiendo ambigüedad en las*

2) Doctrina objetiva o de la voluntad declarada (*Erklärungstheorie*).

En el otro extremo se sitúa lo que se ha dado en llamar la *doctrina alemana*, alumbrada en la segunda mitad del s. XIX, y que tiene de alemana solamente el haber sido alentada por algunos pandectistas, particularmente Danz, y discutida en el proceso preparatorio del BGB pero que, en definitiva, no fue receptada por el Código alemán. En esencia, esta doctrina alerta sobre la dificultad y los peligros de supeditar la inteligencia del negocio a la exploración de un elemento tan particularmente esquivo, como es la intención, albergada, como está, en el fuero interno de las personas, búsqueda que por su naturaleza, pertenece a la psicología más que al Derecho. Ella representó una reacción a la teoría de la voluntad y, a juicio de Díez-Picazo, obedeció, principalmente “a consideraciones de jurisprudencia de intereses, de criterios de orden práctico y de seguridad del tráfico jurídico.”⁵²

Para la doctrina de la declaración, escriben H., L. y J. Mazeaud, la realización exterior del querer humano, la manifestación de la voluntad (*Willenserklärung*), es la única que surte efecto porque es la proyección de la voluntad sobre el plano social.⁵³ Y así es en efecto, los terceros ordinariamente no conocen, ni tienen por qué conocer, sino la declaración de los que intervienen en el negocio, de suerte tal que en el tráfico jurídico lo único constatable, real, a los ojos de los demás, y, por lo mismo, confiable para la generalidad de las personas, es lo que cada sujeto declara al celebrar el acto jurídico.

palabras, debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de, los términos); y fue acogida, asimismo, por el artículo 1362, pár. 1, del Código italiano de 1942 (si debe indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole).

⁵² L. DIEZ-PICAZO: *Op. cit., Fundamentos de Derecho civil...*, Vol. I, p. 180.

⁵³ Henri, Leon y Jean. MAZEAUD: *Derecho Civil*, Parte Segunda, Vol. I. Traducción de la 1ª. edición. Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1978, p.134.

3) Ni francesa ni alemana.

Si bien es cierto que el *Code* ha puesto más énfasis en el consentimiento mismo, por sobre la declaración,⁵⁴ y que en materia de interpretación de los contratos se pone de resalto la prevalencia de la intención de las partes sobre el texto literal (artículo 1156: *On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes*), no faltan los autores franceses que se inclinan a favor de la prevalencia de la voluntad real, como ocurre con Bonnacase.⁵⁵

No obstante la tendencia de ciertos autores en insistir en aquello de las doctrinas francesa y alemana”, H.J. y L. Mazeaud advierten que “el Derecho francés no se contenta con la voluntad interna. Exige junto a esa voluntad real, una manifestación exterior,” y para probarlo acuden a la jurisprudencia de su Corte de casación.⁵⁶

⁵⁴ Así, por ejemplo, en el Capítulo II de su Libro III, que trata “De las condiciones esenciales para la validez de los contratos”, el artículo 1108 no exige “la declaración” de la voluntad o consentimiento, sino simplemente *el consentimiento de la parte que se obliga (le consentement de la partie qui s'oblige)*.

⁵⁵ Julien BONNACASE: *Elementos de derecho civil*. Tomo I (Traducción de José M. Cajica). Ed. Cajica, Puebla, 1945, p. 173. El autor plantea su posición tratándose de la interpretación de los contratos y se adhiere a la regla del artículo 1156 del *Code*.

⁵⁶ H., J. y L. MAZEAUD: *Op. cit.*, *Derecho civil...*, Parte Segunda, Vol. I, p. 135: “La Corte de casación francesa ha afirmado con frecuencia que una cláusula clara no se interpreta, se aplica: “que la Corte de apelación no ha podido resolver, sin contradicción, que la cláusula litigiosa era clara y precisa, lícita, y negarse a aplicarla dentro de su tenor...; que...la cláusula clara no llevaba consigo ninguna interpretación...” (Civ., 14 de diciembre de 1942; D.C. 1944. J. 112).”

Similar apreciación hace Luis CLARO SOLAR, en Chile: “La jurisprudencia de nuestros tribunales, como la jurisprudencia francesa, atribuye la fuerza jurídica a la voluntad interna, y en la interpretación de los contratos, conformándose a las disposiciones legales, indaga la común intención de los contratantes sin detenerse en el sentido natural de las palabras. Pero la teoría de la voluntad es suavizada, no permitiéndose la prueba de una voluntad que difiera en absoluto de la voluntad expresada por escrito; y no admitiéndose respecto de terceros, las escrituras privadas que alteren lo pactado en escritura pública, ni las contraescrituras públicas de que no se ha tomado razón al margen de la escritura matriz modificada...” (*Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, Tomo Undécimo, *De las Obligaciones* II. Edición facsímil, Ed. Jurídica de Chile, Santiago 1979, p. 121).

También en Hugo O. TARANTO: “El derecho francés adoptó el sistema clásico y el derecho alemán se inclinó por la posición e la declaración, aunque entre ambos, en definitiva, no existe una abismal diferencia, ya que se hacen concesiones que las acercan, lo que también sucede con códigos modernos como el suizo y el italiano de 1942, así como en el derecho argentino.” (*Introducción al tema de la formación del contrato. La manifestación negocial. El consentimiento*. En *Contratos, teoría general*, Vol. II (Rubén Stiglitz, Director). Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 87).

A su vez, tampoco es tan cierto que el BGB haya acogido el *completus* de la doctrina de la *Willenserklärung*, a pesar de que el Título 2 de su Libro Primero lleva como rótulo precisamente *Declaración de voluntad*, y que todo el articulado de este Título (artículos 116 a 144) emplea dicha fórmula.⁵⁷ El Código alemán, como no puede ser de otro modo, valora de manera importante la intención de las partes, lo que puede apreciarse en el tratamiento de la reserva mental, cuando es conocida por la otra parte, en la disciplina de los efectos de la simulación entre los contratantes y con la declaración de voluntad no pensada en serio, hipótesis todas en las que la voluntad real del declarante predomina sobre su declaración, y que los artículos 116, 117 y 118, respectivamente, sancionan con nulidad.

Por todo lo expuesto los Mazeaud no pueden sino concluir que ambos códigos “han adoptado soluciones razonables, al negarse, tanto uno como otro, a encasillarse en un sistema”, de manera que, por lo menos en lo que a las codificaciones se refiere, “la oposición existe más bien en apariencia.”⁵⁸

4) La llamada doctrina de la vigencia o la validez.

En el plano doctrinario ha prosperado una suerte de eclecticismo de cuño distinto al expuesto, que ofrece propuestas armonizadoras. Una de ellas, lo señala Díez-Picazo, plantea que “la voluntad y la declaración no son dos fenómenos independientes, sino que forman una única y sustancial unidad,” en tanto la declaración no tiene una función meramente instrumental, como vehículo de transporte de la voluntad hacia el exterior; no es, por lo mismo, una “declaración de voluntad” sino que ella misma pasa a ser una categoría normativa, pues es instituida por los declarantes “como reglamentación de una situación jurídica,”⁵⁹ una declaración de vigencia o de validez.

⁵⁷ Notablemente más literalista luce la regla del artículo 168 del Código civil de Perú, según la cual *el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe*. El autor peruano F. VIDAL RAMÍREZ lo confirma: “El Código ha definido, indudablemente, una posición. Las relaciones entre la voluntad y su manifestación y la determinación del sentido de ésta se rigen por lo declarado, sin que la referencia al principio de la buena fe atenúe el criterio objetivista.” (*Op. cit., El acto jurídico...*, p. 347).

⁵⁸ H., L. y J. MAZEAUD: *Op. cit., Derecho civil...*, Parte Segunda, Vol. I, pp. 134 y 135.

⁵⁹ L. DIEZ-PICAZO: *Op. cit., Fundamentos...*, Vol. I, p. 181.

Que la declaración de voluntad no sea una declaración de voluntad, me parece una proposición difícil de digerir. Está bien que se trate de una categoría preceptiva, pero no por ello deja de ser lo que debe ser, es decir, la expresión de lo que las partes quieren.

Es notorio, sin embargo, y lo comenta Diez-Picazo, que esta tesis, apreciada en sus resultados, no es sino una variante, con argumentaciones más sofisticadas, de la doctrina declaracionista, porque, en definitiva, afirma la idea de que lo prevaleciente, dado su valor normativo, es aquello que las partes declaran.

5) El eclecticismo del Código español.

Otras explicaciones buscan la aproximación en lo que parece ser la verdadera inteligencia de las reglas de interpretación contractual, tanto en el campo de los códigos de corte voluntarista como de aquellos en los que se aprecia alguna inclinación por el literalismo, en el que se cobija la doctrina declaracionista.

Es precisamente lo que sucede en el caso del código español, cuyo artículo 1281, ap. 1º, muestra una tesitura “literalista”: *Si los términos de un contrato son claros y no dejan dudas sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.* Este enunciado capital, que se erige en regla de oro del sistema español de interpretación del contrato, no significa que el texto del instrumento negocial debe imponerse vilmente, sin más, sobre lo que las partes realmente quisieron, y que esté vedada la investigación de este querer; como tampoco significa lo contrario –desprecio rampante de la letra del contrato– aquella regla inversa que se observa en códigos de la vertiente apresuradamente calificada como “voluntarista” (artículo 1298 del *Code*: *Habiendo ambigüedad en las palabras, debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos*).⁶⁰ Este criterio que trasunta el equilibrio del legislador en materia de valoración de la letra y de la voluntad real, se advierte

⁶⁰ O la redacción similar empleada en los códigos de Chile (artículo 1560 CC), Colombia (artículo 1618 CC) y Ecuador (artículo 1576 CC): *Conocida claramente la intención de los contratantes, se estará más a ella que a lo literal de las palabras.*

asimismo en la disciplina del testamento. En efecto, la regla general del artículo 675 Cc manda que si aparece clara la voluntad del testador se prescindirá del sentido literal de las palabras, norma que se reitera en el artículo 668 con ocasión de la institución de heredero.

En síntesis, en el régimen nacional está presente como sensato denominador común, el postulado que nos dice:

a) que un *texto* claro es la primera y más fiel evidencia de la intención de las partes; y,

b) que si el texto no es claro, y por ello no da a conocer “claramente” esa intención, esta debe ser indagada por el juez para sacar a la luz la auténtica inteligencia del negocio.⁶¹

En este sentido discurre la línea doctrinal del Tribunal Supremo, ajustada al apotegma *claris non fit interpretatio* y criticada por Castán Tobeñas,⁶² según la cual la interpretación sólo es necesaria cuando los documentos no son suficientes para resolver dudas y ambigüedades, porque ciertamente el punto de arranque de la tarea interpretativa será siempre el texto de la instrumentación negocial, que, si es de claridad inatacable, actuará, al decir de Puig Peña: “como base indestructible de la apreciación del contrato.”⁶³

Y para concluir este breve *excursus* en el tema de la voluntad negocial digamos que una posición auténticamente intermedia, equidistante en la disputa intención-literalidad, debe dar cuenta de una prudente valoración de la voluntad

⁶¹ Lo que ocurre es que cada vez que se produce una controversia judicial sobre el sentido y alcance de las cláusulas de un contrato, es probable que debamos atribuirlo a que sus “términos” no son suficientemente claros, de tal suerte que generalmente se hace necesario el recurso interpretativo de la búsqueda de la intención de los contratantes.

⁶² J. CASTÁN TOBEÑAS: *Op. Cit., Derecho civil español...*, Tomo III, p. 723. Cita al efecto varias sentencias, las más recientes de 7 de julio de 1986, 21 de mayo de 1997 y 10 de junio de 1998. Como aplicación de la doctrina contraria, alude a la S. de 26 de noviembre 1962, según la cual la regla del artículo 1281, ap. 1º CC no excluye la interpretación, sino que la presupone.

Es inconcuso que el primer escrutinio para conocer la voluntad contractual recae sobre el texto del propio contrato que, de ser lo suficientemente claro, hace innecesario cualquier otro tipo de operación intelectual. Como afirman H., L. y J. MAZEAUD, “cuando el texto esté claro los tribunales no pueden, en principio, rechazar su aplicación: un texto claro no se interpreta, se aplica; el juez que se entregara a la interpretación de un texto claro, lo desnaturalizaría” (*Op. cit., Derecho civil...*, Segunda parte, vol. 1, p. 378).

⁶³ F. PUIG PEÑA: *Op. cit., Compendio...*, T. III, p. 370.

de las partes, la justicia contractual, la buena fe, la confianza en los negocios y la seguridad jurídica, todo lo cual aconseja poner en primer plano la declaración de la voluntad como señal ostensible de lo querido por el o los celebrantes del negocio jurídico y tributo a la seguridad de terceros de buena fe, dejando abierta la posibilidad de respetar la voluntad interna, real o no declarada, a lo efectivamente querido por las partes, si con ello no se lesiona los fines del tráfico comercial.

CAPÍTULO SEGUNDO

Noción y modalidades de simulación

Summa.- 7. El concepto de simulación.- 8. El acuerdo simulatorio.- 9. Simulación absoluta del negocio jurídico.- 10. La simulación relativa.- 11. Simulación relativa parcial o de elementos del negocio.- 12. La interposición de persona: a) interposición ficticia; b) interposición real de persona; c) la hipótesis *nomen comodati*.-

7. El concepto de simulación

Ferrara, el referente clásico en la materia, definió el negocio simulado como aquel que tiene una apariencia contraria a la realidad, porque no existe en absoluto o porque es distinto de cómo aparece: “es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo.”⁶⁴. Entre la forma extrínseca y la esencia íntima –agrega el maestro italiano- hay un contraste llamativo: el negocio que, aparentemente, es serio y eficaz, es, en si mismo,

⁶⁴ F.FERRARA: *Op. cit.*, *La simulación...*, p.74. En esta línea conceptual, el jurista chileno René ABELIUK MANASEVICH, ha sintetizado los cuatro requisitos que deben concurrir en la simulación ilícita: a) la disconformidad entre la voluntad interna y la declarada; b) esta disconformidad debe ser consciente y deliberada, c) debe producirse por un acuerdo de las partes, y d) intención de perjudicar a terceros (*La obligaciones*. Tomo I, 4ª edición actualizada. Eds. Temis-Ed. Jurídica de Chile, Bogotá, 2001, p. 145).

mentiroso y ficticio, o constituye una máscara para ocultar un negocio distinto.⁶⁵ Con similar poder descriptivo es el concepto que trae el artículo 955 del Código civil argentino, centrado asimismo en la idea medular de la apariencia: *La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por el se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.* Mirada desde otra perspectiva, que atiende preferentemente a su naturaleza y que adopta Betti, se la puede identificar como un supuesto en el que las partes se proponen un fin distinto del correspondiente a la *causa típica* del negocio,⁶⁶ tesis que ha tenido buena acogida en España y se ha convertido en doctrina bastante uniforme de su jurisprudencia.

No obstante, más frecuentemente se la exhibe, y con sobradas razones, como una de las hipótesis emblemáticas de falta de correspondencia entre la voluntad real y la declaración de voluntad, en el ámbito del acto jurídico, tal como fue defendida por Ferrara en su crítica a las tesis de Schossmann y Kohler: “la simulación entraña una contradicción deliberada y consciente entre lo querido y lo declarado...”; y por Coviello: “querer una cosa distinta de la contenida en la declaración.”⁶⁷

Con la salvedad del Código civil argentino, cuyo artículo 955 acaba de transcribirse, es precisamente desde este último punto de vista que definen la simulación los pocos códigos que se han ocupado formalmente de ella, como se aprecia en los artículos 2180 del C. civil D.F. de México (*Es simulado el acto en*

⁶⁵ *Id.*, p. 60. Ya IHERING había descrito el acto simulado como un acto que contiene una mentira, sea para ocultar un acto contrario a derecho, pero también puede consistir en sustraer un acto perfectamente lícito a la curiosidad de terceros que no tienen ningún interés sobre él” (*El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Ed. Comares, 1998, p. 992).

⁶⁶ En este sentido, para BETTI “hay simulación cuando las partes de un negocio bilateral, de acuerdo entre ellas –o el autor de una declaración con destinatario determinado en inteligencia con éste- dictan una regulación de intereses distinta de la que piensan observar en sus relaciones, persiguiendo a través del negocio un fin (disimulado) divergente de su causa típica.”(*Op. cit., Teoría general...*, p. 297).

⁶⁷ Nicolás COVIELLO: *Doctrina general del Derecho civil*. Valletta ediciones, Buenos Aires, 2007, p. 354. Para G. STOLFI, la simulación consiste en “*manifestare d'accordo con l'altra parte una volotà apparente*” (*Op. cit., Teoría del negozio giuridico...*, p. 121).

que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas) y 240.1 del C. civil portugués (Se, por acordo entre declarante e declaratário, e no intuito de enganar terceiros, houver divergência entre a declaração negocial e a vontade real do declarante, o negócio diz-se simulado). Del mismo género son los conceptos implícitos en los artículos 955 del argentino, que acaba de citarse, 117.1 del BGB, que asocia a la simulación con *una declaración de voluntad emitida sólo de forma aparente*, y 94 del japonés que, sin mencionarla, se refiere inequívocamente a la simulación cuando dispone la nulidad de *la declaración de voluntad falsa realizada con el acuerdo del destinatario*.

Pero cualquiera sea el punto de vista o el elemento negocial en que se ponga el acento para definirla, su nota distintiva, cardinal, está dada por el falseamiento de la verdad.

Simular es fingir, engañar, aparentar lo que no es. Se ha dicho de ella que consiste en la “declaración de un contenido de voluntad no real” (Ferrara),⁶⁸ la persecución de “un fin (disimulado) divergente de su causa típica” (Betti),⁶⁹ una “declaración en desacuerdo deliberado” (Brugi),⁷⁰ una “declaración de las partes que no corresponde a su común querer interno” (Trabucchi),⁷¹ la creación de “un estado jurídico aparente que no corresponde a la situación real (Gaudemet)⁷², “hacer creer a los demás que es realidad lo que únicamente es una engañosa apariencia vacía del necesario propósito negocial” (Albaladejo),⁷³ “divergencia entre lo que las partes contratantes declaran externamente y lo que quieren (Lacruz Berdejo)⁷⁴, “un caso de divergencia consciente entre voluntad y

⁶⁸ F. FERRARA: Op. cit., *La simulación...*, p. 74.

⁶⁹ E. BETTI: Op. cit., *Teoría general...*, p. 297.

⁷⁰ Biagio BRUGI: *Instituciones de Derecho Civil*. Traducción de la 4ª edición italiana, Ed. Hispano Americana, México, 1955, p. 132.

⁷¹ A. TRABUCCHI: *Instituciones de Derecho Civil*. T. I. Traducción de la 15ª edición. Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, p. 162.

⁷² Eugène GAUDEMET: *Teoría General de las Obligaciones*. Ed. Porrúa, México, 1974, p. 247.

⁷³ M. ALBALADEJO GARCÍA: *La simulación*. Ed. Edisofer, Madrid, 2005, p. 17.

⁷⁴ J. L. LACRUZ BERDEJO *et al*: Op. cit., *Elementos...*, Tomo II, Vol. I, p. 397.

declaración (Messineo),⁷⁵ concierto para dar a un acto “las apariencias de otro diverso” (Claro Solar);⁷⁶ la emisión de “declaraciones que sólo son queridas en su expresión formal, sin existencia de voluntad negocial” (Gete-Alonso),⁷⁷ etc.

Como puede apreciarse, hay una consistente coincidencia de opiniones en torno a este rasgo que la muestra como una figura reñida con la verdad, aunque, forzoso es anunciarlo desde ya, ello no sea necesariamente reprochable, según luego se verá. Sin embargo, muy pronto los consensos iniciales sobre este aspecto nodal de la simulación, ceden paso a los desacuerdos cuando llega la hora de indagar en el complicado plexo de su naturaleza jurídica.

Piensan algunos autores que el tratamiento jurídico de la simulación no obedece tanto a consideraciones de contenido ético, cuando a razones de orden fundamentalmente técnico. Es el caso de Messineo, para quien la valoración y la disciplina jurídica del contrato “inficionado por la simulación”, a diferencia de lo que sucede con el contrato ilícito, no depende de principios de orden ético: “Aquí el ordenamiento jurídico interviene para disciplinar –por razones de orden técnico– un procedimiento muy frecuente en la vida práctica mediante el cual las partes emplean conscientemente el contrato como “pantalla”, o como “máscara”, para *ocultar finalidades diversas* de las que en él se manifiestan.”⁷⁸

Empero, esa opinión del eminente jurista italiano debe ser tomada con especial cuidado, porque en modo alguno significa que la construcción dogmática del negocio jurídico simulado esté del todo huérfana de sustancia ética. Piénsese, nada más, en que la buena fe tiene una función relevante en su arquitectura, sirve para definir, en primer lugar, su licitud y, luego, sus consecuencias entre las partes y respecto de terceros. Y no podría ser de otra manera, porque la buena fe es justamente una categoría ecléctica en la que se entretajan aspectos técnicos de derecho (p. ej., su función restrictiva en el ejercicio de los derechos, artículo 7 CC; e integradora del contrato, art. 1258 CC) con reflexiones eminentemente

⁷⁵ Francesco MESSINEO: *Doctrina general del contrato*, Tomo II. Traducción de la 3ª edición italiana. Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1986, p. 6.

⁷⁶ L. CLARO SOLAR: *Op. cit., Explicaciones...*, Tomo X, *De las Obligaciones* II, p. 121.

⁷⁷ María del C. GETE-ALONSO: *Op. cit., Teoría general del contrato...*, pp. 602 y ss.

⁷⁸ F. MESSINEO: *Op. cit., Doctrina general del contrato*, Tomo II. pp. 2-3.

éticas. Ello ocurre, como señala Martín Pérez, porque el propio canon de buena fe, “sin renunciar a su origen ético, deja de ser una mera etiqueta y adquiere naturaleza jurídica (...) por ser una fórmula idónea para valorar la adecuada satisfacción de los intereses respectivos de las partes, concretar deberes referentes al contenido económico del contrato y la salvaguarda del equilibrio entre prestaciones, declarando ineficaces o corrigiendo aquellos pactos que no los respeten.”⁷⁹ Refiriéndose a ella, Betti nos dice que “alude a un estilo moral de la persona que le recuerda la palabra empeñada y la hace fiel a los compromisos”, concepto en el que fundamenta la necesidad de que las partes de la simulación respeten lealmente la realidad que oculta el acto simulado.⁸⁰

⁷⁹ José Antonio MARTÍN PÉREZ: *Contrato y autonomía privada. una visión del problema de la lesión contractual*. En Revista Jurídica Utopía, Argentina, p. 26.

⁸⁰ E. BETTI: Op. cit., Teoría general..., p. 303. El profesor de Roma acomoda este concepto en una interesante perspectiva de política legislativa respecto de la simulación, desde cuyo punto de vista “el tratamiento de esta anomalía debe remitirse al modo de ver y sentir corriente y a las concepciones dominantes en la conciencia social de un determinado ambiente histórico; y en tales concepciones precisa apoyarse para aclarar si y hasta qué punto el negocio haya de considerarse utilizado para un fin que no es el suyo y presenta los caracteres de la simulación. En la fenomenología del Derecho, un estudio comparativo de los diferentes sistemas sugiere y confirma el siguiente criterio. Refiriéndose a una sociedad históricamente determinada, cuanto mayor sinceridad y claridad suela exigirse en las relaciones sociales, tanto menos propenso se será a atribuir eficacia social y jurídica a una intención voluntariamente oculta o no manifestada de modo sincero y adecuado. Viceversa, cuanto más tolerante y elástica sea, en las relaciones sociales, la exigencia de hablar claro, cuanto más tiendan las costumbres sociales a considerar norma “de buena educación” el velar la expresión del propio pensamiento, tanto más propenso será el Derecho a tomar en consideración un alejamiento entre la intención y su configuración exterior...” (*Id.*, pp. 295-296).

En la sentencia de 8 de julio de 1981 el Tribunal Supremo se refirió al “principio fundamental del derecho como es la buena fe en sentido objetivo (art. 7.1. del C.C.); es decir, el de una norma que en su profundo sentido obliga a la exigencia, en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atenuamiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre pueda provocar en el ámbito de la confianza ajena.” (Cit. por Miguel CERDÁ OLMEDO: *Nemo auditur propiam turpitudinem allegans*. En Revista de Derecho privado, diciembre 1980, p. 10). “

Una interesante sentencia de la Cámara de Apelación Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Argentina (5 de junio de 2007, Causa 63.223-J.8-R.S.D. N° 207/07), planteó la cuestión de la buena fe contractual en los siguientes términos: “La buena fe es un standard jurídico, un patrón de conducta indicativo de la orientación que el derecho pretende dar al individuo en sus relaciones intervencionales y que se proyecta sobre dos campos: el de la probidad y el de la creencia. El primer caso concierne a situaciones objetivas e impide cualquier abuso de derecho. O sea que el imperativo de obrar de buena fe impone a los contratantes el deber de hacer todo lo necesario para que la prestación a su cargo tenga un resultado útil. El segundo caso concierne a situaciones subjetivas, protegiendo las creencias y expectativas de los contratantes. Vale decir que el ordenamiento jurídico protege al contratante que de buena fe ha actuado conforme a la apariencia de una situación jurídica externamente válida, aun cuando en realidad no lo fuera. Quien produjo

Pero aun siendo importante el ingrediente ético, la simulación no es *per se*, una ofensa al estándar de la buena fe y en muchos casos se la aprecia lícita, no lesiva de los valores que estima el ordenamiento jurídico y, por esta razón, tales casos de *simulación inocente* no interesan, en principio, al derecho. El acuerdo simulatorio, dice Stolfi no tiene en sí nada de ilícito, pudiendo las partes recurrir a él por ostentación, motivos de conveniencia social o susceptibilidad individual, que las inducen a ocultar a terceros la verdadera naturaleza del negocio o el estado de sus asuntos.⁸¹ Es más, como luego habrá la ocasión de revisarlo, muchas veces este tipo de simulaciones responden a propósitos altruistas, que más bien invitan a la admiración. Suele citarse como ejemplo modélico de esta *bona specie* el del donante discreto que encubre su donación mediante la interposición de persona con el único propósito de que su generosidad permanezca en el anonimato.

Sin embargo, aunque inocente en su intención y por ello no reprobable en principio, también una simulación de este tipo podría lesionar derecho ajeno, como el de un legitimario del donante disimulado y entonces podrá ser atacada como simulación “ilícita” porque comparte con ella la doble materia del engaño y el resultado del perjuicio.

En todo caso, puede tenerse como cierto que en cualquier simulación, aun en los casos en que se la juzga lícita o inocente, siempre se está ante una hipótesis de abuso de la función instrumental del negocio, pues, como afirma Betti, “se le hace servir a la obtención de un fin que no es el suyo, aunque pueda ser perfectamente lícito.”⁸² De manera que no dejan de tener razón los autores colombianos Ospina Fernández y Ospina Acosta cuando, a guisa de prudente advertencia, hacen notar que el empleo de esta figura “debería siempre ser sospechosa de fraude, porque no es normal que los particulares, al obrar como

esa apariencia haciendo que el co-contratante confíe en ella observando la diligencia propia del tráfico es quien debe soportar sus efectos.”

⁸¹ G. STOLFI: *Op. cit.*, *Teoría del negozio giuridico...*, p. 121.

⁸² E. BETTI: *Op. cit.*, *Teoría general...*, p. 294.

delegatarios del legislador en la regulación de sus relaciones sociales, con plena conciencia engañen a los terceros.”⁸³

El interés por esta figura no es nuevo. La simulación aparece cuidadosamente reglada en el derecho romano postclásico, de lo que dan testimonio las *Constituciones de Dioclesiano y Maximiano* recogidas en las *Institutas* de Justiniano.⁸⁴ En el medioevo Baldo la calificó de materia *utilis et quotidiana*, nos informa De Castro y Bravo, “por estar en el centro de la lucha contra los procedimientos inventados para eludir las prohibiciones legales, en especial las persecutorias del préstamo usurario.”⁸⁵ De uso en el derecho intermedio francés, sin embargo no fue recogida en el *Code* que escasamente contempla una disposición sobre las contraescrituras (*contre-lettres*, artículo 1321) que ha sido el principal soporte de los autores franceses, y de quienes los siguen, para construir su doctrina sobre esta materia.

Como consecuencia de esa omisión del *corpus* napoleónico, tampoco se la encuentra en los códigos decimonónicos que, con distintos grados de fidelidad, se inspiraron en el modelo francés, como es el caso código de Bello de uso en Chile, Colombia y Ecuador, el código uruguayo (con la salvedad de algunas normas ocasionales, como la de las contraescrituras, presente en todos los códigos mencionados, y la relativa a la falsa causa del artículo 1289 del Código del Uruguay), y el español (con normas sobre las contraescrituras, artículo 1219, la falsa causa, artículo 1276, donaciones simuladas, artículo 628 y disposiciones

⁸³ G. OSPINA FERNÁNDEZ y A. OSPINA ACOSTA: *Op. cit.*, *Teoría general...*, p. 116.

⁸⁴ Véase el Tít. XXII de las *Institutas*, que lleva por epígrafe “De que tiene más validez lo que se hace, que lo que con simulación se expresa (*Plus valere quod agitur, quam quod simúlate concipitur*). Y en el *Código* se lee: “Los actos simulados (*acta simulada*), según los que no uno mismo sino su mujer hubiere comprado, no pueden alterar la realidad de la verdad (*veritatis substantiam mutare non possunt*). Así, pues, la cuestión de hecho será examinada por el juez o por el presidente de la provincia.” (*Constitución de los emperadores Dioclesiano y Maximiano*, 294-305. Cód. L. IV, T. XXII, Ley 2); “Si alguno hubiere hecho que se escriba que lo hecho por él lo hizo otro, tiene más validez lo hecho, que lo escrito (*plus actum, quam scriptum valet*).” (*Constitución de los emperadores. Dioclesiano y Maximiano*, 294-305. Cód. L. IV, T. XXII, Ley 4).

⁸⁵ F de CASTRO Y BRAVO: *Op. cit.*, *El negocio jurídico...*, p. 334.

testamentarias supuestamente simuladas, artículo 755), el belga (artículo 1321 sobre *contre-lettres*), entre otros.⁸⁶

Su tratamiento positivo con perfiles de sistema es producto de la codificación del s.XX, apareció en el Código alemán de 1900 y a partir de allí se fue incorporando, con distintos énfasis, en los códigos de México (1928), Italia (1942), Portugal (1966), Bolivia (1975), Perú (1984), Paraguay (1985), Brasil (2002), etc.

8. El acuerdo simulatorio

La simulación supone, por fuerza, un concierto tendiente a producir la apariencia de un negocio que las partes no quieren en absoluto o bien lo quieren únicamente como medio para disfrazar aquel que efectivamente desean. De lo contrario, advierte Vidal Ramírez, ausente esta concertación, faltaría un elemento indispensable del instituto, cual es la común disconformidad entre la voluntad interna y la voluntad manifestada.⁸⁷

Con muy pocas excepciones, como es el caso de Dagot,⁸⁸ La doctrina se alinea sin vacilaciones a la hora de relieves la esencialidad de este acuerdo, porque, como lo dijo la sentencia de 16 de abril de 2007 de la AP de Barcelona, tratándose de la simulación, “la verdad está precisamente en el acuerdo para simular, en un propósito común de las partes para que, tras la apariencia, subsista la realidad jurídica anterior (simulación absoluta) o para alcanzar la finalidad propia de otro contrato, disimulado pero verdadero (simulación relativa).”

⁸⁶ Hace excepción a esta tendencia el Código civil argentino, de 1869, que destinó un capítulo a la simulación (Cap. I, Título II, del Libro II).

⁸⁷ F. VIDAL RAMÍREZ: *Op. cit.*, *El acto jurídico...*, p. 425.

⁸⁸ Para este autor, la necesidad de un acuerdo simulatorio está inspirada en la doctrina clásica francesa de las contraescrituras sustentada en el artículo 1321 del *Code*. Sostiene que el acuerdo simulatorio no es de la esencia de la simulación, de manera que puede darse tanto en los contratos como en los actos unilaterales y también respecto de hechos jurídicos, como ocurre en los casos de domicilio o sede social ficticios. Agrega que la jurisprudencia francesa jamás ha exigido la prueba de un acuerdo simulatorio, aunque su presencia resulta de innegable utilidad para la prueba de la simulación: “¿*Quel meilleur moyen y a-t-il pour prouver la simulation, que de prouver la collusion des deux simulateurs?*” (Michel DAGOT: *La simulation en Droit privé*. Ed. Pichon et Durand-Auzias, París, 1965, pp. 23 y sgts.).

Para Messineo este acuerdo tiene, en cierta medida, un papel instrumental, de allí que lo califica como el *medio técnico* para realizar la simulación, y que permite distinguirla de otras anomalías del acto jurídico que presentan algunos rasgos similares. En efecto, agrega el maestro italiano, si en lugar de la concertación entre las partes cada una de ellas pretendiera independientemente concluir un negocio aparente, tendríamos dos declaraciones de voluntad afectada cada una por *reserva mental*,⁸⁹ patología negocial de diferente cuño a la que Schollmann denomina peligrosamente, por su equívoca referencia, “simulación unilateral.”⁹⁰

A la vez, la necesidad de este concierto *inter partes* pone de manifiesto otra circunstancia relevante del instituto: la simulación únicamente es pensable en los actos jurídicos bilaterales y en aquellos unilaterales *recepticios*, en los que la declaración de voluntad va dirigida al conocimiento de una persona determinada (p. ej., la notificación al deudor de la cesión del crédito).

Ahora bien, como advierte Mosset Iturraspe,⁹¹ sintetizando una opinión generalizada en la doctrina, la finalidad de engañar, ínsita en todo acuerdo de este tipo, no debe confundirse con el *propósito ilícito*, porque simular, hay que insistir en ello, aunque convengamos que puede ser cuestionable desde un punto de vista ético, no es, en sí mismo, contrario a derecho, por lo que, ya se dijo, puede darse perfectamente un *acuerdo simulatorio* con propósitos no ilícitos, ajenos a la idea de fraude, que de vida a una simulación inocente, aséptica, que normalmente devendrá inocua, como lo proclama expresamente el artículo 957 del Código civil argentino (*la simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito*).

La doctrina francesa, que ha construido su concepto de simulación a partir de la *contre-lettre* o contraescritura (artículo 1321 del *Code*), identifica con ella

⁸⁹ F. MESSINEO: *Op. cit.*, *Doctrina general...*, Tomo. II, p. 7. El autor recuerda, además, que el artículo 1414, *in fine*, del Código civil italiano utiliza expresamente esta terminología (...*che siano simulati per accordo tra il dichiarante e il destinatario*).

⁹⁰ Cit. por Adolfo WEGMANN STOCKEBRAND: *Fiducia cum creditore y simulación. La validez de la venta en garantía*. En Estudios de Derecho Civil III, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2007. Ed. Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 604.

⁹¹ J. MOSSET ITURRASPE: *Op. cit.*, *Contratos simulados...*, T. I, pp. 17-21.

este acuerdo clandestino. Los tratadistas de ese país entienden generalmente que la *contre-lettre*, paraliza, en todo o en parte, la eficacia del acto simulado o aparente (Josserand).⁹² Bonnecase, por su parte, define la contraescritura precisamente como “el acto secreto que suprime o modifica los efectos de uno aparente.”⁹³

Similar es la posición de Von Tuhr y de Messina, citados por de Castro y Bravo. Para el primero el acuerdo simulatorio se asemeja a un convenio cuyo objeto es privar de eficacia al negocio; y para el segundo en dicho acuerdo se pacta la no ejecución del negocio simulado, con lo cual se otorgan una liberación mutua de obligaciones.⁹⁴ Me parece que también habría que incluir en esta línea a Díez-Picazo quien coincide en parte con el objeto negativo que acaba de señalarse, ya que le atribuye el carácter de *compromiso* para que el contrato simulado no opere entre las partes como reglamentación preceptiva de sus intereses.⁹⁵

Ferrara critica la proposición de los dos negocios que se neutralizan o paralizan. Su argumento es que “la unidad de acción de la voluntad, excluye la idea de la neutralización, que supone dos términos igualmente eficaces y contrarios” de manera que “para que dos declaraciones se neutralicen precisa que se sucedan en el orden de lo positivo a lo negativo y, así, sustrayendo la una al contenido de la otra dan por resultado cero”. Pero ocurre, continúa Ferrara, que en la simulación sucede exactamente lo contrario, pues lo preordenado es el fraude, el acto simulado es la ejecución de un designio preestablecido.”⁹⁶ Otro tanto hace Verdura y Tuells, para quien la admisión de que a un primer acuerdo sigue otro contradictorio, “no se ajusta a la realidad del proceso psicológico del

⁹² L. JOSSERAND: *Op. cit.*, *Derecho civil...*, Tomo II, Vol. I, p. 226.

⁹³ J. BONNECASE: *Op. cit.*, *Elementos...*, Tomo II, p. 490.

⁹⁴ F. de CASTRO y BRAVO: *Op. cit.*, *El negocio jurídico...*, p. 337.

⁹⁵ L. DIEZ PICAZO: *Op. cit.*, *Fundamentos...*, pp. 222-223.

⁹⁶ F. FERRARA: *Op. cit.*, *Simulación ...*, p. 72; y más adelante precisa: “El contrato simulado no es modificado o destruido por un acto posterior, sino que, desde el principio, es un acto no serio, aparente, y la convención secreta está destinada a constatar históricamente esta ficción” (p. 73).

acto simulado, a través del cual las partes persiguen, desde el primer momento, producir una apariencia, una ilusión.”⁹⁷

Aquello supone, por cierto, que el acuerdo simulatorio es cosa distinta del contrato simulado, tesis que también sostiene Messineo, aunque sin llegar al efecto paralizante de la doctrina francesa, que le asigna entidad propia, pues “no *forma parte* del contrato simulado o del contrato disimulado”, siendo un verdadero contrato adicional que impone concretas obligaciones a las partes simuladoras.⁹⁸

Betti, en cambio, se limita a presentarlo como “una especie de negocio auxiliar que forma cuerpo con el negocio simulado” y le atribuye un objeto que, teniendo en parte un significado negativo (neutralizar el significado objetivo, es decir, lo declarado), recoge “el significado subjetivo” (lo que las partes quieren) de la declaración visible. Observa que, pese a la discrepancia entre la intención práctica (que podemos traducir como la voluntad real) y la causa típica (que correspondería al contrato simulado), existe un nexo positivo, de correspondencia, al menos parcial, del precepto del negocio simulado “con la regulación de intereses ocultamente dispuesta”, que proporciona al acuerdo simulatorio una función interpretativa. En efecto -dice Betti- la declaración simulada se interpreta a la luz del acuerdo simulatorio, como si se tratase de una declaración con función indicativa o alusiva hecha en lenguaje convencional, cuyo significado recóndito es ilustrado por una convención al propósito.”⁹⁹

Ahora bien, para completar su planteamiento de negocio autónomo, Messineo sugiere que se trataría de un *negocio preparatorio*, en tanto “sirve para preparar y hacer posible la simulación.”¹⁰⁰

En Argentina, Zannoni y Mosset Iturraspe son bastante más categóricos y lo califican francamente como un *contrato preparatorio*. El primero explica que este acuerdo obligaría a las partes a concluir el negocio simulado y,

⁹⁷ Evelio VERDERA Y TUELLS: *Algunos aspectos de la simulación*. En Anuario de Derecho Civil, Tomo III, Fascículo I, enero-marzo MCML, p. 28.

⁹⁸ F. MESSINEO: *Op. cit., Doctrina general...*, Tomo. II, p. 8. En el mismo sentido Luigi FERRI: *Lecciones sobre el contrato*. Ed. Andrés Bello, 2006, p. 244.

⁹⁹ E. BETTI: *Op. cit., Teoría general...*, pp. 299-301.

¹⁰⁰ F. MESSINEO: *Op. cit., Doctrina general...*, Tomo I, p. 8.

simultáneamente, las vincula al negocio oculto, cuando lo hay.¹⁰¹ El segundo plantea que en virtud de este acuerdo las partes quedan obligadas a exteriorizar el estatuto aparente y, a la vez, vinculadas por el estatuto oculto...” El acuerdo simulatorio, escribe Mosset Iturraspe, “es un contrato de primer grado que vincula a las partes y hace nacer la obligación de celebrar el ulterior contrato de segundo grado o de cumplimiento, el negocio simulado; en él las partes se limitan a ejecutar o cumplir la obligación que asumieron emitiendo las declaraciones aparente que lo forman...si bien el negocio simulado y el disimulado son distintos –uno traduce la apariencia y el otro la realidad- el acuerdo simulatorio les sirve a ambos de preliminar, aunque con alcances diversos; respecto del negocio simulado es contrato de primer grado u obligacional y respecto del disimulado se limita a sentar las bases o directrices que serán luego desarrolladas. Con esta aclaración adherimos a la línea de pensamiento que sostiene que “cuando se trata de una simulación relativa, el acuerdo simulatorio incluye el consentimiento del negocio disimulado.”¹⁰²

Cano Martínez, en España, se suma a esta doctrina sobre el carácter preparatorio del acuerdo simulatorio. Mediante el, dice el autor citado, se pacta la futura celebración de un contrato querido para ocultar otro distinto, pacto del cual nacen dos obligaciones: una, la de celebrar el contrato prometido y otra la de que dicho contrato sea falso; aunque ambas resultan inexigibles por la ilicitud de la causa del *concilium*. Peor aún, por esa misma ilicitud, ni siquiera pueden tener entidad de obligaciones naturales. Atrapado en lo contradictorio del argumento, Cano Martínez busca la salida por una vía todavía más extraña para afirmar que “se trata exclusivamente de una especie de obligación entre partes solamente,” de tal naturaleza que puede no cumplirse, o bien puede hacérselo para luego demandar la nulidad del contrato simulado.¹⁰³

¹⁰¹ Eduardo ZANONNI: *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. 2ª reimpresión, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 353. Y agrega el autor: “Si se tiene en cuenta que la celebración de un acto simulado responde a un acuerdo previo entre las partes, tendiente a consumir su interés, es obvio que el acto ostensible, simulado, no era más que la ejecución del acuerdo simulatorio.”

¹⁰² J. MOSSET ITURRASPE: *Op. cit.*, *Contratos simulados...*, pp. 52-53.

¹⁰³ J. I. CANO MARTÍNEZ: *Op. cit.*, *La exteriorización...*, p. 100.

Tengo para mí que esta tesis, por lo menos en lo que se refiere al radical planteamiento de Mosset Iturraspe y Cano Martínez, no tiene la generalidad que sus expositores le atribuyen y, a ratos, parece ponerse en entredicho, en su caso, con los propios planteamientos del autor argentino, que se ha pronunciado a favor de la doctrina según la cual la simulación es una situación jurídica compleja, producto de un *acto volitivo único*, en la que no existen, por tanto, *consentimientos diferentes para dos negocios diferentes*.¹⁰⁴

Recordemos, con Díez-Picazo, que contrato preparatorio o precontrato “es un contrato en virtud del cual las partes quedan obligadas a celebrar en un momento posterior un nuevo contrato –el contrato definitivo hasta ahora meramente proyectado- emitiendo para ello en su momento, las necesarias declaraciones de voluntad...”; y que el objeto de esta modalidad contractual, como sostiene Ruggiero, citado por aquél, “no es el propio del contrato que habrá de celebrarse, sino la conclusión de éste.”¹⁰⁵ Luego, parece apenas lógico que la idea de contrato preparatorio, tanto como la de *negocio auxiliar* que propone Betti, se oponen radicalmente a la prédica del acto volitivo único. De ser así las cosas, como creo que lo son, la propuesta de contrato preparatorio de Mosset Iturraspe, reitero, hace decaer su propia tesis del *acto volitivo único*, de un sólo negocio y un mismo consentimiento.

Es cierto que, en ocasiones, el acuerdo simulatorio podría presentar visos de negocio preparatorio. En efecto, es posible que las partes no deseen o no puedan celebrar de inmediato el contrato simulado de compraventa que les

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ L. DIEZ PICAZO, *Op. cit., Fundamentos...*, p.395. El artículo 1414 del Código civil peruano ha denominado “compromiso” a lo que en doctrina se conoce como contrato preparatorio, y lo define en los siguientes términos: *Por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo*. Al comentar esta figura, el tratadista chileno Fernando FUEYO LANERI destaca que el contrato preparatorio y el contrato prometido tienen vida propia (*Los contratos preparatorios consagrados en el Código Civil peruano de 1984, como una categoría, clasificación o género contractual*. En *Revista de Derecho Privado*, junio 1989, p. 557).

La crítica que formulo en el texto vale incluso para una concepción algo distinta del precontrato, que lo plantea no ya como un contrato que obliga a contratar, sino como una *promesa de contrato* que se instala como un estadio del *iter negocial* de formación sucesiva, una etapa preparatoria del contrato, en la que las partes convienen el futuro contrato” (J. L. LACRUZ BERDEJO *et al: Op. cit., Elementos...*, Tomo II, p. 384)

interesa y se comprometan a hacerlo una vez cumplido un plazo o una condición. Si las cosas ocurren de esta manera, ya existe un acuerdo simulatorio aunque todavía no se haya celebrado el contrato simulado, pero obsérvese que este pacto para engañar se encuentra integrado en lo que, simultáneamente, es un contrato preparatorio de compraventa, aunque este último no cumpla necesariamente con las exigencias de forma, cuando las hay, y por ello no sea exigible, lo que para el caso no es de gran relevancia porque tampoco el cumplimiento del acuerdo simulatorio puede exigirse.

Queda entonces de relieve:

a) que en el caso que se examina *lo preparatorio* no es propiamente el *concilium fraudis* sino el compromiso de celebrar la compraventa simulada del que aquél forma parte integrante.

b) que el objeto de este acuerdo simulatorio se relaciona con el compromiso de celebrar la compraventa simulada y no con la compraventa misma que todavía no existe.

c) que, asimismo, el único consentimiento de las partes se refiere a la preparación de la compraventa simulada; y por más que se diga que ambos consentimientos (del negocio preparatorio y de la compraventa simulada) constituyen el *continuus* de una sola mentira, son radicalmente diferentes, en oportunidad y contenido, pues el primero, insisto, se refiere a la celebración del futuro negocio simulado, mientras que el segundo es el necesario para dar vida, aunque engañosa, al contrato propiamente simulado.

Debe pensarse entonces en otra hipótesis, en la que el acuerdo simulatorio se vincule de manera distinta al negocio simulado. Ferrara lo dijo con extrema sencillez, posicionando en este acuerdo todo el cuerpo de la simulación: “lo preordenado es el fraude: el acto simulado es la ejecución del designio preestablecido.”¹⁰⁶ En otras palabras, la simulación es o *está en* el acuerdo simulatorio y parecería que mucho hay de cierto en ello. Así se explica que acuerdo y contrato simulado se integren para conformar una unidad de objeto y

¹⁰⁶ F. FERRARA: *Op. cit.*, *Simulación...*, p. 72.

voluntad y hacer realidad la afirmación de Castro y Bravo, en el sentido de que este acuerdo “no puede independizarse del negocio simulado” al punto de atribuirse causa propia y vida jurídica separada a cada uno de ellos.¹⁰⁷ Invirtiendo el orden de los factores expuesto por el maestro español, yo diría que, más bien, es el negocio simulado el que no puede independizarse del acuerdo simulatorio, pues tiene que ajustarse con mayor o menor fidelidad a las regulaciones contenidas en este último. Algo muy cercano afirma Gagliardo: “el referido acuerdo para simular no tiene una causa especial que lo independice o le confiera autonomía de lo simulado.”¹⁰⁸

Como la simulación no suele ser un fenómeno que surge de la nada, ni una inspiración de última hora que se improvisa a las puertas de la celebración del contrato simulado, sino que, por el contrario, es el resultado de un proceso relativamente elaborado, supone necesariamente algunas tratativas previas, de complejidad variable, mediante las cuales las partes van construyendo el acuerdo engañoso. Ciertamente estas tratativas no constituyen un negocio jurídico. Podría, a lo más, calificárselas como operaciones preparatorias con miras a la concreción del acuerdo. Seguramente podrán servir posteriormente para explicarlo y desempeñar la función de *conector lógico* entre el acto simulado y el disimulado, al que se refiere Messineo en manifiesta referencia a la simulación relativa.¹⁰⁹

Pero intentemos un paso más en el proceso constitucional del consentimiento para llegar al punto en que las tratativas han permitido formular una oferta formal a la que sigue la correspondiente aceptación. En un experimento de disección es posible aislar ahora dos negocios jurídicos unilaterales recepticios (oferta y aceptación) que, individualmente considerados, podrían estimarse, cada uno de ellos, estadios *preparatorios* o formativos de la compraventa simulada. Una vez ensambladas la oferta y la aceptación está

¹⁰⁷ F. de CASTRO y BRAVO: *Op. cit., El negocio jurídico...*, p. 338. En esto coincide también CANO MARTÍNEZ cuando plantea que el acuerdo simulatorio no es independiente del contrato simulado (*Op. cit., La exteriorización...*, p. 103).

¹⁰⁸ M. GAGLIARDO: *Op. cit., Simulación...*, p. 81.

¹⁰⁹ F. MESSINEO: *Op. cit., Doctrina general...*, Tomo I, p. 13.

armado el consentimiento y cabe preguntarse entonces, ¿qué consentimiento, el necesario para el acuerdo simulatorio o el que requiere el contrato simulado?

Hemos llegado al punto crítico. Si se trata de lo primero, tenemos un acuerdo simulatorio que efectivamente es un *negocio* preparatorio y distinto del simulado. Si, por el contrario, sostenemos lo segundo, no parece haber un acuerdo simulatorio independiente. Ha quedado integrado indivisiblemente, como un momento del *iter* del propio contrato simulado.

Ahora bien, ¿qué ocurre si finalmente el acuerdo simulatorio no llega a ejecutarse, no se celebra el contrato simulado, debido a que una de las partes desistió de ello?

Según la tesis del contrato preparatorio, tal como la exponen Zannoni y Mosset Iturraspe, estaríamos ante un supuesto de incumplimiento contractual y, por lo mismo, la otra parte, interesada en el perfeccionamiento del designio engañoso, estaría en condiciones de atacar la negativa y demandar la celebración del contrato simulado, extremo que evidentemente parece muy poco presentable, pero que es jurídicamente posible. Es más, el demandado podría defenderse alegando que no puede ser obligado a celebrar un contrato aparente que carece de eficacia porque *inter partes* solamente tiene valor la realidad oculta, con lo que quedaría al desnudo la inutilidad de una demanda de este tipo. Sin embargo, Mosset Iturraspe no lo ve de la misma manera y auspicia precisamente un resultado de esta guisa cuando afirma que “las partes, en virtud del acuerdo simulatorio quedan obligadas a exteriorizar el estatuto aparente y, a la vez, vinculadas por el estatuto oculto...”¹¹⁰. En otras palabras, forzadas a celebrar un contrato (*exteriorizar el estatuto aparente*) precisamente para no cumplirlo o cumplir una cosa distinta (sujeción al *estatuto oculto*).

Por lo menos la curiosa explicación de Cano Martínez tiene el mérito de reconocer que esa particularísima *especie de obligación* que a su juicio nace del acuerdo simulatorio preparatorio, finalmente no es exigible.

¹¹⁰ J. MOSSET ITURRASPE: *Op. cit.*, *Contratos simulados...*, pp. 50-51.

9. Simulación absoluta del negocio jurídico

La *simulación absoluta* tiene lugar cuando la declaración de voluntad se refiere a un negocio que no tiene el propósito de encubrir otro que las partes deseen efectivamente celebrar. No hay por tanto un negocio encubierto, porque la voluntad real es no celebrar negocio alguno. En verdad se está ante una pura apariencia de negocio, vacía de contenido real (*simulatio nuda*), un *corpus sine animus*, como la figuraban los glosadores. Por ello, puede decirse con De Castro y Bravo, que esta es la forma más simple de simulación y que supone la decisión de dar vida a una pura apariencia engañosa.¹¹¹

Ferrara describe al negocio absolutamente simulado como aquel “que, “existiendo en apariencia, carece en absoluto de un contenido serio y real. Las partes no quieren el acto, sino tan sólo la ilusión exterior que el mismo produce,”¹¹² y si lo celebran, agrega el maestro italiano, es porque se proponen producir una disminución ficticia del patrimonio o el aumento del pasivo para frustrar la garantía de los acreedores. Vidal Ramírez, adelantando lo que será su consecuencia, expresa que la simulación es absoluta “cuando recae en la existencia del acto jurídico, es decir, cuando no existe voluntad de los sujetos de celebrar el acto jurídico y sólo en apariencia lo celebra, por lo que existe un acto aparente sin que exista un acto jurídico real y verdaderamente celebrado.”¹¹³

Los pocos *corpus* que la definen, en el derecho comparado, centran su atención precisamente en esta idea de irrealidad del acto o contrato. Así, el artículo 956 del Código civil argentino nos dice que la hay *cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real*; y de manera muy similar lo hace el artículo 2180 del Código civil para el D.F. de México (*la simulación es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real*). El artículo 190 del Código civil peruano se refiere a esta modalidad como aquella *en que se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente la voluntad para celebrarlo*.

¹¹¹ F. de CASTRO y BRAVO: *Op. cit.*, *El negocio jurídico...*, p. 348.

¹¹² F. FERRARA: *Op. cit.*, *Simulación...*, p. 74.

¹¹³ F. VIDAL RAMÍREZ: *Op. cit.*, *El acto jurídico...*, p. 430.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente sobre esta modalidad, a veces para describir su perfil de *simulatio nuda*, en lo que coincide con los distintos conceptos que se encuentran en la doctrina; y así ha dicho que “tiene lugar cuando las partes formalizan un contrato con el propósito de crear una apariencia de su existencia, pero sin voluntad de celebrarlo, de manera que la apariencia formal no se corresponde con la situación real. Se crea la apariencia de un contrato, pero, en verdad, no se desea que nazca y tenga vida jurídica.” (S. 1065/2004 de 3 de noviembre).¹¹⁴

Pero en la mayoría de los casos el Tribunal Supremo ha optado por enfocarla desde su naturaleza jurídica, como figura comercial desprovista de causa. En este sentido ha resuelto que en la simulación absoluta “la falsa declaración es el fiel exponente de la falsa de causa (“colorem habet, substantiam vero nullam”); que hay simulación absoluta “cuando el contrato no tiene causa, a ésta es ilícita o falsa” (S. 374/1998 de 27 de abril)¹¹⁵; o “cuando el propósito comercial inexistente por completo por carencia de causa, *quod debetur aut quod pactetur*” (SS. 29 de noviembre de 1989¹¹⁶ y 89/2003 de 13 de febrero¹¹⁷); que “se produce cuando se crea la apariencia de un contrato, pero, en verdad, no se desea que nazca y tenga vida jurídica” (SS. 67/2000 de 5 de febrero¹¹⁸ y 1073/2000 de 27 de noviembre,¹¹⁹ con referencia ambas a la S. de 21 de septiembre de 1998¹²⁰); que “la *simulatio nuda* es una mera apariencia engañosa (...) carente de causa y urdida con determinada finalidad ajena al negocio que se finge” (S. 553/2000 de 6 de junio).¹²¹

¹¹⁴ RJ 2004/6870.

¹¹⁵ RJ 1998/2991.

¹¹⁶ RJ 1989/7921.

¹¹⁷ RJ 2003/1046.

¹¹⁸ RJ 2000/815.

¹¹⁹ RJ 2000/9317.

¹²⁰ RJ 1998/6549.

¹²¹ RJ 2000/4004. Esta sentencia cita en similar sentido las SSTs de 10 de julio de 1984 (RJ 1984/3847), 24 de octubre de 1992 (1992/8279), 7 de febrero de 1994 (RJ 1994/918), 25 de mayo de 1995 (RJ 1995/4265), 26 de marzo de 1997 (RJ 1997/1996) y 31 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9758).

10. La simulación relativa.

En esta segunda clase de simulación las partes aparentan la celebración de un negocio, que en realidad no tienen intención de concluir, para encubrir otro que es el que efectivamente desean celebrar. En otras palabras, la declaración de voluntad relativa al negocio aparente o simulado tiene por objeto ocultar la voluntad auténtica de los que intervienen en el acto. Hay pues, en este mundo enrarecido por las apariencias, la imagen distorsionada, como en ciertos juegos de espejos, de dos negocios coexistentes que ocupan, por decirlo de alguna manera, distintos planos de la realidad: a) para los terceros de buena fe, es decir completamente ajenos al acuerdo simulatorio, por regla general sólo existe el negocio público o aparente, única realidad que pueden percibir; y b) para los simuladores, en cambio, forjadores del engaño, nada más existe el secreto o disimulado, que ha sido el verdadero objetivo de su consenso malicioso, sin perjuicio de que este mismo negocio, según las circunstancias, pueda hacerse valer también por los terceros, según se verá más adelante (*Vid infra* §33).

Se la llama relativa precisamente porque no todo en ella es ficción o simulación (Albaladejo García);¹²² algo tiene de verdad y ese algo es el invisible negocio disimulado. Esta circunstancia peculiar hace más compleja la simulación relativa y pone por delante algunas cuestiones que no tienen lugar en la simulación absoluta, como la posibilidad de que se presente sólo parcialmente, de modo que tengamos un negocio real con algunos elementos simulados; la relación temporal entre los actos simulado y disimulado; la extensión de la eficacia de los negocios aparentemente involucrados; la forma en que se comunican al negocio disimulado algunos elementos del simulado; las condiciones en que puede ser válido el negocio disimulado, etc., y que se revisarán más adelante.

Ferrara describe la simulación relativa como el disfraz de un acto: “en ella se realiza aparentemente un negocio jurídico, queriendo y llevando a cabo en realidad otro distinto. Los contratantes concluyen un negocio verdadero, que

¹²² M. ALBALADEJO GARCÍA.: *Op. cit.*, *La simulación...*, p. 63.

ocultan bajo una forma diversa, de tal modo que su verdadera naturaleza permanezca secreta.”¹²³, Para Ferri, y luego se verá si esta apreciación es correcta, en la simulación relativa las partes realizan dos operaciones simultáneas en un mismo pacto que se deja ver en el negocio simulado: por un lado convienen en la supresión de los efectos del negocio simulado (no querido), a la vez que deciden su sustitución con efectos diversos (los del negocio querido).¹²⁴

El Código civil argentino la define como aquella que *se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter* (artículo 956 *in fine*), concepto que recoge asimismo el artículo 2181 del Código civil para el D.F. de México. En el Código de Perú esta modalidad de simulación tiene lugar *cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente* (artículo 191).

El Tribunal Supremo se ha referido a ella como una figura en la cual “la declaración falsa representa la cobertura de otro negocio jurídico verdadero y cuya causa participa de tal naturaleza (*colorem habet, substantiam vero alteram*) y que opera con carta de naturaleza propia bajo la denominación de contrato disimulado o, simplemente, de simulación relativa (SS. de 13 de octubre de 1987¹²⁵ y 29 de noviembre de 1989¹²⁶); que hay simulación relativa si se prueba que la cesión entre hermanos ocultaba una donación remuneratoria, que es el contrato realmente concertado (S. de 29 de noviembre de 1989¹²⁷); o que el contrato de compraventa “no tenía la causa que expresaba (función objetiva de cambio de cosa por precio) sino que oculta la causa verdadera (*causa donandi*)” (S. 1104/2004 de 23 de noviembre).”¹²⁸

¹²³ F. FERRARA: *Op. cit., Simulación...*, p. 92.

¹²⁴ L. FERRI: *Op. cit., Lecciones...*, p. 16.

¹²⁵ RJ 1987/9985.

¹²⁶ RJ 1989/7921.

¹²⁷ RJ 1989/7921.

¹²⁸ RJ 2004/7386. En la sentencia de 21 de mayo de 1969 (Sala de Casación Civil, 21 de mayo de 1969. G.J.T. CXXX, p. 142), la Corte Suprema de Colombia describió esta modalidad de simulación expresando que “no basta que los contratantes declaren no querer el acto que aparentan celebrar, sino que se requiere todavía que estipulen los términos y condiciones de otro negocio que es el que verdaderamente quieren, autónomo en su contenido, y cuyos efectos propios están destinados a producirse plenamente entre sus sujetos en conformidad con tales estipulaciones, aunque exteriormente los que aparezcan producidos sean los propios de la declaración ostensible empleada como cobertura de aquéllas.”

11. Simulación relativa parcial o de elementos del negocio

Lo dicho hasta aquí de la simulación relativa muestra un mecanismo de ocultación que se refiere a la integralidad del negocio o, si se prefiere, a su naturaleza o substancia (*substantiam vero alteram*), pues las partes no quieren en absoluto el contrato simulado y sí el disimulado. Es el clásico caso del padre que acuerda con su hijo la celebración de un contrato de compraventa para encubrir una donación o cuando patrono y trabajador hacen aparecer un contrato civil de prestación de servicios personales para disfrazar la relación laboral de dependencia.

Pero hay también una forma de simulación que se refiere únicamente a los *elementos del negocio*, que no afecta la naturaleza del que las partes desean celebrar. No hay, por tanto, en estos casos, ni siquiera la apariencia de dos negocios distintos, uno público que oculte otro verdadero, pero ocurre que en el negocio real y único las partes incorporan elementos o cláusulas ficticias que enmascaran los realmente convenidos. Galgano describe esta situación como simulación de los contenidos del negocio.¹²⁹

El artículo 167.1 del Código brasileño se refiere de alguna manera a esta variante cuando expone como casos de simulación: *I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.*

Una Corte chilena, asumiendo una tesis que igualmente es discutida, ha fallado que “en la simulación relativa es preciso distinguir la incidencia de dos vínculos contractuales: uno, el oculto, que ha sido deseado y que corresponde a la voluntad real de las partes; el otro, el aparente, que es el visible para los terceros, no sólo con el objeto de engañarlos, sino con el propósito evidente de ocultar el verdadero vínculo contractual, o sea, las partes ya no sólo se limitan a crear una apariencia, sino que emplean esta apariencia para encubrir un vínculo jurídico contractual real y querido (Corte de Temuco, 7 de diciembre de 1955. R., t. 52, secc. 2ª. p. 60. En *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas*, t. V, Libro IV. 3a edición, Ed. Jurídica de Chile, p. 20).

¹²⁹ Francesco GALGANO: *El negocio jurídico*. Traducción de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albertosa. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 336.

Ejemplos clásicos de esta simulación parcial o del contenido negocial, es el de la compraventa con precio simulado y, en materia comercial la sub y sobre facturación para obtener ventajas tributarias o cambiarias. En el campo civil es utilizada con mucha frecuencia con el objeto de reducir la carga impositiva que soportan los actos jurídicos translaticios y, en menor medida, para justificar disminuciones o incrementos patrimoniales. Obviamente si se llega al extremo de omitir el precio, no puede haber contrato de compraventa por faltar un elemento esencial del contrato: el objeto (artículos 1261 y 1445 CC); y si se hace constar un precio aparente para ocultar la falta de precio, entonces estaremos ante un caso de simulación absoluta, en tanto se oculta la inexistencia de la compraventa,¹³⁰ o bien, atentas las circunstancias, de una simulación relativa en la que se esconde una liberalidad.

Otro caso emblemático de este tipo de simulación es la interposición ficticia de persona (prestanombres o testaferros); pero, en general, puede darse respecto de cualquiera de los elementos del negocio: formas de pago, lugar de la entrega, estado del bien que se recibe, etc., según sea el particular interés de las partes del negocio.

12. La interposición de persona.

a) Interposición ficticia.

Hay simulación por interposición de persona cuando se hace intervenir en el negocio jurídico a un intermediario ficticio en el que aparentemente recaerán los efectos del mismo, siendo que en realidad, dichos efectos deben radicarse efectivamente en otra persona que es la auténticamente interesada en el negocio. El artículo 955 del Código civil de Argentina se refiere expresamente a esta modalidad simulatoria, señalando que hay acto simulado *cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.*

¹³⁰ F. de CASTRO Y BRAVO: *Op. cit.*, *El negocio jurídico...*, p. 341.

Como bien señala Trabucchi, la persona interpuesta, es solamente “el vehículo a través del cual el efecto jurídico debe transferirse al patrimonio del interesado real.”¹³¹ Ella no desempeña, por consiguiente, función jurídica alguna que pueda considerarse auténtica. Su papel en el acto jurídico está vacío de contenido real, sólo ha contribuido con su presencia física y una declaración de voluntad ficticia, en tanto no es su propósito asumir los efectos a los que ella se refiere; y de esa manera cumple con su única función que es el ocultamiento de la personalidad del auténtico contratante. Es, ni más ni menos, que el actor de una representación teatral.

Por ello, la Corte Suprema de Chile, en un caso de la interposición de persona para burlar la prohibición de autocontratar que afecta al mandatario,¹³² dijo en sentencia de 29 de noviembre de 1929, que para configurarse esta interposición “es de rigor que esa tercera persona, en el momento de celebrar el contrato de compraventa haya tenido la intención de servir en tal carácter, esto es, interviniendo con el sólo propósito de llevar a efecto posteriormente un segundo contrato que transfiera al mandatario el dominio de la misma cosa que éste le había vendido.”¹³³

Por regla general en los casos de interposición *ficta* de persona cuyo objetivo es la transferencia de un derecho, se escenifica una triangulación de operaciones jurídicas o, como lo denomina de Castro y Bravo una *doble simulación*,¹³⁴ porque primero se celebra el negocio simulado en virtud del cual el titular (A) transfiere el derecho al intermediario o testafarro (I), para que luego

¹³¹ A. TRABUCCHI: *Op. cit., Instituciones...*, Tomo I, p. 163.

¹³² La prohibición de autocontratación está consagrada expresamente en algunos ordenamientos, con ocasión del contrato de mandato (p. ej., artículos 2144, 2170, 2048, 1918 y 2070, CC.cc de Chile, Colombia, Ecuador, Argentina y Uruguay, respectivamente), o de la representación (artículos 181 BGB, 166, Cc Perú y 3:205.2.b. de los principios de Derecho Contractual Europeo). No es el caso del derecho español en el que no existe una norma específica sobre la materia, pero como anota LASARTE, la inadmisibilidad de contratar consigo mismo se puede evidenciar a partir de preceptos como los artículos 163, 244.4 y 1459 CC (*Op. cit., Principios...*, Tomo I, pp. 432-433).

¹³³ G. 1929, 2º sem., Nª 36, p. 190. R., t. 27, sec. 1ª, p. 656. En *Repertorio...*, p. 430. El concepto es válido, independientemente de lo que pueda decirse sobre la calificación del carácter real o ficticio de esta interposición.

¹³⁴ F. de CASTRO Y BRAVO: *Op. cit., El negocio jurídico...*, p. 342.

tenga lugar un segundo negocio, también simulado, en el que I transfiera a B, que es la persona con la que A desea efectivamente contratar.

Este mecanismo suele utilizarse para burlar ciertas prohibiciones de contratar o para ocultar incrementos patrimoniales. Del primer tipo es la operación por la cual se elude la prohibición de autocontratar que afecta al representante: una persona (A) encarga la venta de su casa a su representante (R). Este, en el ejercicio de la representación que se le ha conferido, la vende a I, quien luego la vende a R que ahora la compra para sí. Aunque diferente de la anterior, también aquí aparece una doble simulación, aunque de Castro y Bravo no la califica así, porque si desde el inicio el propósito del representante es adquirir para sí la casa que su comitente le encargó vender y tuvo lugar el *concilium* con el comprador (I), son simuladas su venta a I y la que este le hace posteriormente.

Empero, no es suficiente la simple interposición ficticia para que, sin más, podamos calificar el negocio como relativamente simulado.

Puesto que toda simulación exige un concierto engañoso entre las partes que intervienen en el negocio aparente, en el evento de interposición ficticia debe existir necesariamente el tal *acuerdo simulatorio*, de suerte que si la otra parte ignora el papel que cumple el testaferro, no puede hablarse de simulación.¹³⁵ Ciertamente hay una ocultación de la verdad, pero, como advierte López Olaciregui, con relación a la transmisión hecha a un testaferro, esta ocultación no se da en el acto de transmisión, no la perpetran transmisor y adquirente, sino que tiene lugar en una relación previa, extrínseca e independiente del negocio transmisivo, entre la persona que concurre como adquirente y aquella por cuya cuenta adquiere.¹³⁶ Así lo ha declarado también la jurisprudencia argentina: “cuando se encara la interposición de persona pueden darse dos hipótesis (...) Si los enajenantes conocen la interposición de persona, hay simulación relativa, consistente en la constitución o transmisión de derechos a favor de personas interpuestas que no son aquéllas para quienes en realidad se constituyen o

¹³⁵ Cfr., Jorge J. LLAMBIAS: *Código civil anotado...*, Tomo II-B., Reimpresión, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 121-122.

¹³⁶ Cit., por J.J. LLAMBIAS: *id.*, 122.

transmiten(...). Por el contrario, cuando como sucedió en las operaciones cuestionadas en la especie, los “*tradens*” ignoraron la real interposición de persona, los actos de adquisición son válidos y exentos de todo vicio, pasando los derechos transmitidos en cabeza del adquirente que ha contratado con ellos.”¹³⁷.

b) Interposición real de persona.

Diferente es el caso de la *interposición real* en la cual la persona interpósita tiene un interés auténtico en el negocio, de manera que su intervención tiene como propósito que los efectos jurídicos de aquel se radiquen efectivamente en su patrimonio. Ello ocurre, por ejemplo, en los casos de representación indirecta, en los que un representante se obliga personalmente frente a un tercero, con el propósito, y la obligación, de transferir posteriormente a su representado los efectos del negocio que celebró; y constituye la substancia de los negocios fiduciarios.

Muchos pueden ser los motivos que conduzcan a una operación de esta clase, aunque generalmente obedecen a la decisión del mandante o el representado, según el caso, de no aparecer en el negocio ni siquiera a través de otro que lo haga en su nombre. Cárcaba Fernández pone el siguiente ejemplo: Ticio desea adquirir un bien perteneciente a Sempronio con el cual está enemistado y teme, por consiguiente, que por esta razón este último se rehúse a vender. Encarga entonces a Cayo que realice la compra (mandato) a su propio nombre (*propio nomine*) conviniendo ambos que posteriormente Cayo venda a Ticio.¹³⁸

En este evento no existe simulación, por lo menos no la ilícita que nos ocupa. El negocio jurídico celebrado por el representante (Cayo) no es ficticio, no hay aquí una apariencia que proporcione cobertura a una realidad diferente. El representante (Cayo) efectivamente contrata para sí, de manera que los derechos y obligaciones que emanan del contrato se incorporan a su patrimonio y allí

¹³⁷ Sala “A” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, de Argentina, diciembre de 2007 autos “MARTINO, Gabriela Cristina y otro c/ BRAIDO, Ana Elena s/ acción de reducción).

¹³⁸ M. CÁRCABA FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, *La simulación...*, p. 89.

permanecerán hasta que en virtud de un nuevo negocio, del mismo modo verdadero, venda y transfiera el bien a su mandante Ticio.

c) La hipótesis *nomen comodat*.

Mosset Iturraspe trae a colación otro caso de interposición no simulada: el de la persona que contrata con medios económicos facilitados por un tercero.¹³⁹ Por ejemplo, un hijo compra un vehículo con dineros proporcionado por su padre, o a la inversa, lo hace el padre con dinero propio, para su hijo. En tales hipótesis – dice el autor argentino- no puede hablarse de simulación “puesto que el investido es el interesado real, el único propietario verdadero y definitivo.”

Los casos descritos de posible *prestanombre* corresponden a lo que en doctrina se conoce como *nomen comodat*, y respecto de la cual otros autores, como de Castro y Bravo, se pronuncian a favor de la simulación, toda vez que “en esta última figura se suprime el intermediario, y se oculta el negocio de transmisión, haciendo que aparezca el beneficiario como titular originario o inmediato. Por ejemplo, D abona el precio de la finca que se compra a T y hace que figure como comprador su hijo H...El carácter sincopado de la figura, no la diferencia suficientemente de la interposición de persona, para salvarle de las sanciones que se imponen a este tipo de simulación. Se trata de un procedimiento de ocultación, cuyo descubrimiento permitirá valorar la validez y eficacia de lo disimulado.”¹⁴⁰

Como puede apreciarse, el debate está puesto. Creo que las conclusiones pueden inclinarse en uno u otro sentido, de acuerdo a las circunstancias de cada caso y, sobre todo, de la posición del otro contratante. Así, en el primero podríamos estar frente a un mandato, con o sin representación, según el caso, o una fiducia *cum amico*, ambos negocios no ficticios y por tanto, excluyentes de simulación; mientras que en el segundo podría tratarse efectivamente de una liberalidad encubierta, si se hace aparecer falsamente que el dinero pertenece al hijo.

¹³⁹ J. MOSSET ITURRASPE: *Op. cit.*, *Contratos simulados...*, p. 212.

¹⁴⁰ F. de CASTRO Y BRAVO: *Op. cit.*, *El negocio jurídico...*, p. 344.

CAPÍTULO TERCERO

Sobre la naturaleza jurídica de la simulación

Summa.- 13. Planteamiento.- 14. Licitud de la simulación.- 15. La simulación es un vicio del negocio no del consentimiento negocial.- 16. La doctrina francesa tradicional de las *contre lettres*.- 17. La doctrina que explica la simulación como un vicio de la causa contractual.- 18. La simulación contiene esencialmente una divergencia entre la intención o voluntad interna y la declaración.- 19. La tesis de la coincidencia de voluntades (se quiere el negocio, pero no sus efectos).- 20. ¿Una posición armonizadora?.- 21. ¿Uno o dos negocios jurídicos?: a) Tesis del negocio único; b) Tesis dualista o de la prevalencia del negocio.

13. Planteamiento.

El tema de la naturaleza jurídica de la simulación es uno de los capítulos complejos de la teoría general del negocio jurídico y del contrato. Su análisis comprende varios aspectos que se enlazan estrechamente, como el determinar si estamos ante una figura ilícita; si en ella se da cuenta de un solo negocio o si, por el contrario, convoca la presencia de por lo menos dos negocios diferentes. Luego está el punto de precisar si la simulación es verdaderamente una hipótesis de discordancia de voluntades. Todo ello como materia liminar para establecer, finalmente, la sanción jurídica que debe recaer sobre los negocios que participan en la figura.

14. Licitud de la simulación.

Se dijo más atrás que la simulación no es ilícita *per se*. Tampoco puede estimársela, sin más, como una hipótesis de fraude a la ley, y así lo ha dicho el Tribunal Supremo: “Es cierto que la simulación no es siempre un elemento constitutivo del fraude de ley, que en esencia consiste en un enfrentamiento indirecto con aquélla para escapar a sus previsiones o mandatos, colocándose bajo el amparo de otra. Puede existir una simulación lícita o válida” (S. 48/1993 de 8 de febrero). Los artículos 957 del Código civil argentino y 305 del paraguayo, del mismo tenor, lo afirman categóricamente: *La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito.*

Lo dicho es así, por la sencilla razón de que se acepta que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad las personas disponen de un amplio espacio de libertad negocial, en mérito de la cual son soberanos para autoregular sus intereses, al extremo de que bien pueden, en ese propósito, incluso silenciar su verdadera intención negocial y formular declaraciones que no corresponden a los objetivos que realmente los animan.

Esta autonomía, vista como actividad y potestad de autorregulación de los intereses y relaciones, propias, desplegada por el mismo titular de ellas (Betti),¹⁴¹ tiene una de sus expresiones más caracterizadas en la libertad negocial, de amplitud variable, según el sistema jurídico, pero que en todo caso se encuentra prudentemente acotada por diversos factores; y, como señala Betti, presidida por la consiguiente autoresponsabilidad privada, de manera que si bien el particular es libre de actuar según su propio juicio, esa libertad está ligada al designio “de que sólo él soporte las consecuencias de su comportamiento, sean ventajosas u onerosas.”¹⁴²

Se acepta, entonces, sin mayores reparos, que en el ejercicio de esa libertad las personas emitan declaraciones de voluntad que pueden estar o no

¹⁴¹ E. BETTI: *Op. cit.*, *Teoría general...*, p. 46.

¹⁴² *Ibidem.*

ajustadas a la verdad, porque, en último término, unas y otras, especialmente las segundas, se someten al estándar de la autoresponsabilidad. Es lo que con otros términos plantea Scognamiglio: “Es ya tiempo de anotar cómo las partes pueden, en virtud del poder de autoregulación que les es reconocido, enderezar el contrato, en su contenido concreto y en virtud de acuerdos particulares, hacia una finalidad disconforme con la típica.”¹⁴³

Mentir, digámoslo sin tapujos, no es de suyo ilícito, como tampoco lo es simular, cuando sus consecuencias recaen únicamente en el núcleo de intereses de quien formula la declaración.

Por lo mismo, el ordenamiento jurídico reduce su reproche, y sólo sanciona la simulación como entidad patológica del negocio cuando transgrede ese estándar y contraviene los preceptos de la ley, la moral o el orden público (artículo 1255 Cc), o lesiona los legítimos intereses de terceros. Así lo ha declarado la Corte Suprema de Colombia: “el concepto ético-jurídico con que la ley y la doctrina aceptan y consagran el fenómeno de la simulación se funda en el principio de la autonomía de la voluntad y se condiciona con la exigencia de su licitud, esto es, con la necesidad de que con la simulación no se viole la ley ni se vulneren derechos de terceros.”¹⁴⁴

Prueba de lo expuesto es el artículo 1276 Cc que da vitalidad a la causa verdadera y lícita cuando ha sido encubierta por otra falsa; y el 1230 Cc que, via *contrario sensu*, atribuye plena eficacia entre las partes al negocio que se oculta tras los bastidores de otro simulado (y que en la lógica de dicha disposición

¹⁴³ R. SCOGNAMIGLIO: *Op. cit.*, *Teoría general...*, p. 210.

¹⁴⁴ Cas., 3 de agosto de 1931, XXXIX, 234; 30 de septiembre de 1936, XLIII, 828; 12 de diciembre de 1936, XLIC, 659; 25 de junio de 1937, XLC, 262; 25 de junio de 1937, XLC, 262; 9 de junio de 1947, LXII, 436; 5 de septiembre de 1953, LXXVI, 271. En PRECIADO AGUDELO, *De la simulación*, 2ª. edición, Ed. Librerías del Profesional, Bogotá, 1988, p. 2. En otra sentencia de 21 de mayo de 1969 la misma Corte consideró que “Por aplicación de los principios de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, el negocio jurídico con simulación, no es por esta mera circunstancia inválido ni ineficaz. En razón de aquellos postulados jurídicos a los particulares les es permitido realizar su actividad económica escogiendo para ello los medios jurídicos lícitos que estimen más adecuados, y, por ende alcanzar indirectamente lo que podrían directamente alcanzar.” (*Id.*, p. 54).

constan en contraescrituras que contienen su real intención) y únicamente les niega eficacia *contra terceros*.

Sin embargo, en la mayoría de los casos la simulación negocial lleva el estigma de operación ilícita, porque se la concierta para irrogar perjuicio a terceros, como sucede cuando se enajena ficticiamente uno o más bienes para evitar la persecución judicial de un acreedor, o cuando en un contrato de compraventa se hace constar un precio inferior al real para reducir la carga tributaria.

15. La simulación es un vicio del negocio, no del consentimiento negocial.

La simulación se distingue con bastante claridad de otras figuras con las que presenta cierto emparentamiento formal, como es el caso de la *reserva mental*, que es una divergencia intencional pero no concertada entre intención y declaración; y del *error obstativo*, en el que existe asimismo una falta de concordancia, aunque de naturaleza diferente, entre la representación que determina la voluntad del sujeto y la realidad del negocio a la que aplica su declaración, divergencia que, en cambio, es *inintencional*.

Tampoco puede asimilársela al dolo, que supone la manipulación maliciosa de la contraparte para inducir a la celebración del negocio. En otras palabras, en el dolo una de las partes trata de engañar a la otra, mientras que en la simulación, ambas partes, de común acuerdo, se proponen engañar a terceros.

En suma, la simulación, a pesar de que pueda ser calificada como una forma de patología que tiene su sede en el fenómeno de la voluntad, no es de aquellas que la deforman o distorsionan y por tal motivo podría afirmarse, a lo más, que es un vicio que afecta al *negocio*, tratamiento que le da Alterini cuando la incluye precisamente entre los *vicios propios del contrato*,¹⁴⁵ pero que de ningún modo trastorna el consentimiento de las partes.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Atilio A. ALTERINI: *Contratos civiles, mercantiles, de consumo. Teoría general*. 2ª reimpresión, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, pp. 370 y ss; Cfr. Daniel CROVI: Comentarios al Capítulo

De este enunciado fundamental se deriva una consecuencia de capital importancia: mientras la ineficacia que propone la disciplina de la simulación se encamina primordialmente a rescatar los efectos jurídicos que corresponden a la voluntad real de los declarantes (función negativo-positiva), aquella que se atribuye al sistema de los vicios del consentimiento persigue específicamente la anulación del negocio con su consecuencia de vacuidad (función puramente negativa).

16. La doctrina francesa tradicional de las *contre lettres*.

Los autores franceses y la jurisprudencia de ese país construyeron su doctrina clásica de la simulación a partir de la redacción del artículo 1321 del *Code*, según en el cual los contradocumentos (*contre-lettres*) *sólo pueden tener eficacia entre las partes contratantes, pero no contra terceros*, norma que con similar factura, pero con distinta suerte, se cobija también en el artículo 1230 del Código español.

Mediante un proceso interpretativo que, como luego se verá, unos pocos autores han cuestionado porque reduce la amplitud del concepto, doctrina y jurisprudencia francesas enclaustraron la función de la *contre-lettre* en la idea de un contrato oculto o disimulado en el cual las partes declaran su voluntad real, para modificar o neutralizar los efectos de otro contrato celebrado simuladamente entre ellas.

Esta lectura sustantivada de las *contre-lettres*, da cuenta, por consiguiente, de dos contratos en radical conflicto: por una parte, el oculto o sincero, querido por las partes, contenido en la contraescritura, y, por otra, el aparente, engañoso

I, *De las simulación en los contratos*. En Código Civil comentado (Julio César Rivera y Graciela Medina, Directores). Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, p. 413; Eugenio Osvaldo CARDINI: *El llamado "Vicio de simulación"*. En Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Contratos, Tomo I (Raúl Tavolari, Director). Ed. Jurídica de Chile-Puntolex-Thomson Reuters, Santiago, 2010, p. 400.

¹⁴⁶ En este sentido el fallo de la Corte de Temuco, Chile, de 7 de diciembre de 1955: "la simulación no es un vicio del consentimiento...no puede asimilarse la simulación al dolo." (R., t. 52, secc. 2^a, p. 60. En *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas*, t. IV, Libro IV, Ed. Jurídica de Chile, Segunda edición, p. 20).

o simulado; de tal manera que este último resulta, en la expresión de Josserand, *paralizado* por el anterior,¹⁴⁷ o con sus efectos modificados o suprimidos por aquél, al decir de Planiol y Ripert.¹⁴⁸ Autores más modernos como Terré, Simler y Lequette, insisten en ello al analizar la estructura de la simulación y hablan del acto oculto modificado por el aparente (*l'un caché venant contrediré l'autre apparent*).¹⁴⁹

Esta interpretación tradicional, sin embargo de su abrumadora dominación en el sistema francés, no ha sido del todo pacífica. Se ha criticado, con sobrada razón, que un instituto de tanta riqueza teórico-práctica, como es la simulación, capaz de proyectar su influencia en amplios campos de la teoría del negocio jurídico, se la haya reducido al análisis de un instrumento –la *contre-lettre*– que, a todas luces, el Code disciplina en sede de su función preferentemente adjetiva, de valor como medio probatorio, y con el único propósito de consagrar su inoponibilidad a terceros, lo que se evidencia, además del inequívoco texto, por su ubicación en la Sección I (*De la preuve littérale*) del Capítulo VI (*De la preuve des obligations et de celle du paiement*) del Libro III.

Una objeción importante fue la de Gaudemet que, sin embargo, no dejó de lado lo esencial de la insistente tendencia francesa a presentar la figura de un convenio aparente cuyos efectos se suprimen o modifican por medio de otro destinado a quedar en secreto. Luego de destacar el propósito esencial de la

¹⁴⁷ L. JOSSERAND: *Op. cit.*, *Derecho civil...* Tomo II, Vol. I, p. 226. “Pero puede ocurrir –afirma el profesor de Lyon– que los contratos sean *simulados*, que revistan carácter *ficticio*: en la idea de las partes, que quisieron dar el cambio, no están destinados a recibir ejecución, por lo menos en los términos en que se presentan ostensiblemente. Su efecto está paralizado en todo o en parte por un acuerdo clandestino, por una contraescritura, de suerte que la realidad no corresponde a la apariencia: *aliud simulatur, aliud agitur*. Nos encontramos entonces en presencia de os convenciones que son simultáneas: una de ellas, ostensible, pero engañosas; la otra sincera, pero secreta.”

¹⁴⁸ M. PLANIOL y G. RIPERT: *Op. cit.*, *Tratado elemental...*, Tomo V, p 106. Para estos autores “Hay simulación cuando se celebra una *convención aparente, cuyos efectos son modificados o suprimidos por otra contemporánea de la primera, y destinada a permanecer en secreto*. Esta definición supone, pues, que hay identidad de partes y de objeto, en el acto ostensible y en el secreto. El acto secreto se llama *contradocumento* (*contre-lettre*).

¹⁴⁹ François TERRÉ, Philippe SIMLER e Yves LEQUETTE: *Droit Civil. Les obligations*. 10ª edición, Ed. Dalloz, 2009, p. 549.

simulación que es “crear un estado jurídico aparente que no corresponde a la situación real”, Gaudemet agregó que por lo general, esa situación real se hace constar en un contradocumento que está “destinado a probarla.” Una de sus más lúcidas críticas, que alcanzan a la propia redacción del artículo 1321 *Code*, y ataca el corazón mismo de la tesis tradicional, es que “se confunde el título probatorio con el propio convenio secreto, al que se designa como contraescritura”, lo que explicaría que el precepto se encuentre perdido en la teoría de la prueba cuando debería haberse colocado a continuación del artículo 1122, en la Sección relativa al consentimiento.¹⁵⁰

Bonnecase se sumó al reproche para calificar de errónea la identificación de contradocumento y simulación, puesto que el primero solamente es el medio para conseguir el fin que es la simulación.¹⁵¹

Dagot profundizó aún más esta dirección crítica y denunció el carácter limitante de la tesis francesa de la simulación, instituto que sobrepasa con mucho a la simple noción de la *contre-lettre*. Una tendencia exegética, ha señalado el autor francés, apegada a la literalidad del artículo 1321 *Code*, conduce a exigir en todo caso la existencia de una contraescritura, además que examina la simulación únicamente a partir de sus efectos subjetivos, especialmente en lo que se refiere a la inoponibilidad a terceros, y la encierra en el sistema de los contratos, pues a ellos se refiere precisamente el texto legal cuando habla de las *contre-lettres*. Con ello queda excluida, por ejemplo, la posibilidad de simulación en el matrimonio o en ciertos negocios unilaterales, además de que la doctrina tradicional no tiene respuesta para los casos en que, produciéndose efectivamente la simulación, no existe un contradocumento escrito, siendo inobjetable que en muchos casos el

¹⁵⁰ Eugène GAUDEMET: *Teoría general de las obligaciones* (Traducción y notas por Pablo Macedo). Primera edición en español, Ed. Porrúa, México, 1974, p. 247. En Chile, R. ABELIUK MANASEVICH reproduce esta crítica a la ubicación de la disciplina de la contraescritura (*La obligaciones*. Tomo I, 4ª edición actualizada. Eds. Temis-Ed. Jurídica de Chile, Bogotá, 2001, p. 148). Me parece que esta doctrina recurre a una petición de principios, porque da por supuesto lo que debe demostrarse, es decir, que la contraescritura es la simulación, para objetar en seguida que el Código la haya reglado en el capítulo de la prueba de las obligaciones, sin detenerse a considerar algo mucho más lógico y sencillo, es decir, que esa ubicación obedece precisamente al hecho de que el legislador no la identificaba con la simulación

¹⁵¹ J. BONNECASE: *Op. cit.*, *Elementos...* Tomo II, p. 490.

acuerdo simulatorio es verbal. Desde luego que la *contre-lettres* es una forma de simulación muy importante en la práctica, dice Dagot, pero no es la única; ella puede ser de la naturaleza de la simulación, pero no se ve razón para considerarla de su esencia.¹⁵² Por otro lado, y cita en esta parte a Marty y Raynaud, esa tendencia, de insistir en su lectura literal, haría inaplicable la posibilidad de que los terceros hagan prevalecer en su favor el acto simulado.¹⁵³

Verdera y Tuells ha puesto de resalto la escasa fuerza de convicción de la doctrina francesa de las *lettres y contra-lettres* como expresiones de dos actos distintos y contradictorios, aduciendo, con impecable rigor, que construir la simulación a partir de un primer acuerdo que luego de celebrado es contradicho por uno nuevo, “no se ajusta a la realidad del proceso psicológico del acto simulado, a través del cual las partes persiguen, desde el primer momento, producir una apariencia, una ilusión.”¹⁵⁴

17. La doctrina que explica la simulación como un vicio de la causa contractual.

De Castro y Bravo ha dado prestigio al argumento de que el Código civil español ha aceptado la doctrina según la cual “la simulación resulta de una especial condición de la causa, la de ser mentida o falsa”, lo que aparecería sustentado en el artículo 1276 Cc. Descarta, por consiguiente, que la figura pueda reducirse a una divergencia entre voluntad y declaración, ni entre contrarias declaraciones. Una vez levantada la máscara de la simulación, agrega el maestro

¹⁵² M. DAGOT: *Op. cit.*, *La simulation...*, pp. 10-13.

¹⁵³ MARTY et RAYMOND: *Droit Civil*, t. II, 1er. Vol, Nº 273. Cit. por M. DAGOT: id. p. 12. En realidad el artículo 1321 Code no conduce necesariamente a una conclusión como la expuesta en el texto. GAUDEMET lo deja claro al precisar que “la ley sólo dice que la contraescritura no surte efectos en su contra. Esto no significa que no podrán prevalecerse de ella, si tienen interés en invocarla en lugar del acto ostensible.” (*Op. cit: Teoría general...*, p. 250).

¹⁵⁴ E. VERDERA Y TUELLS: *Op. cit.*, *Algunos aspectos...*, p. 28.

español, se pone en evidencia la falta de causa o la causa típica o atípica que la disimula.¹⁵⁵

Sin embargo, la tesis de residencia en la causa ha sido bastante matizada, tanto, que en oportunidades parece diluirse en reflexiones de discutible matriculación causalista.

Diez-Picazo y Gullón se suman a ella, pero dejan en claro que no se trata de un defecto de la causa ideal o típica y llevan la cuestión al terreno de la *causa simulationis*. Un tratamiento causal de la simulación, afirman, “requiere establecer una distinción entre la causa considerada como causa ideal referida al tipo de negocio (p. ej., venta) y la causa particularizada o causa real del mismo (causa *simulationis*)”, que puede ser de muy variados órdenes pues dice relación con la motivación de las partes. Por ello concluyen que más que un defecto de la causa, “la anomalía negocial y la razón de la represión de la simulación hay que encontrarla en el engaño y en la necesidad de triunfo de la verdad.”¹⁵⁶ Como quiera que la presenten, la posición de los autores citados está alineada con la tesis del vicio de la causa, no importa como la entiendan, si típica o *simulandi*, cuestión que es materia de otro debate (la discusión mayor, que tiene que ver con el propio concepto de causa), porque el argumento del engaño y el triunfo de la

¹⁵⁵ F. De CASTRO Y BRAVO: *Op. cit., El negocio jurídico...*, pp. 336-339. Advierte el autor que la finalidad de la simulación, no obstante haberse llamado *causa simulationis*, no tiene el sentido técnico de causa como requisito del contrato del artículo 1261.3º, sino es simplemente “uno de los datos que se incorpora a la causa, como causa concreta”, concepto que fue expuesto en la STS. de 18 de abril de 1945.

Igualmente de corte causalista es la explicación de J. Ignacio CANO MARTÍNEZ que presenta la simulación como una alteración de la causa del contrato (*La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*. Ed. Bosch, Barcelona, 2009, p. 96.

Una antigua sentencia de la Corte Suprema de Chile se inclinó por esta doctrina que en la jurisprudencia chilena, más inclinada a la sede de la voluntad, es más bien aislada: “Son nulos, por carecer de causa real y lícita, los contratos que, bajo las apariencias de contratos onerosos, sólo tienen por fin traspasar los bienes de una sociedad conyugal a terceras personas” en perjuicio de los llamados a suceder. (9 de mayo de 1915, G. 1925, 1er. sem., N° 34, p. 381. R., t. 23, sec., 1ª, p. 175. En *Repertorio...*t. VI, p. 172). En el mismo sentido opina el profesor chileno Víctor VIAL DEL RÍO: “Si la simulación es absoluta, establecida ésta el acto simulado se desvanece, quedando, en suma, inexistente... Si la simulación es relativa se desvanece y queda inexistente el acto simulado, que no va a producir efectos porque carece de causa o tiene una causa falsa o engañosa.”: (*Teoría general del acto jurídico. 5ª edición actualizada*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 144).

¹⁵⁶ L. DIEZ-PICAZO y A. GULLÓN: *Op. cit., Sistema...*, Vol. I, p. 513.

verdad, sobre todo esto último, podrán servir para explicar la razón de la sanción legal, mas no la naturaleza jurídica de la simulación.

En Italia, la más destacada explicación de corte causalista ha sido expuesta por Betti, que presenta la simulación como una hipótesis de divergencia consciente entre la intención práctica y la causa típica o función del negocio. El negocio es puesto en acción “como medio para alcanzar un fin distinto de aquel que su causa representa”, con lo que se consuma “un abuso de la función instrumental del negocio”, sin que ello sea necesariamente ilícito.¹⁵⁷ Hay pues, una discrepancia, una falta de correspondencia, pero ella se da “entre la causa típica del negocio y la determinación causal de la parte.”¹⁵⁸

El asentamiento de esta figura en sede de la causa ha sido la doctrina más regular del Tribunal Supremo. Fue expuesta en la sentencia de 13 de octubre de 1987¹⁵⁹ y reiterada, entre otras, por la importante sentencia de 29 de noviembre de 1989, sobre simulación de un contrato de cesión de derechos hereditarios,¹⁶⁰ que la sintetizó en tres ideas fundamentales:

¹⁵⁷ E. BETTI: *Op. cit., Teoría general...*, p 294.

¹⁵⁸ *Id.*, p. 295.

¹⁵⁹ RJ 1987/9985.

¹⁶⁰ RJ 1989/7921. El caso era el siguiente: las dos herederas de don Marcelino D.G. demandaron la nulidad, entre otras, de la escritura pública de cesión, por el precio de 1.000 ptas., de sus derechos hereditarios entre los que se incluían 25 fincas cuyo valor a la fecha del contrato era de 250 a 275.000 ptas., hecha por su causante a favor de su hermano don Cayetano, en cuya casa vivía don Marcelino que, salvo un breve período respecto de una de ellas, se desentendió siempre de sus responsabilidades paternas. Dos años antes de su muerte, don Marcelino otorgó testamento nombrando herederas a las actoras, aunque a la sazón carecía realmente de patrimonio por efecto de la cesión impugnada y de los otros negocios cuya nulidad se demandó. La AT. de Oviedo declaró la nulidad de la cesión por inexistente, simulada y hecha con el designio de privar a sus hijas de sus derechos legitimarios debido a su enemistad con ellas y el parentesco y convivencia con el cesionario. El Tribunal Supremo consideró que la cesión en disputa estaba presidida o informada “por el propósito implícito de gratitud del cedente”, por lo que no podía subsumirse el caso en los contratos onerosos del primer inciso del artículo 1274, sino de los remuneratorios de su inciso segundo. Había, por tanto, una simulación relativa en la que la cesión de derechos encubría una donación remuneratoria, modalidad de simulación que por no estar específicamente regulada por el Código Civil, la doctrina más decantada “la subsume como un supuesto incluíble dentro de la causa del negocio, es decir, la simulación que implica un vicio de la causa negocial, con la sanción de los artículos 1275 y 1276, y por tanto con la declaración imperativa de nulidad, salvo que se acredite la existencia de otra causa verdadera y lícita.” En cuanto a los derechos hereditarios de las hijas el Tribunal Supremo agregó que la tutela legitimaria vulnerada por la donación, podía lograrse por la vía del artículo 819 in fine, de ser aquella una donación inoficiosa.

a) Que el “C.Civ., fiel a la teoría de la causa, regula dos supuestos o clases en cuanto a su falsedad o fingimiento: uno, el más general y operativo en la práctica, en que la falsa declaración es el fiel exponente de la carencia de causa («colorem habet, substantiam vero nullam») y que configura la llamada simulación absoluta y, el otro, aquel en que la declaración falsa representa la cobertura de otro negocio jurídico verdadero y cuya causa participa de tal naturaleza.”¹⁶¹

b) Que respecto de la nulidad absoluta, la figura “se anida a través del art. 1274 en un supuesto de inexistencia contractual por falta de causa: S. 24-2-86 (RJ 1986/935) y que tal carencia proviene en razón al sentido de la causa inmerso en el art. 1275 del C.C.”¹⁶²

c) Que “se puede distinguir una dualidad, o simulación absoluta, cuando el propósito negocial inexistente por completo por carencia de causa—*cur debetur aut cur pactetur*. Esta idea fue reiterada en la sentencia 976/1998 de 27 de octubre¹⁶³ que declaró: “cuando el negocio que se pretende amparar por el derecho es irreal como sucede con la compraventa y la opción discutidas en la litis (...) entonces surge la inexistencia del negocio jurídico por falta de causa.”

¹⁶¹ En el mismo sentido, la STS de 8 de julio de 1999 (RJ 1999/5900), invocada por la STS de 8 de febrero de 1996 (RJ 1996/952), declaró: "... la Sala que juzga refleja en línea de principio, en cuanto a la simulación absoluta, las tesis sustentadas en numerosas sentencias, entre ellas, la de 29-11-1989 (RJ 1989, 7921); se expuso, entre otras, en S. 18-7-89 (RJ 1989, 5715), calificada la simulación de total o absoluta, la llamada –*simulatio nuda*–, la misma por su naturaleza esencialmente contraventora de la legalidad (la cual como es sabido, al no estar específicamente regulada o contemplada por nuestro CC [LEG 1889, 27], ha sido estructurada por la doctrina más decantada, y frente a la tesis de que pueda ser una manifestación de discordancia entre la voluntad real y declarada –vicio de voluntad–, la subsume como un supuesto incluíble dentro de la causa del negocio, es decir, la simulación que implica un vicio en la causa negocial, con la sanción de los arts. 1275 y 1276, y por tanto con la declaración imperativa de nulidad, salvo que se acredite la existencia de otra causa verdadera y lícita; y se puede distinguir una dualidad, o simulación absoluta, cuando el propósito negocial inexistente por completo por carencia de causa –*cur debetur aut cur pactetur*– y la relativa que es cuando el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado, ostentando una afinidad cuasi pública con los institutos que en su juego operativo se prevalecen de la significativa tutela de la intemporalidad o imprescriptibilidad de aquellas acciones que persiguen la destrucción de lo así simulado y el prevalimiento de la realidad con el desenmascaramiento del negocio de ficción efectuado."

¹⁶² Pueden agregarse a ellas la SSTS de 23 de septiembre de 1990 y 16 de septiembre de 1991 (RJ 1991/6274) según las cuales “la simulación contractual se produce cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, por responder éste a otra finalidad jurídica distinta sin que se oponga a la apreciación de la simulación el que contrato haya sido documentado ante fedatario público."

¹⁶³ RJ 1998/8256.

Posteriormente el Tribunal Supremo ha resuelto que “la Sentencia de 21 de septiembre de 1998 (RJ 1998\6549) dice que «la ciencia jurídica afirma mayoritariamente que la figura de la simulación está basada en la presencia de una causa falsa” (S. 67/2000 de 5 febrero);¹⁶⁴ que “la causa del contrato litigioso no responde a la función económica social o práctica de asesoramiento técnico, y en este sentido no hay causa, en cuanto meramente aparente o ficticia, pero sí concurre otra causa disimulada –función económica de cambio de cosa por precio– que da lugar a la figura contractual típica de la compraventa (...) y, que al ser válida y lícita, produce la plena eficacia de la vinculación jurídica en aplicación de la doctrina de la simulación relativa” (S. 103/2001 de 12 febrero);¹⁶⁵ que “tal simulación contractual se produce cuando no exista la causa que nominalmente expresa el contrato, ni se acredita la presencia de otra verdadera y lícita” (S. 444-2001 de 8 mayo);¹⁶⁶ que la “simulatio nuda” “por su naturaleza esencialmente contraventora de la legalidad (la cual como es sabido, al no estar específicamente regulada o contemplada por nuestro CC (LEG 1889, 27), ha sido estructurada por la doctrina más decantada, y frente a la tesis de que pueda ser una manifestación de discordancia entre la voluntad real y declarada –vicio de voluntad–, la subsume como un supuesto incluíble dentro de la causa del negocio, es decir, la simulación que implica un vicio en la causa negocial” (S. 89/2003 de 13 febrero);¹⁶⁷ que “se crea la apariencia de un contrato, pero, en verdad, no se desea que nazca y tenga vida jurídica, por lo que, al ser falsa la causa expresada, y no existir otra verdadera y lícita, falta la causa, dando lugar a la nulidad (rectius, inexistencia) del negocio” (S. 1065/2004 de 3 noviembre);¹⁶⁸ que “la sentencia de instancia ha declarado acreditada la simulación relativa, en el sentido de que el contrato de compraventa no tenía la causa que expresaba (función objetiva de cambio de

¹⁶⁴ RJ 2000/815.

¹⁶⁵ RJ 2001/3963.

¹⁶⁶ RJ 2001/7377.

¹⁶⁷ RJ 2003/1046.

¹⁶⁸ RJ 2004/6870.

cosa por precio) sino que oculta la causa verdadera (causa donandi), siendo válida la donación disimulada” (S. 1104/2004 de 23 de noviembre).¹⁶⁹

18. La simulación contiene esencialmente una divergencia entre la intención o voluntad interna y la declaración.

Ya se ha dicho que la operación simulatoria consiste esencialmente en un engaño, en hacer creer una cosa distinta a la que se aparenta, en presentar ante terceros un negocio que ninguna de las partes verdaderamente quiere, o bien, con el que persiguen ocultar otro negocio que realmente desean celebrar. Por lo mismo, puede afirmarse, con el aval de un importante sector de la doctrina, que la simulación da cuenta de una discrepancia entre dos voluntades diferentes: una, la intención o voluntad real de los agentes involucrados en ella y, otra, la voluntad declarada, expuesta públicamente en la celebración el negocio simulado. Más preciso, entre lo que las partes quieren y lo que declaran.

Así viene planteado desde Ferrara que caracterizó esta figura negocial justamente como “la divergencia intencional entre voluntad y declaración”;¹⁷⁰ y se ha mantenido como doctrina prevaleciente entre los autores italianos, con un enfoque diferente en Francia y con muy importantes adhesiones en España, entre los ordenamientos europeos; y en la mayor parte de los países sudamericanos (Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, Perú).

En el caso de Francia, ya está señalado que el grueso de su doctrina, fundada principalmente en la existencia de dos actos contradictorios, no ha prestado mayor atención al debate trenzado entre la divergencia de la voluntad y el vicio de la causa.

No obstante, la misma idea medular de que una declaración de voluntad anula o paraliza otra declaración de voluntad, permite intuir que en la profundidad de la tesis palpita la convicción de que se está ante un juego de voluntades

¹⁶⁹ RJ 2004/7386.

¹⁷⁰ F. FERRARA: *Op. cit.*, *Simulación...*, pp. 61-62.

encontradas, idea subyacente que en algunos casos sale a la superficie, como ocurre con Bonnecase. Este importante tratadista francés tiene el mérito notable de haber desmitificado la figura de la *contre-lettre*, tradicionalmente empleada en la doctrina de su país como sinónimo de simulación, calificando de errónea dicha identificación puesto que el contradocumento solamente es el medio para conseguir el fin que es la simulación.

Si bien Bonnecase no abandona lo esencial de la doctrina francesa del negocio que suprime otro negocio, y considera al contradocumento como “el acto secreto que suprime o modifica los efectos de uno aparente”, pone de manifiesto que ese acto secreto “expresa una voluntad real, en tanto que el acto aparente traduce una voluntad simulada.”¹⁷¹

Entre los autores italianos, Scialoja se refiere a la simulación como “il vicio più grave che può avere un negozio giuridico dal punto di vista della volontà, perché non esiste una vera volontà diretta alla formazione del negozio medesimo;”¹⁷² y Stolfi la hace consistir en “manifestare d´accordo con l´altra parte una volontà apparente.”¹⁷³ En cierta medida esta es también la opinión de Galgano, que habla de un contrato sin voluntad de las partes o contrato no querido.¹⁷⁴ Messineo, a su turno, recogiendo lo que califica como opinión considerablemente preponderante, describe la simulación precisamente como “un caso de divergencia consciente entre voluntad y declaración,”¹⁷⁵ aunque, como es natural, advierte que se trata de una divergencia diferente (intencional) a la que se da en otros hipótesis como las de error y violencia donde aquella es inconsciente o inintencional.

En similares términos lo exponen los tratadistas chilenos Claro Solar (“La voluntad manifestada no corresponde a la voluntad real cuando es simulada”);¹⁷⁶

¹⁷¹ J. BONNECASE: *Op. cit., Elementos...*, Tomo II, p. 490. En el mismo sentido, M. PLANIOL y G. RIPERT: *Op. cit., Tratado Elemental...*, Tomo V, p. 106.

¹⁷² V. SCIALOJA: *Op. cit., Negozi giuridici...*, p. 331.

¹⁷³ G. STOLFI: *Op. cit., Teoría del negozio giuridico...*, p. 121.

¹⁷⁴ F. GALGANO: *Op. cit., El negocio jurídico...*, p. 338.

¹⁷⁵ F. MESSINEO: *Op. cit., Doctrina general...*, Tomo II, p. 6.

¹⁷⁶ L. CLARO SOLAR: *Op. cit., Explicaciones...*, Tomo Undécimo, p. 121.

y Alessandri y Somarriva (“contenido de voluntad no real”).¹⁷⁷ En Colombia se inclinan por esta tesis Valencia Zea (“todo negocio simulado supone esencialmente una disconformidad entre lo querido realmente por las partes y lo que aparece como querido en el negocio”) ¹⁷⁸ Guerrero¹⁷⁹ y los Ospina.¹⁸⁰ En Perú, Vidal Ramírez (“el acto jurídico simulado requiere de una disconformidad deliberada entre la voluntad interna de las partes y su manifestación”) ¹⁸¹ y Leysser León.¹⁸² En México, el tratadista Rojina Villegas.¹⁸³

En Argentina, donde la simulación ha tenido un importante desarrollo doctrinario, con el invalorable soporte de un tratamiento positivo sobre la materia, sostienen esta tesis, entre otros, Llambías, para quien “la simulación está formada por dos declaraciones: una reservada y que corresponde al verdadero querer de las partes; otra, ostensible destinada a los terceros y que no corresponde al real querer de las partes”;¹⁸⁴ Spota (“el acto simulado implica una declaración de voluntad que no encierra sino una apariencia de querer; existe, en él, una *reserva*

¹⁷⁷ A. ALESSANDRI y M. SOMARRIVA: “La simulación es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitido conscientemente y de acuerdo entre las partes o entre el declarante y la persona a la cual va dirigida la declaración, para producir con fines de engaño la apariencia de un acto jurídico que no existe o es distinto de aquél que realmente se ha llevado a cabo” (*Op. cit., Derecho civil...*, Tomo I, Vol. I, p. 449). En el mismo sentido, R. ABELIUK MANASEVICH: “La simulación forma parte de un tema más amplio: la divergencia entre la voluntad real de las partes y la declarada por ella” (*Op. cit., La obligaciones*. Tomo I, p. 145).

¹⁷⁸ A. VALENCIA ZEA: *Op. cit., Derecho civil...*, T. III, p. 74.

¹⁷⁹ M. GUERRERO: “esta figura jurídica envuelve la idea de una discrepancia intencional entre la voluntad interna y la declaración, con miras de producir una apariencia de convenio jurídico con fines específicos” (*Op. cit., La simulación...*, p. 95).

¹⁸⁰ G. OSPINA FERNÁNDEZ y E. OSPINA ACOSTA: “Esta figura específica de la discordancia entre la voluntad real (elemento interno) y su declaración (elemento externo), consiste en el concierto entre dos o más personas para fingir una convención ante el público, con el entendido de que esta no habrá de producir, en todo o en parte, los efectos aparentados; o en disfrazar, también mediante una declaración pública, una convención realmente celebrada, con el ropaje de otro negocio diferente; o en camuflar a una de las partes verdaderas con la interposición de un tercero” (*Op. cit., Teoría general...*, p. 112).

¹⁸¹ F. VIDAL RAMÍREZ: *Op. cit., Acto jurídico...*, p. 423.

¹⁸² L. L. LEÓN sitúa a la simulación como la más importante hipótesis “de discordancia entre lo querido y lo manifestado” (*Op. cit., Apuntes...*, pp. 926-927).

¹⁸³ R. ROJINA VILLEGAS: “Lo más característico en el negocio simulado es la divergencia intencional entre voluntad y declaración” (*Op. cit., Compendio de Derecho Civil...*, T. III, p. 447).

¹⁸⁴ J. J. LLAMBIÁS: *Op. cit., Código civil anotado...*, Tomo II-B, p. 121.

mental bilateral, que pone de resalto la divergencia entre lo declarado y lo querido, o voluntad real”,¹⁸⁵ Zannoni,¹⁸⁶ Garibotto,¹⁸⁷ Gagliardo¹⁸⁸ y Crovi¹⁸⁹.

Ya se comentó que en España buena parte de los autores y de la jurisprudencia han instalado con bastante fuerza la doctrina que explica la simulación como un vicio de la causa, sea por ausencia o por falsedad de la misma, con fundamento en los artículos 1275 y 1276 Cc.

Sin embargo, un sector doctrinario no menos importante, y muchos fallos del Tribunal Supremo, se inclinan por su esencial configuración de anomalía del consentimiento. Así ocurre, entre otras, con las SSTS de 6 de mayo de 1950, 17 de febrero de 1966 y 30 de junio de 1966. En la S. 814/2004 de 26 julio,¹⁹⁰ el Tribunal Supremo admitió la adhesión jurisprudencial a esta línea doctrinaria, aunque a reglón seguido advirtió que ha cedido el paso a la doctrina del vicio de la causa: “Tiene declarado esta Sala, sentencia de 30-9-89 (RJ 1989, 6394) que ‘el concepto jurisprudencial y científico de simulación contractual –doctrina superada por la afectante a la causa– que es un vicio de la declaración de voluntad de los negocios jurídicos por el cual, ambas partes, de común acuerdo, y con el fin de obtener un resultado frente a terceros, que puede ser lícito o ilícito, dan a entender una manifestación de voluntad distinto de su interno querer.”

Para Albaladejo García, que hace una interesante distinción entre el fin de la simulación, que es el engaño a terceros, y el medio utilizado para tal efecto, que es la declaración divergente de la voluntad, la simulación es, sin duda, esta

¹⁸⁵ A. Spota *Op. cit.*, *Contratos...*, Tomo I, p. 443.

¹⁸⁶ E. ZANONNI: “cuando se alude a la simulación como vicio de los actos jurídicos coexisten la apariencia negocial –aspecto externo del proceso simulatorio- y la oculta intención real de las partes que han concluido el negocio simulado –la apariencia negocial- con una intención práctica diferente de aquella que el negocio simulado tiende a realizar. Es una discordancia entre la voluntad interna y su manifestación” (*Op. cit.*, *Ineficacia y nulidad...*, pp. 351-352).

¹⁸⁷ J. C. GARIBOTTO: en estos casos “existe un divorcio deliberado entre la voluntad interna y la manifestación de voluntad, entre lo que realmente se quiere y lo que se expresa querer” (*Op. cit.*, *Teoría general...*, p. 210).

¹⁸⁸ M. GAGLIARDO. Entre los elementos del acto simulado identifica a la “contradicción consciente entre la voluntad interna y la que fuere declarada” (*Op. cit.*, *Simulación jurídica...*, p. 16).

¹⁸⁹ D. CROVI: “Existe una contradicción entre la voluntad interna y la declarada, hay una discordancia entre lo efectivamente querido por las partes del negocio y lo declarado” (*Op. cit.*, *Comentarios...*, p. 413).

¹⁹⁰ RJ 2004/6633.

inconcordancia entre declaración y voluntad, “porque en el negocio simulado la declaración externa, que es la declaración propia del negocio (simulado), discrepa de la voluntad.”¹⁹¹

Lacruz Berdejo prefiere hablar de “desconexión entre la voluntad interna y la manifestación exterior”¹⁹² y de “divergencia entre lo que las partes contratantes declaran externamente y lo que quieren y se declaran entre ellas;”¹⁹³ y enfila una consistente crítica a la doctrina mayoritaria de la falsa causa, sostenida por el Tribunal Supremo, tanto porque no es congruente con la historia del artículo 1276 que le sirve de sustentación positiva, cuanto porque al conectar la simulación directamente con la causa contractual, no tiene en cuenta que su ámbito es mucho más amplio, como lo demuestran la experiencia jurídica y el propio Código que alude específicamente a ella en disposiciones como el artículo 628 (donaciones simuladas), o simplemente la sugiere, como en el artículo 755 (disposiciones testamentarias disfrazadas con causa onerosa),¹⁹⁴ crítica que, ya se vió, formularon también algunos autores franceses, como Dagot, a su doctrina nacional de las *contre-lettres* (*Vid supra* §16).

Lasarte, en seguida de presentar la simulación como una ficción o apariencia, concluye que “en tal sentido, los supuestos de simulación representan (si no todos, al menos algunos) posiblemente la hipótesis más característica de desacuerdo o discrepancia de la voluntad negocial con la declaración correspondiente”;¹⁹⁵ Verdera y Tuells habla de declaraciones que “divergen de la

¹⁹¹ M. ALBALADEJO GARCÍA: *Op., cit., La simulación...*, pp. 19-20.

¹⁹² J. L. LACRUZ BERDEJO *et al.*: *Op. cit., Elementos...*, Tomo II, Vol. I, p. 393.

¹⁹³ *Id.*, p. 397. También en Tomo I, Vol. III, p. 180.

¹⁹⁴ *Id.*, p. 182.

¹⁹⁵ C. LASARTE: *Op. cit., Principios...* Tomo I, p. 394. La jurisprudencia chilena se ha pronunciado mayoritariamente por esta doctrina. Así, ha dicho que “Hay simulación cuando el consentimiento manifestado en un acto o contrato no corresponde a la voluntad real.” (Corte Suprema, 6 de septiembre de 1949, G. 1949, 2° se., N° 17, p. 91. R. t. 46, sec. 1ª, 9. 737. En *Repertorio*, t. VI, p. 171); “toda vez que existe disconformidad consciente entre la voluntad y su declaración convenida entre partes con el fin de engañar a terceros.” (Corte de Temuco, 7 de diciembre de 1955, R., t. 52, secc. 2ª, p. 60. En *Repertorio...* t. VI, p. 387); “Simulación es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño, la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo.” (Corte de Santiago, 26 de diciembre de 1957, R. t. 55, secc. 1ª, p. 188; 11 de septiembre de 1958, R. t. 58, secc., 2ª, p. 21. En *Repertorio...* t. VI, p. 387); “...para que exista

respectiva e interna voluntad;¹⁹⁶ y Cárcaba Fernández es enfática al afirmar que “en todos los casos de simulación existe discordancia intencional entre la voluntad declarada y la voluntad real.”¹⁹⁷

En el último tiempo hay que destacar la adhesión de Carrasco Perera a esta tesis, que sin embargo de no atribuir una gran importante práctica a la discusión sobre el punto, propone “que la simulación es un problema de divergencia entre consentimiento y declaración, no una patología de la causa del contrato, a pesar de la ubicación sistemática imprecisa del art. 1276 CC.”¹⁹⁸

19. La tesis de la coincidencia de voluntades (se quiere el negocio, pero no sus efectos).

Diez-Picazo descarta que la simulación signifique una divergencia consciente entre la voluntad y la declaración y constituya, por lo mismo, un vicio de la declaración. Para este propósito se funda en el hecho de que entre las partes existe un acuerdo simulatorio y que su declaración negocial coincide con su “voluntad de declarar.” Lo que ocurre, agrega el profesor español, es que existe entre ellos conformidad en que declaración sea puramente aparente, es decir, en que no opere como reglamentación preceptiva de sus intereses,¹⁹⁹ criterio que comparte Ruiz Serramalera.²⁰⁰ Como fundamento de su crítica a la llamada posición doctrinal declaracionista (de la discordancia entre voluntad y declaración) Cano Martínez acoge precisamente esta nueva posición doctrinal. Sostiene que las partes efectivamente quieren lo que dicen, es decir, el negocio

simulación es necesario que concurren los siguientes requisitos: disconformidad entre la voluntad interna y su declaración, disconformidad deliberada y consciente...” (Corte de Temuco, 7 de diciembre de 1955, R., t. 52, secc. 2ª, p. 60; 26 de diciembre de 1957, R. t. 55, secc. 1ª, p. 188; Corte de Santiago, 11 de septiembre de 1958, R. t. 58, secc., 2ª, p. 21; 10 de julio de 1985, R. 82, sec., 2ª, p. 86. En *Repertorio...*t. VI, p. 387).

¹⁹⁶ E. VERDERA Y TUELLS: *Op. cit.*, *Algunos aspectos de la simulación...*, p. 28.

¹⁹⁷ M. CÁRCABA FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, *La simulación...*, p. 31.

¹⁹⁸ A. CARRASCO PERERA: *Op. cit.*, *Derecho de contratos...*, p. 144.

¹⁹⁹ L. DIEZ-PICAZO: *Op. cit.*, *Fundamentos...*, Tomo I, pp. 221-222.

²⁰⁰ Ricardo RUIZ SERRAMALERA: *El negocio jurídico*. Universidad Complutense-Facultad de Derecho, Madrid, 1980. Citado por M. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, *La simulación...*, p. 32.

simulado o aparente, de modo que dicho negocio no está excluido de su voluntad interna, con el añadido de que al hacerlo persiguen, además, la finalidad de encubrir otro negocio jurídico (el disimulado) o bien la nada (en la simulación absoluta).²⁰¹

Trabucchi propone algo similar en cuanto a negar la tesis de la divergencia entre voluntad y declaración, mas su conclusión es diferente, pues a su juicio, lo que existe en la simulación es una divergencia “entre dos voluntades concordes”, una que mira a crear la apariencia y otra que atiende a la diversa y efectiva relación entre los contratantes. Y sentencia: “se quiere el negocio, pero no se desean sus efectos.”²⁰²

Más radical, Ferri niega que la simulación implique ausencia de voluntad, pues existe una “declaración querida”, con una significación objetiva, y “lo que las partes no quieren no es la declaración en su verdadero significado, sino los efectos que derivan de éste, el vínculo que nace.” A su juicio, el problema radica en que no se distingue entre *ausencia* de voluntad interna, conforme con la declaración, y voluntad *contraria* al contenido de la declaración.” La simulación no muestra una *ausencia de voluntad* sino la presencia de una *voluntad contraria*, que no es simplemente interna, sino declarada.”²⁰³

Mosset Iturraspe desarrolla lo medular de esta complicada doctrina. Para el tratadista argentino en el acuerdo simulatorio existe coincidencia entre la voluntad interna y la declarada. “Si nos preguntamos, dice el autor citado, cuál de las dos declaraciones es querida por las partes, la que corresponde al negocio simulado o la pertinente al acuerdo simulatorio, debemos concluir que ambas son queridas, que no hay divergencia o contraste entre voluntad y declaración.”²⁰⁴ Y más adelante cierra la idea con la afirmación de que “las partes quieren las declaraciones que emiten, aunque no quieren el contenido de dichas

²⁰¹ J. I. CANO MARTÍNEZ: *Op. cit.*, *La exteriorización...*, p. 96.

²⁰² A. TRABUCCHI: *Op. cit.*, *Instituciones...*, Tomo I, p. 163.

²⁰³ L. FERRI: *Op.cit.*, *Lecciones...*, pp. 15-16.

²⁰⁴ J. MOSSET ITURRASPE: *Op. cit.*, *Contratos simulados...*, Tomo I, p. 30.

declaraciones, no quieren la regulación económica o jurídica que les corresponde.”²⁰⁵

En otras palabras, esta tesis propone la existencia efectiva de dos actos contradictorios, pues supone que las partes declaren simultáneamente querer algo, en lo que dice relación con los terceros, y no querer nada o querer algo diferente a lo primero, para el efecto de sus relaciones internas.

Verdera y Tuells la critica justamente desde el punto de vista de que ambas declaraciones son divergentes de las voluntades internas, tanto frente a terceros como entre las partes. Lo que ocurre, dice el autor español, es que entre las partes “esta declaración es inocua, porque ha sido emitida de común acuerdo.”²⁰⁶ El criterio es compartido por Cárcaba Fernández, con el recio argumento de que expresar deliberadamente querer algo que de verdad no se desea “no es suficiente para afirmar que no existe desacuerdo entre la voluntad interna y la exteriorizada; únicamente sirve para calificarlo de consciente.”²⁰⁷

Me parece que la objeción puede ir todavía más lejos. Una tesis como la que se comenta no contribuye al esclarecimiento de la naturaleza jurídica de la simulación. Muy por el contrario, introduce un juego argumental que más bien la confunde. Es una explicación sumamente ingeniosa pero frágil, que presenta, a mi juicio, una hipótesis que se deriva claramente hacia la falta de seriedad de la manifestación de voluntad, con el consiguiente riesgo de inexistencia del negocio. Afirmar que se quiere un negocio pero no los efectos del mismo, es una suerte de deslumbrante malabarismo que aporta escasa substancia, jurídicamente al menos, y lo coloca muy próximo a la figura del negocio *iocandi causa* o del contrato celebrado en un aula universitaria con propósitos puramente académicos, porque también en estos casos se *quiere* el negocio, no importa para qué fines, pero en ninguno de los dos se *quieren* sus efectos.

²⁰⁵ *Id.*, p. 34.

²⁰⁶ E. VERDERA Y TUELLS: *Op. cit.*, *Algunos aspectos...*, p. 28.

²⁰⁷ M. CÁRCABA FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, *La simulación...*, p. 32.

20. ¿Una posición armonizadora?

Se han planteado varias proposiciones que, desde distintos puntos de vista, buscan reducir la brecha abierta entre las doctrinas que acaban de revisarse.

En algunos casos aquellas se concilian mediante la renuencia a asignar una naturaleza común y única a todas las formas de simulación, que es la posición de Castán Tobeñas, para quien debe distinguirse entre simulación absoluta y simulación relativa, porque sólo en esta última puede hablarse de vicio de la causa, con fundamento en el artículo 1276 del Código civil, que deja a salvo los contratos fundados en otra causa verdadera y lícita. Tratándose de la simulación absoluta, admite el autor, existe una discrepancia total entre la voluntad real y la declarada.²⁰⁸

Muy similar es la explicación de Roca Sastre que de hecho integra en el concepto global de simulación las dos explicaciones extremas, para disociarlas luego en función de su específica modalidad. En efecto, nos dice que así como en la simulación absoluta sólo hay una declaración de voluntad aparente, en la relativa (disimulación) “hay divergencia, aunque querida, entre una voluntad real y la declaración emitida”; y añade que el supuesto de que bajo el negocio simulado se oculte otro realmente querido (el negocio disimulado), se prevé en el artículo 1276 del Código Civil bajo la figura de la falsa causa que encubre otra causa verdadera y lícita.²⁰⁹

Otros autores han llamado la atención sobre la inconveniencia de buscar una respuesta a la naturaleza de la simulación mediante la reducción del análisis a una de las dos principales doctrinas expuestas; sobre todo si se tiene en consideración que la trascendencia de identificar dicha naturaleza apunta al tratamiento que debe darle el ordenamiento jurídico, en términos de eficacia o de

²⁰⁸ J. CASTÁN TOBEÑAS: *Op. cit.*, *Derecho civil español...*, Tomo I, Vol. II, pp. 711-712.

²⁰⁹ R. ROCA SASTRE: *Op. cit.*, *Estudios...*, p. 61.; L. DIEZ PICAZO, por su parte, admite esta divergencia y propone soluciones alternativas de valoración de la voluntad y la declaración (*Op. cit.*, Tomo I, p. 183).

sanción. La vía utilizada no es el divorcio final propuesto por Castán Tobeñas, sino más bien lo contrario, es decir, la integración constante de las sedes causa y voluntad.

Así lo presenta Lacruz Berdejo cuando habla de la posibilidad de “construir un concepto de simulación que no se refiera exclusivamente a la causa” sino también a los restantes requisitos del contrato, entre ellos el consentimiento, lo que guardaría coherencia, además, con lo que efectivamente ocurre en la realidad.²¹⁰

Lasarte, a su turno, observa con mucha objetividad esta controversia doctrinaria y advierte que “por ninguna de las dos vías puede llegarse a una conclusión general acerca de la sanción que merezcan los negocios simulados y, en su caso, cual sea la eficacia del negocio simulado y disimulado,” atribuyendo buena parte de la dificultad, por una parte, a la circunstancia de que el Código español carece de una normativa que se ocupe de forma sistemática y coherente de la simulación, y por la otra, al hecho de que la eficacia se resuelve en función de los intereses en juego.²¹¹

Albaladejo también muestra una apertura en esta misma dirección, para dejar claro “que faltando verdaderamente la voluntad hay un caso de discrepancia entre voluntad, que no se tiene, y declaración de voluntad en la que aparece como querido lo que no se quiere”; divergencia que es precisamente el medio de que se valen las partes para engañar a terceros; pero a lo anterior agrega que, adicionalmente, “está claro que falta la causa del negocio, ya que la que se le atribuye es ficticia.”²¹²

Para Gagliardo la nota esencial de la simulación es “la discordancia usualmente bilateral querida por las partes intervinientes”,²¹³ lo que configura una

²¹⁰ J. L. LACRUZ BERDEJO *et al.*: *Op. cit., Elementos...*, Tomo, p. 399.

²¹¹ C. LASARTE: *Op. cit., Principios...*, Tomo I, p. 395.

²¹² M. ALBALADEJO GARCÍA: *Op. cit., La simulación...*, p. 18.

²¹³ M. GAGLIARDO: *Op., cit., La simulación*, p. 66.

anomalía que debe incluirse en la descripción de la causa falsa del artículo 501 del Código civil argentino.²¹⁴

En Italia, Auricchio, plantea que si se quiere agotar la cuestión en el plano meramente psicológico, se llega a revelar en cualquier caso una divergencia –más o menos grave- entre lo querido y lo declarado (*tra voluto e dichiarato*), divergencia que siempre es idéntica desde el punto de vista del sujeto, no obstante lo cual, de la misma manera que ocurre en el negocio fiduciario, existe en la simulación una alteración de la causa.²¹⁵

Me parece que los autores citados tienen razón en sus apreciaciones sobre la dificultad del asunto. Es más, podría agregarse que, en último término, quizás no sea muy trascendente, para los resultados prácticos, adscribirse a una u otra doctrina. Sea por incongruencia entre la voluntad y la declaración, sea por vicio de la causa, o por ambas a la vez, lo cierto es que el negocio simulado nunca podrá ser *técnicamente* eficaz, trátase de simulación absoluta o relativa, pues en ambos casos acusa una falla insalvable en los requisitos para *que haya contrato* (artículo 1261 CC); y, por su lado, en el evento de la simulación relativa, normalmente será válido el negocio disimulado -lícito, por cierto-, sea porque se da a su respecto el consentimiento que faltaba en el simulado, o porque muestra la causa verdadera a la que se refiere el artículo 1276 Cc.

Otra cosa muy diferente es que, con independencia de aquella anomalía, en ciertas circunstancias los terceros de buena fe puedan hacer valer en su favor unos u otros, en el despliegue de ese juego de intereses al que se refiere Lasarte, a pesar de que el escrutinio técnico los haya calificado de inexistentes o nulos. Como luego se verá, en esta solución “de intereses”, se hace presente una argumentación de otra naturaleza, de cuerpo excepcional, ajena a la pura técnica de la existencia y validez del negocio, aureoleada por el principio general de la buena fe y por la disciplina particular de la apariencia negocial, que proporcionan

²¹⁴ *Id.*, p. 68.

²¹⁵ A. AURICCHIO: *Op. cit.*, *La simulazione...*, p. 187.

indispensables matizaciones justificadas por la seguridad del tráfico jurídico (*Vid infra* §31).

Por ello se me ocurre que ninguna de aquellas razones, ni todas ellas asociadas, son efectivamente un obstáculo insalvable para definir la naturaleza jurídica de la simulación, como figura patológica del negocio jurídico, tarea que, en mi particular percepción, es necesaria así sea solamente para el correcto diseño de la dogmática del instituto. De allí que juzgo muy útil la observación de Lasarte como inquietante suscitación para buscar una fórmula que concilie las doctrinas en disputa.

En este instituto hay, en efecto, una inocultable divergencia entre la intención y la declaración, que no se resiente por la confusa proposición aquélla de que se quiere lo que no se quiere. Negarlo es una seductora pero peligrosa invitación a la acrobacia jurídica. Pero ese divorcio entre lo querido y lo aparentado, entre lo deseado y lo declarado, se traduce de inmediato –o, si se prefiere, simultáneamente- en el recurso fantasioso de aparentar efectos jurídicos donde no los hay (simulación absoluta), lo que cae de lleno en el defecto de falta de causa (artículo 1275 Cc); o bien, de poner a la vista unos determinados efectos que corresponden a un negocio específico, para ocultar otros que realmente desean producir los simuladores (simulación relativa) y que son propios de un tipo comercial diferente, configurándose ahora la hipótesis de falsa causa del artículo 1276 Cc.²¹⁶

Dedúcese de lo expuesto que hay allí una relación de complementariedad, más que una contradicción; y me da la impresión que algo de ello está en la lógica de algunas sentencias del Tribunal Supremo que, miradas de otro modo, *prima facie*, parecerían extrañamente pendulares. Es el caso, por ejemplo, de la

²¹⁶ J. I. CANO MARTÍNEZ (*Op. cit.*, *La exteriorización...*, p. 96) critica esta postura como una debilidad de la posición declaracionista, “por el hecho de reconocer sus representantes que, además de la discrepancia de voluntades, desde luego se da siempre en la simulación una causa inexistente o falas.” No obstante, de inmediato admite que esto último es más bien un efecto y no el por qué de la simulación, que es, ni más ni menos, lo que se ha sostenido en el texto.

sentencia de 13 de octubre de 1987²¹⁷ que sostuvo, primero, que “sabido es que nuestro Código Civil, fiel a la tradicional teoría de la causa, regula dos supuestos o clases en cuanto a su falsedad o fingimiento: uno, el más general y operativo en la práctica, en que la falsa declaración es el fiel exponente de la carencia de causa («colorem habet, substantiam vero nullam») y que configura la llamada simulación absoluta y, el otro, aquel en que la declaración falsa representa la cobertura de otro negocio jurídico verdadero y cuya causa participa de tal naturaleza («colorem habet, substantiam vero alteram») y que opera con carta de naturaleza propia bajo la denominación de contrato disimulado o, simplemente, de simulación relativa.” Sin embargo, a reglón seguido, la sentencia toma partido por la doctrina de la divergencia entre voluntad y declaración, al explicar que la dicotomía entre los dos supuestos recién señalados, “ha llevado a precisar a la Jurisprudencia que, al existir una discrepancia total entre la voluntad real y la declarada, faltan los elementos necesarios para que el negocio jurídico nazca, supuesto predicable de la simulación absoluta, a la par que cuando de simulación relativa se trata, el contrato disimulado puede ser válido si es lícito y reúne, además, los requisitos correspondientes a su naturaleza...”

De este mismo predicamento parece ser la sentencia 816/1997 de 30 de septiembre, en la que el Tribunal Supremo recordó que en sentencia de 26 diciembre 1953²¹⁸, había declarado que la simulación “supone la inexistencia del contrato por falta de los requisitos enumerados en el artículo 1261, ya que la voluntad contractual manifestada no coincide con el consentimiento de los interesados y carecen de realidad las prestaciones constitutivas de la causa.”²¹⁹

21. ¿Uno o dos negocios jurídicos?

a) Tesis del negocio único.

²¹⁷ RJ 1987/9985.

²¹⁸ RJ 1953/3344.

²¹⁹ RJ 1997/6614.

Parece razonable plantear que, en estricto rigor, en los casos de simulación, sea absoluta o relativa, solamente pueda pensarse en un negocio jurídico único, aclarando que la referencia al “negocio único” no significa necesariamente admitir su existencia, que es precisamente el punto a discutir, sino simplemente descartar la posibilidad fáctica de coexistencia de dos actos o contratos.

Precisamente por ello Gagliardo nos dice que “en la simulación lo que prevalece es la unidad intelectual del acto: lo aparente y secreto se conciben como unidad.”²²⁰

El fundamento de esta proposición radica en que no puede concebirse un desdoblamiento del consentimiento y, si se quiere, de la causa negociales, pues uno y otra tienen que referirse a un negocio específico. Así, por ejemplo, en el caso de la compraventa celebrada para eludir la acción de los acreedores (simulación absoluta), este contrato es la única referencia de que se dispone para el análisis, pues no existe otra entidad negocial en la trastienda de la declaración. El consentimiento y la causa, si es que existen, o mejor aún, el escrutinio acerca de la existencia de estos elementos, deberá realizarse, por tanto, en función de esta única hipótesis. No hay otra posibilidad.

Para el caso de la simulación relativa, en cambio, el examen es más complejo, pues el hallazgo del negocio único supone analizar dos figuras de distinta contextura que disputan un lugar en la realidad, para decidir finalmente cual es la auténtica y cual una mera apariencia. La solución, ya se dijo, depende de la correcta atribución que se haga del consentimiento y la causa.

La tesis del negocio único ha prevalecido en la doctrina alemana y puede observarse, en las últimas décadas, en algunos fallos de la Corte Suprema de Colombia, como el de 8 de febrero de 1979 que declaró: “En la simulación hay un solo acto o contrato, no uno ostensible y otro oculto, y en ningún caso se trata de contrabalancear dos situaciones jurídicas, las en un tiempo llamadas aparente y prevalerte, sino dos pruebas o conjuntos de pruebas contrarios. De adoptar la

²²⁰ M. GAGLIARDO: *Op. cit.*, *Simulación jurídica...*, p. 62.

tesis, todavía parcialmente en boga, que se trata de dos actos o contratos, y no de uno solo y verdadero, que las partes han querido simular o disfrazar como si fuera otro, se tendría que aceptar una dualidad de consentimiento (...) que necesariamente implicaría su mutua destrucción y por ende la inexistencia de ambos actos, pues el recíproco consentimiento de las partes para uno de ellos quedaría eliminado por el acuerdo de las mismas para acto distinto.”²²¹

b) Tesis dualista o de la prevalencia del negocio.

Referida preferentemente a la simulación relativa, aunque algunos la aplican también a la absoluta,²²² esta doctrina aprecia la efectiva existencia de dos negocios, el aparente y público, que es materia de la declaración, y el oculto o disimulado que corresponde al negocio que en realidad quieren celebrar las partes.

En la doctrina francesa el principal apoyo de esta tesis es el artículo 1321 del *Code*, según el cual las escrituras hechas por los contratantes para alterar lo pactado en otra escritura, sólo produce efecto entre ellas y no son oponibles a terceros. Esa escritura primitiva expresa el negocio aparente o simulado, mientras que la *contre-lettre* que se otorgan las partes, representa el negocio disimulado, el verdadero, querido y ocultado por ellas.

²²¹ Cas. Civ., 28 febrero 199. En Darío PRECIADO AGUDELO: *Op. cit., De la simulación*, p. 22. En el mismo sentido, la sentencia de 20 de noviembre de 1979: “Conviene precisar, rectificando el criterio expuesto por el Juez a quo, que hace más de una década la Corte abandonó la tesis dualista de la simulación que veía en este fenómeno la celebración de dos actos jurídicos... Con fundamento en los artículos 1502 y 1518 del Código Civil que en los negocios jurídicos dan primacía a la intención de las partes cuando difiere de la declaración hecha por las mismas, se ha sostenido que en el fenómeno de la simulación, no existen dos operaciones, una pública y otra privada, sino una “entidad negocial única”; no hay allí un doble contrato, sino uno mero, pero los simulantes convienen en hacer dos declaraciones, una, la aparente o pública, que se exterioriza erga omnes, y otra, la privada, que contiene la verdadera intención de las partes y que es la que ha de regir sus relaciones jurídicas.” (*Id.*, p.39).

²²² Como se verá al tratar de la contraescritura como medios de prueba, en el Capítulo de la prueba de la simulación, ese documento no constituye propiamente un negocio jurídico distinto del acto simulado, sino normalmente una mera constancia de la verdadera intención de los contratantes, de manera que cuando se la otorga en los casos de simulación absoluta, para declarar, por ejemplo, que la compraventa celebrada entre las partes no es real, no puede decirse que se haya celebrado un nuevo negocio que paralice o modifique al aparente. Lo que ocurre es que se ha producido una prueba de singular fuerza de convicción que en la mayoría de los casos permitirá que, en lo que se refiere a las partes, se declare su inexistencia o nulidad.

Para Josserand esta dualidad produce un efecto paralizante, total o parcial, en el negocio público “por un acuerdo clandestino, por una contraescritura, de suerte que la realidad no corresponde a la apariencia: *aliud simulatur aliud agitur*,”²²³ efecto que en otros casos se expone como modificación o contradicción. Por efecto de una norma similar al artículo 1321 *Code*, (artículo 1707 del Cc de Chile) esta doctrina ha sido sostenida en la doctrina y la jurisprudencia chilena, como se aprecia en una sentencia de su Corte Suprema, de 30 de junio de 1923, en la que se dijo que en la simulación el acto privado, confidencial (contraescritura) modifica o contradice al otro externo, público u ostensible.²²⁴

En otras palabras, tienen eficacia tanto el negocio simulado como el real; o, mejor aún, las declaraciones públicas como las privadas de las partes, con diferencias de prevalencia, de modo que entre las partes prevalece la declaración real o acto oculto al que se refiere la contraescritura privada, mientras que respecto de terceros prevalece, por lo menos en principio, la declaración pública, o escritura conocida.

Este mismo criterio informa al artículo 6:103 de los Principios de Derecho contractual europeo, según el cual *Cuando las partes concluyen un contrato aparente que encubre su verdadero acuerdo, entre las partes prevalecerá este último.*

²²³ L. JOSSEAND: *Op. cit.*, *Derecho civil...*, T.II, vol. I, p. 226.

²²⁴ R. t. 22, sec., 1^a, p. 272. En *Repertorio...* t. VI, p. 172. Cfr. R. ABELIUK MANASEVICH: *Op. cit.*, *Las obligaciones...* Tomo I, p.. 144 y ss.

CAPÍTULO CUARTO

Los efectos de la simulación

Summa.- 22. Plan de exposición. I. EFECTOS RELATIVOS AL NEGOCIO MISMO.- 23. Una breve revisión preliminar acerca de la inexistencia del negocio jurídico: a) ¿Existe la inexistencia del negocio jurídico?; b) Debe o puede declararse judicialmente la inexistencia?.- 24. La tesis de la inexistencia del negocio simulado: a) La cuestión en la simulación absoluta; b) ¿Puede hablarse de inexistencia en la simulación relativa?.- 25. Tesis de la nulidad del negocio: a) En la simulación absoluta; b) En la simulación relativa.- 26. Tesis que niegan la nulidad del negocio. II. EFECTOS DE LA SIMULACIÓN ENTRE LAS PARTES.- 27. Planteamiento. 28. Efectos de la simulación absoluta entre las partes. 29. Efectos de la simulación relativa *inter partes*.- 30. Limitación del efecto restitutorio con relación a los terceros de buena fe.- III. EFECTOS DE LA SIMULACIÓN RESPECTO DE TERCEROS.- 31. Referencia previa a la confianza y la doctrina de la apariencia.- 32. Precisión de la noción de tercero.- 33. El derecho de opción de lo terceros de buena fe en función de sus concretos intereses.- 34. Conflicto de intereses entre terceros de buena fe.-

22. Plan de exposición.

Los efectos de la simulación pueden abordarse desde dos perspectivas que si bien se encuentran íntimamente vinculadas, metodológicamente es conveniente diferenciarlas para una mejor comprensión. La primera, de perfil más bien objetivo, se refiere propiamente al negocio y tiene que ver con su incidencia en la existencia y validez del mismo. La segunda, de carácter subjetivo, se refiere a la forma en que sus consecuencias impactan los intereses de las partes intervinientes en la simulación y de los terceros afectados por ella.

I. EFECTOS RELATIVOS AL NEGOCIO MISMO

23. Una breve revisión preliminar acerca de la inexistencia del negocio jurídico

a) ¿Existe la inexistencia del negocio jurídico?

La existencia del negocio jurídico es una constatación que podríamos llamar de tipo fenomenológico que antecede a cualquiera análisis sobre su valor o eficacia. Dicho de otro modo, determinar si un negocio existe, es una tarea que trata de verificar el *hecho* del negocio, como paso previo al juicio acerca de sus propiedades jurídicas. Sólo un acto existente puede ser sometido a un escrutinio sobre su valor o ineficacia.

El tema no suele ser abordado por los ordenamientos positivos, que por lo general han optado por soslayarlo, con notables excepciones como los códigos civiles del D.F. de México²²⁵ y de Venezuela.²²⁶

Como se sabe, esta noción es el producto de un trabajo doctrinario cuyo origen se atribuye al jurista alemán Zachariae von Lingenthal, a partir de la constatación de que el derecho positivo no contemplaba la nulidad de los matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo, lo que planteaba un serio problema acerca de su eficacia.²²⁷ De este particular capítulo la doctrina de la inexistencia emigró exitosamente hacia la teoría general del negocio jurídico.

²²⁵ Su artículo 2224 dispone que *El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.*

²²⁶ En su artículo 1141 se contemplan tres *condiciones requeridas para la existencia del contrato* (consentimiento de las partes, objeto que pueda ser materia de contrato y causa lícita).

²²⁷ En presencia del principio *pas de nullité sans texte*, la falta de texto expreso significaba que no podía declararse nulo dicho matrimonio, con la lógica consecuencia de su eventual validez, cuestión que pugnaba con el pensamiento de la época. El recurso de ZACHARIAE para superar esta pugna entre el rigor de la técnica jurídica –que impedía la nulidad- y la ética de su tiempo –que rechazaba su eficacia-, fue la tesis de la inexistencia.

Para Planiol y Ripert “un acto es inexistente cuando carece de un elemento esencial a su formación, y de tal naturaleza que el acto sea inconcebible sin él”²²⁸; o como plantea Bonnecase, “cuando hacen falta uno o varios de sus elementos orgánicos.”²²⁹

Entre quienes admiten la figura de la inexistencia como una categoría propiamente jurídica, que trasciende lo meramente lógico, es de consenso que la inexistencia es un fenómeno muy distinto de la nulidad, en tanto el primero mira más bien al hecho de la vitalidad del negocio, mientras que la segunda importa un juicio de valor jurídico sobre el mismo.²³⁰

M. PLANIOL y G. RIPERT (*Op. cit., Tratado elemental...*, T. I. p.171) transcriben las siguientes palabras de Napoleón que acogió con entusiasmo la doctrina de la inexistencia en relación con el matrimonio: “Es necesario no confundir los casos en que el matrimonio no existe, y aquellos en que puede nulificarse (...) No existe matrimonio cuando se haya sentado que la mujer dio su consentimiento, no siendo esto cierto; si la mujer lo otorgó, y pretende después que fue forzada a ello, hay matrimonio, pero puede ser anulado.”

²²⁸ *Ibidem*. Estos autores acogen la doctrina de la inexistencia, a pesar de que inicialmente la culpan de haber contribuido a aumentar la confusión de las ideas que entornan la teoría de las nulidades (pp. 161-162).

²²⁹ J. BONNECASE: *Op. cit., Elementos...*, T. II, p. 277. Para este autor “el acto jurídico constituye un verdadero organismo rigurosamente sometido por su existencia, a la necesidad de la presencia de ciertos elementos de vida; sin esos elementos el acto jurídico constituye únicamente, a imagen de las personas físicas, una especie de ser no viable que se reduce a una pura materialidad situada fuera del dominio del Derecho.”

²³⁰ Esta diferencia quedó claramente delimitada en el fallo de 23 de agosto de 1976 de la Corte Suprema del Ecuador, que resolvió: “La alegación del demandado de que es lo mismo contrato nulo que inexistente, no procede porque hay profunda diferencia jurídica entre el un concepto y el otro; pues, contrato inexistente etimológicamente es aquél que no existió jamás y nulo es el que fue celebrado pero no puede surtir efecto legal por falta de requisitos de forma...” (Tercera Sala, juicio Ferri vs Wanderberg. En Galo ESPINOZA: *Op. cit., Diccionario de Jurisprudencia*, Tomo VI, p. 367).

El mismo criterio se advierte en la sentencia de 27 de enero de 1981 de la Corte Suprema de Colombia, en la que se destaca la diferencia entre los actos nulos y los inexistentes, aunque a reglón seguido incorpora un ingrediente de confusión, pues sostiene que en el sistema del Código colombiano los actos inexistentes están comprendidos dentro de la nulidad absoluta (Sala de Casación Civil, 27 de enero de 1981): “Cabría recordar -expone este fallo- que en cuanto a la nulidad o inexistencia de la promesa de contrato por no reunir todas las circunstancias requeridas por el antecitado texto legal, la Corte ya ha tenido la oportunidad de estudiar el problema; y que luego de aceptar que hay diferencia entre los actos absolutamente nulos y los inexistentes, ha concluido en que el Código colombiano, comprende, dentro de la nulidad absoluta, los contratos jurídicamente inexistentes, con fundamento en que el artículo 1741 sanciona con tacha de nulidad absoluta los actos en los cuales se ha omitido algún requisito o formalidad que las leyes prescriben en consideración a su naturaleza, o a la calidad o estado de las personas.” En G. CONTRERAS RESTREPO, A. TAFUR GONZÁLEZ y A. CASTRO GUERRERO: *Op. cit., Código Civil comentado...*, p. 1008. La doctrina ha sido ratificada en la sentencia de 16 de diciembre de 2010, según la cual “al margen de la polémica planteada, la jurisprudencia ha tratado la inexistencia de los negocios jurídicos civiles, dentro de la órbita de la nulidad absoluta.”

Betti corrobora esta importante distinción y plantea que en efecto existen casos “de verdadera inexistencia jurídica del negocio que se ha pretendido realizar” y en los cuales no existe “más que una vacía apariencia, la cual, si puede haber engendrado en alguno de los interesados la impresión superficial de haberlo verificado o asistido a él, no produce, sin embargo, y en absoluto, efectos jurídicos, ni siquiera de carácter negativo o divergente.”²³¹ En cambio, agrega el profesor italiano, la nulidad del negocio “presupone, por lo menos, que el negocio *exista como supuesto de hecho* que, por tanto, exista una figura exterior de sus elementos eventualmente capaz de engendrar algún efecto secundario, negativo o divergente, aunque esta figura se revele luego inconsistente ante un análisis más profundo.”²³²

En el derecho español la doctrina de la inexistencia, como categoría fáctica, tiene un innegable soporte en los artículos 1254 (*El contrato existe*) y 1261 Cc (*No hay contrato*), tratándose de los contratos, y en el artículo 45 Cc (*No hay matrimonio*) para el caso particular del matrimonio. Así lo admite Demófilo de

El problema de las relaciones entre inexistencia y nulidad aparece agravado por la utilización no siempre afortunada de la nomenclatura. Así, por ejemplo, en una sentencia de 1993 la Corte de Cuzco, Perú, afirmó que “para que el acto jurídico tenga existencia jurídica es necesaria la presencia de los elementos esenciales, tales como: manifestación de voluntad, capacidad, objeto, finalidad y forma, que vienen a constituir los requisitos de validez.” (Exp. 872-93-Cuzco, Normas Legales, tomo 249, p. A-18. En Op. cit: *Código Civil del Perú*, jurisprudencia sobre el artículo 140).

²³¹ E. BETTI: *Op. cit., Teoría general ...*, pp. 351-352. Trae al caso un ejemplo que es emblemático de la inexistencia negocial: el de una propuesta contractual seguida de una declaración de aceptación “cuyo contenido es tan evidentemente contrario al contenido de la propuesta que no pueda existir sobre ello ningún malentendido”, de suerte que la secuencia de estos actos “no da lugar a un contrato nulo, sino que no origina ningún contrato” (*Id.*, p. 352).

²³² *Ibidem*. Para Vicente ROPPO, en cambio, la distinción entre inexistencia y nulidad, que la admite, no tiene gran relevancia si se la analiza desde el punto de vista de la tutela de intereses, pues si frente a la pretensión de una persona en orden a ejecutar un contrato que presume formado, se le opone la no formación del mismo (inexistencia), el juez podrá afirmar que el contrato efectivamente se ha formado y brindarle un remedio basado en la titularidad de una posición contractual. En caso contrario ese interés podrá ser remediado mediante una técnica de protección que prescinda del reconocimiento de una posición contractual, de naturaleza puramente resarcitoria. “Así, pues, la diferencia que existe entre la situación en que el contrato se ha formado y la situación en que el contrato no se ha formado no autoriza a definir dos mundos incomunicados, porque ambas situaciones tienen en común un elemento al que se debe conceder relevancia decisiva, a saber: la aplicación de un remedio a favor de la parte cuyo interés merece protección.” (*Divagaciones no muy ortodoxas en materia de contratos*. En Estudios sobre el contrato en general. Por los 60 años del Código civil italiano. (Selección y traducción de Leysser L. León). 2ª edición, Ed. Ara, Lima, 2004, pp. 501-502).

Buen en sus Comentarios al *Curso de Derecho Civil* de A. Colin y H. Capitant,²³³, aunque coincide con los autores franceses en que “la distinción entre actos con nulidad absoluta y actos inexistentes es de una sutileza cuya trascendencia no sabemos alcanzar.”

Una opinión similar expone de Castro y Bravo que no objeta el concepto de inexistencia, pero pone dudas sobre su autonomía como figura jurídica, pues a su juicio y de acuerdo con la lógica formal, “resulta prácticamente imposible distinguirlo de la nulidad, ya que no se ofrece criterio seguro para calificar la especialidad del supuesto de hecho.”²³⁴ No obstante, resalta su utilidad pasada y futura, particularmente en la materia que nos interesa –la simulación- pues “en la práctica española, hubo de recurrirse a la figura de la inexistencia para acabar con una grave y perturbadora confusión originada en torno al artículo 1.301 C.c.” sobre el plazo de caducidad de la acción. En efecto, explica el profesor español, “fue por haberse calificado de inexistentes los contratos simulados, lo que primero permitió llegar a la conclusión de que la acción declarativa de simulación no había caducado, aunque se ejercitase pasados los cuatro años.”²³⁵

Hay posiciones más radicales, como la de H., L. y J. Mazeaud, que rechazan la doctrina de la inexistencia como una teoría inútil y falsa,²³⁶ y otras, de mayor aceptación, que la asimilan a la llamada “nulidad radical,” como ocurre en la doctrina española dominante.

Así, De los Mozos se refiere a la inexistencia como una categoría incluida en la teoría de las nulidades, porque respecto de los efectos no produce nada

²³³ Tomo Primero. Traducción de la última edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Ed. Reus.Madrid, 1922, p. 221.

²³⁴ F. DE CASTRO Y BRAVO: *Op. cit....El negocio jurídico...*, p. 465.

²³⁵ *Id.*, p. 466.

²³⁶ H., L., y J. MAZEAUD: obra citada, Parte Primera, Tomo I, p. 524. Y agregan: “Los autores que la preconizan pretenden que algunas diferencias importantes separan a la inexistencia y a la nulidad absoluta (...) Ante todo, según ellos, la inexistencia no tendría que ser demandada judicialmente. Olvidan que el acto, incluso inexistente, crea una apariencia, y habrá que dirigirse desde luego a los tribunales para hacer que desaparezca esa apariencia y restablecer la realidad (...) Los partidarios de la inexistencia agregan que la inexistencia sería imprescriptible. Pero, puesto que debe ser establecida por una acción judicial, esa acción seguiría la regla del derecho común (...) La Jurisprudencia admite, pues, la prescripción de la acción, incluso en los supuestos casos de inexistencia.”

distinto de la nulidad, ni siquiera en el caso de la simulación. La inexistencia, agrega, “es una causa de nulidad, si bien la más absoluta o, si se quiere más propiamente, una causa de ineficacia, y, por tanto, más que hablar de acción de inexistencia se debe hablar de *acción de nulidad por inexistencia*.”²³⁷ En similar sentido Puig Peña,²³⁸ Castán Tobeñas,²³⁹ Puig Brutau,²⁴⁰ y Gete-Alonso,²⁴¹ entre otros. Lasarte parece más radical porque, aun tratándose de los elementos esenciales, omite el tema de la inexistencia y no obstante resaltar que sin ellos “no hay contrato”, asocia directamente el tenor del artículo 1261 Cc con la idea, a mi juicio no autorizada por el texto legal, de “válida formación del contrato.”²⁴²

²³⁷ José L. DE LOS MOZOS: *El negocio jurídico (Estudios de derecho civil)*. Ed. Montecorvo S.A., Madrid, 1987, p. 148.

²³⁸ F. PUIG PEÑA: *Op. cit., Compendio...*, T. III, pp. 348-349. El autor, como lo hacen todos, se refiere a los elementos esenciales del contrato (*essentialia communia*), a los que se refiere el artículo 1.261 CC, sin los cuales “el contrato no puede darse: forman parte de su existencia e intervienen en su fondo y configuración.” Pero luego concluye: “Los dos anteriores supuestos (inexistencia y nulidad de pleno derecho) determinan la nulidad radical o absoluta” (p. 409).

²³⁹ J. CASTÁN TOBEÑAS: *Op. cit., Derecho civil...*, Tomo I, Vol. II, p. 696-697. Al tratar sobre el *error obstativo* o *disenso sobre la causa*, CASTÁN TOBEÑAS lo plantea como un caso de nulidad radical, sin que pueda hablarse en tal caso de inexistencia, “en sentido propio y técnico, porque este concepto es meramente *natural* no jurídico y la causa, en nuestro Derecho, es siempre *causa civilis*; en cambio, con el consentimiento y con el objeto se puede hablar, indistintamente, en ambos sentidos y según convenga a las circunstancias del caso, pues las consecuencias prácticas serán las mismas.”

²⁴⁰ J. PUIG BRUTAU: *Op. cit., Fundamentos...*, Tomo II, Vol. I, pp. 310-311. “En este sentido –dice el autor– puede afirmarse que el concepto de nulidad es perfectamente congruente con la razón de ser de los contratos, pues trata de afirmarlos cuando verdaderamente existen y de negarlos cuando la afirmación de su existencia sería un contrasentido.” (Pero ocurre que la nulidad, por más radical que sea, no es una negación de *la realidad* del acto, sino un desconocimiento *de sus efectos*). PUIG BRUTAU transcribe a continuación la afirmación de PÉREZ ALGUER, en el sentido de que “en el Derecho no hay una contraposición entre el ser y el no ser, entre el existir y el no existir, sino entre el valer y el no valer, entre la validez y la nulidad. Así como en la naturaleza no hay hechos nulos, sino que los hechos existen o no existen, en el orden jurídico sólo puede decirse de los actos que valen o no valen.”

²⁴¹ M. del C. GETE-ALONSO: *Op. cit., Teoría del contrato...*, p. 669. La falta de los elementos esenciales, escribe la autora, conlleva a que el contrato “deba reputarse inexistente jurídicamente aun cuando haya existido en la realidad material”, pero “la categoría de la inexistencia, aunque conceptualmente parece clara, no describe un régimen autónomo de ineficacia del negocio,” que en el ordenamiento jurídico español “se reconduce al régimen de la nulidad absoluta (...) en cuanto éstos aparece configurados como “condiciones esenciales para su validez.” (La verdad es que yo no veo de qué manera los artículos 1254 y 1261 CC, que aluden categóricamente a la existencia del contrato, den a los elementos allí señalados la configuración de condiciones de validez del negocio).

²⁴² C. LASARTE: *Op. cit., Principios...*, Tomo III, pp. 14-15.

Consideración especial merece la reflexión de Diez-Picazo que, de modo similar a como lo hizo De Castro y Bravo, indaga más profundamente en las diferencias entre inexistencia y nulidad, desde las perspectivas lógico-formal y jurídico-valorativa, pero que, finalmente, tampoco convence en el sentido de que la asimilación de ambas figuras sea la consecuencia del texto legal, ya que termina admitiendo, como lo hizo De Castro y Bravo, que “en la práctica y en la jurisprudencia española se recurrió a la figura de la inexistencia con la finalidad utilitaria de acabar con la grave y perturbadora confusión originada en torno al art. 1.301 CC y a la posible aplicación del plazo de caducidad establecido en él en los casos de simulación absoluta.”²⁴³

En todo ello queda de manifiesto, en la mayoría de los casos, la utilización de la expresión nulidad en su sentido de radical o de pleno derecho, como sinónimo de inexistencia,²⁴⁴ con un consciente abandono de la honda diferencia conceptual que las separa, a pesar del respetable criterio en contrario de De Castro y Bravo.

Esta distinción conceptual, clara y profunda, más allá de las reflexiones sobre su efectiva utilidad e hipotética sutileza, ha sido destacada por autores como B. Bísvaro y M. Santangelo, con ocasión de la eficacia del matrimonio. La construcción dogmática es simple: mientras la inexistencia, señalan dichas

²⁴³ L. DIEZ-PICAZO: *Op. cit., Fundamentos...*, Tomo II, pp. 562-563. No es convincente, asimismo, su afirmación de que “la inexistencia no se formula como una afirmación en el plano del ser sobre una realidad, sino como una proposición del mundo del deber ser.” Y no lo es, porque la inexistencia es precisamente una categoría de la *realidad* y no del *deber ser*, como si lo es la nulidad, y resulta asaz arbitrario alterar estas naturalezas para justificar una argumentación jurídica.

Por otro lado, en mi opinión fue un acierto el haber recurrido a la figura de la inexistencia para superar esa “confusión”, pues no se echó mano a una construcción artificiosa, sino que se utilizó la fórmula correcta, particularmente en el caso de la simulación absoluta. Lo que para mí no tiene explicación técnica es que se la haya abandonado.

²⁴⁴ Por ello LASARTE (Id, p. 131) puede decir que “dada la pérdida de valor que para las palabras comporta la reiteración en el uso, en una reciente sentencia del Tribunal Supremo se remarca la ineficacia absoluta propia de la nulidad diciendo que constituye “...la expresión del nada jurídico” (STS de 13 de febrero de 1985).”

La asimilación señalada en el texto ha alcanzado a algunos sistemas positivos, como es el caso del Código civil de Costa Rica cuyo artículo 835.1 contempla la nulidad absoluta de los actos y contratos, *cuando falta alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia.*

autoras, responde a la carencia de los elementos estructurales, la nulidad es una sanción legal “al acto que, no obstante contar con sus elementos estructurales, se encuentra afectado en sus condiciones de validez.”²⁴⁵ Rodríguez Grez la resalta para los negocios jurídicos en general, como una consecuencia dialéctica que denomina “teoría de los opuestos”, en virtud de la cual la afirmación de que un negocio jurídico existe implica reconocer que éste puede no existir y esto último ocurrirá cuando estén ausentes sus elementos esenciales.²⁴⁶

Es cierto que si se mira a sus efectos no parecería, *prima facie*, que haya diferencia entre ambas categorías, pues en una y otra encontramos ausencia de consecuencias jurídicas; pero la hay, y profunda, si se presta atención a la razón de dicha ausencia: mientras en la inexistencia obedece a una circunstancia real, fenomenológica, que no depende de la voluntad del legislador (*no hay* negocio, nunca lo hubo), en la nulidad es producto de una pura ficción de la ley (*se considera que* no hubo lo que en realidad hubo), que, como tal, puede variar según los propósitos del legislador, de lo que da fe el matrimonio putativo (artículo 79 Cc), en el cual la ficción del derecho debe rendirse ante la potencia de la realidad.

No obstante, la asimilación de ambas categorías se ha hecho doctrina en el Tribunal Supremo, aunque en ocasiones se haya encargado de precisar sus diferentes perfiles teóricos, como ocurrió en la sentencia 486/1981 de 18 de diciembre, recaída en un caso de nulidad del matrimonio. Dijo entonces que se atribuye “la característica de inexistencia a los (actos) que están faltos de un órgano constitutivo y no responden a su propia definición, de nulidad de pleno derecho a los que, dotados de sus elementos constitutivos, chocan con una regla de orden público, y simple anulabilidad los que han sido concluidos bajo el imperio de uno de los vicios del consentimiento, tomados en consideración por la ley.”

²⁴⁵ Beatriz R. BÍSCARO y María Victoria SANTANGELO: *Nulidad de matrimonio*. Capítulo XVII de Nulidades de los actos jurídicos (Carlos Ghersi, Director). Ed. Universidad, Buenos Aires 2005, pp. 328-329.

²⁴⁶ Pablo RODRÍGUEZ GREZ: *Inexistencia y nulidad en el Código civil chileno. Teoría bímembre de la nulidad*. Reimpresión de la 1ª edición de 1995, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 30-31.

b) ¿Debe o puede declararse judicialmente la inexistencia?

Admitida la doctrina de la inexistencia, en su puridad y consecuencia lógico-jurídica, ¿será necesario, como ocurre en el evento de la nulidad, incluso la llamada “radical” o de pleno derecho, que exista un pronunciamiento judicial que la declare?

En principio no, y la razón la expone Rodríguez Grez con singular claridad: la inexistencia no es una sanción, como si lo es la nulidad, y por consiguiente “no requiere de declaración judicial y la negación de los efectos que puedan atribuirse al acto no resulta de una sentencia judicial sino de la simple inconcurrencia de los elementos esenciales.”²⁴⁷ Por lo general bastará adoptar una actitud de desconocimiento del acto, una conducta de indiferencia, como se lo hace con todas las cosas que no existen; y para el evento de que alguien pretenda reclamar judicialmente los efectos del supuesto acto, la inexistencia podrá alegarse como excepción.

No obstante, y como hipótesis excepcional, podría llegar a ser necesario o conveniente demandar la inexistencia para obtener la tutela de derechos o intereses legítimos amenazados, como es el caso del negocio aparente o el de una persona que hace alarde de la existencia de un negocio cuyos supuestos efectos pueden de alguna manera afectar a otra. Admitir esta posibilidad en nada afecta a la tesis de la inexistencia, sino más bien desactiva alguna de las críticas que se le hacen.

²⁴⁷ *Id.*, p. 59. Agrega el autor citado que como consecuencia de lo expuesto en el texto, “la “inexistencia” deberá alegarse generalmente como excepción, no como acción.” En otra parte RODRÍGUEZ GREZ distingue entre la *inexistencia propia*, que es aquella de que se trata en el texto y que resulta de la falta de elementos esenciales del negocio, y la *inexistencia impropia* que es la prevista expresamente por la ley para actos jurídicos completos respecto de aquellos elementos (con fórmulas tales como se “tendrá por inexistente” o “por no puesta”; por ej., artículos 11216.II y 1260 Cc) y que constituyen efectivamente una sanción del ordenamiento, por lo que puede llamarse “nulidad por inexistencia legal” o “nulidad radical.” (p. 15).

¿Podrá en estos casos recurrirse a la administración de justicia proponiendo una acción de mera declaración de certeza para que se resuelva que tales negocio no existen?

Bonnecase niega esa posibilidad, porque a su juicio repugna a la lógica de la inexistencia el demandarla por vía de acción.²⁴⁸ Igualmente la doctrina chilena se ha inclinado mayoritariamente por la respuesta negativa y sugiere que en estos casos debe recurrirse a la acción de nulidad, toda vez que la ley no contempla expresamente la inexistencia del negocio.

Pasando por alto la escasa frecuencia con que se presentan casos de esta naturaleza, pienso que hay buenas razones para dar vía a una demanda de inexistencia del negocio, cuando su apariencia de realidad así lo aconseja, opinión que comparte Rodríguez Grez en Chile,²⁴⁹ pues se trata de una pretensión legítima que el interesado puede someter al conocimiento y decisión de los órganos jurisdiccionales mediante una acción de declaración de certeza negativa, del tipo de la antigua acción de jactancia del derecho romano y de las Partidas.²⁵⁰

Comentando el derecho de su país que, como se ha señalado, se ocupa expresamente de la inexistencia, el autor mexicano Rojina Villegas anota que “como la inexistencia es la nada jurídicamente hablando, es evidente que todo aquel a quien se oponga un acto inexistente tiene un interés jurídico para invocar la inexistencia y pedir que no surta efectos aquel acto.”²⁵¹

24. La tesis de la inexistencia del negocio simulado.

a) La cuestión en la simulación absoluta.

Si se la examina con estricto rigor técnico, la simulación *absoluta* deja ver la ausencia, también absoluta, de voluntad negocial, pues, como se ha visto, las

²⁴⁸ J. BONNECASE: *Op. cit., Elementos...*, T. II, p. 280.

²⁴⁹ P. RODRÍGUEZ GREZ: *Op. cit., Inexistencia...*, p. 60.

²⁵⁰ VICENTE GIMENO SENDRA: *Derecho procesal civil*, Tomo I. 3ª. Edición, Ed. Colex, Madrid, 2010, pp. 214-215.

²⁵¹ R. ROJINA VILLEGAS: *Op. cit., Compendio...*, Tomo I, p. 123.

partes solamente expresan una ficción, una declaración vacía que, desde el inicio, se niega a sí misma por la intención real de no quererse el negocio. De indagarse más profundamente, a lo más, la voluntad se encontrará únicamente en el usualmente inaccesible espacio del acuerdo simulatorio.

Descubierta la pantomima, la farsa de la simulación absoluta, precisan los autores colombianos Ospina Fernández y Ospina Acosta, debe concluirse necesariamente que ella “fue inepta para crear, modificar o extinguir relaciones de derecho entre las partes; que la situación de estas jurídicamente no se ha modificado y que si *de facto* se produjeron alteraciones de dicha situación, esta debe ser restablecida a su estado anterior,” motivo por el cual una vez declarada la simulación absoluta del acto, “sería, más que superfluo, contradictorio averiguar la validez o nulidad de este acto que no existe.”²⁵²

Podrá decirse, como en efecto se ha sostenido por algunos autores, y frente a los cual también se ha expuesto la pertinente crítica, que los simuladores efectivamente quieren el negocio simulado, aunque no quieren sus efectos, de manera que sus declaraciones corresponden a sus voluntades reales.

Como se examinó en su oportunidad, tal es la posición, entre otros, de Trabucchi, Mosset Iturraspe, Ferri y, en menor grado, Díez-Picazo (*Vid supra* §19). Tengo para mí que este argumento está muy próximo a la sofistería, porque cuando se trata de la voluntad como componente capital del sistema del negocio jurídico, la referencia no es a cualquier declaración de voluntad, sino a aquella funcionalmente idónea para la génesis y efectiva producción de sus consecuencias de derecho. Querer un negocio jurídico es bastante más que manifestar la decisión de celebrarlo; es desear efectivamente lo que ese negocio significa como entidad jurídica, es decir, el plexo de consecuencias de derecho que constituyen sus elementos esenciales, lo que explica la esmerada atención

²⁵² G. OSPINA FERNÁNDEZ y E. OSPINA ACOSTA: *Op. cit., Teoría general...*, p. 126.

que el ordenamiento jurídico pone a las condiciones de aptitud y libertad que deben reunirse en el sujeto que hace la declaración.²⁵³

Quien *quiere* celebrar una compraventa *sin querer* que efectivamente tengan lugar las obligaciones que constituyen su objeto, lo que quiere es o jugar una broma, o tramar una farsa, o cualquiera otra cosa que podamos imaginar, mas no producir una compraventa.²⁵⁴ En esta fantasiosa puesta en escena, porque de ese precisamente se trata, tetralidad pura, los actores que desempeñan los roles de vendedor y comprador no desean vender ni comprar; no los impulsa la finalidad de transferencia el dominio de la cosa y de pagar el precio, que son típicas y esenciales en este contrato. Dicho de otro modo, las partes no tienen el propósito de alterar la situación jurídica preexistente entre ellas.²⁵⁵ Por consiguiente, el negocio absolutamente simulado carece adicionalmente de objeto o, si se quiere, de causa, como se sostiene ordinariamente en el derecho español.²⁵⁶

²⁵³ Por ello BARBERO hace hincapié en la distinción entre la *manifestación negocial*, como un “hecho”, y la *voluntariedad* de la manifestación en virtud de la cual ese hecho asume la calificación ulterior de “acto”; para agregar que el acto asume “la calificación última de negocio en virtud de la *relevancia de la intención* (...) el elemento caracterizante del negocio jurídico,” la misma que puede entenderse como intención jurídica o intención empírica. (*Op. cit.: Sistema...*, Tomo I, pp. 530-531). El profesor italiano se inclina por una prudente combinación de ambas: “teniendo presente que debe ser *jurídica la naturaleza de los efectos perseguidos, pero que puede ser práctico o empírico*, por parte del sujeto, el modo de representárselos”, por lo que concluye definiendo la intención negocial como “*la persecución de efectos jurídicos a través de la representación práctica de ellos en el sujeto.*” (*Id.* 532).

²⁵⁴ En este punto viene al caso lo expuesto por ALBALADEJO cuando examina el consentimiento como elemento general del contrato: “El consentimiento ciertamente consiste en estar de *acuerdo* o *conformes* las partes, pero esta conformidad ha de producir la determinación, *por lo menos*, de todos aquellos extremos del contrato que no estén ya determinados por el Ordenamiento (...) No basta que las partes estén de acuerdo, pues es necesario, como dice el art. 1.262, 1º, que la conformidad recaiga sobre la cosa (objeto del contrato) y la causa, de modo que fije las obligaciones que las partes asumen (...) determinando las prestaciones a que se comprometen...” (*Op. cit., Derecho civil...*, Tomo II, p. 371).

²⁵⁵ Cfr., M. CÀRCABA FERNÁNDEZ: *Op. cit., La simulación...*, p. 141.

²⁵⁶ Me refiero, aquí y en otras partes de este trabajo, al argumento de la causa y su significado, por ser el que se ajusta al sistema civil español, que fija el marco normativo al que debo ajustarme, y donde el artículo 1274 Cc la define como *la prestación o promesa de una cosa o servicio*. No puedo evitar, sin embargo, exponer mis reservas sobre este concepto, que van más allá de las propuestas positivas, tan contradictorias como las doctrinarias, prueba de lo cual son los códigos civiles del Chile, Colombia y Ecuador, que la definen como *el motivo que induce al acto o contrato*. Desde este último punto de vista, la causa bien podría responder a la pregunta “por qué” se contrata, en tanto que el *objeto* negocial lo haría a la pregunta “para qué” se lo hace. Pero ocurre que ambas preguntas tienen una misma respuesta, pues se contrata *porque* se desea producir un

Ocurre entonces que por donde se lo mire, o mejor todavía, observado desde una perspectiva que integre estas dos carencias: voluntad y objeto (o causa, para algunos), la simulación absoluta se muestra descarnadamente como un supuesto de inexistencia negocial, que es precisamente lo que sugiere el artículo 1261.2 Cc al señalar que en un evento como este *no hay contrato*. Es precisamente lo que afirma Castán Tobeñas en vista de este precepto: “al existir una discrepancia total entre la voluntad real y la declarada, faltan los elementos necesarios para que el negocio nazca.”²⁵⁷

También el tratadista argentino Llambías se inclina por esta tesis: “la opinión doctrinaria más acertada sostiene que el acto simulado es un acto jurídico inexistente, por ausencia de ese elemento indispensable que es la voluntad.”²⁵⁸ En la simulación, agrega el mismo autor, “el consentimiento, expresado por las partes sólo lo ha sido para constituir una apariencia, pero de ningún modo para conferirse lo derechos y obligaciones que resultaren ostensiblemente del acto. En suma, el acto simulado no es un acto jurídico, por cuanto el consentimiento de las partes no es efectivo.”²⁵⁹

b) ¿Puede hablarse de inexistencia en la simulación relativa?

Otro tanto puede decirse, por similares razones, en lo que atañe al negocio aparente en el fenómeno de la simulación relativa, aunque en este caso la

determinado efecto jurídico y, a la vez, *para* producirlo, de donde resulta inoficioso hacer comparecer a estos dos clásicos requisitos del negocio jurídico. Por ello, sumado al hecho de cada vez más se demuestra la inutilidad de la causa (y esto hay que ponerlo por escrito aún arriesgando la hoguera), y colocado en la encrucijada de optar por una u otro, me quedo con el objeto, por dos razones: primera, porque me parece que al derecho no interesa tanto conocer *por qué* se contrata (intención pura, subjetivismo generalmente irrelevante), como el saber *para qué* se lo hace (intención dinámica, que puede evidenciar ilicitud, por ejemplo); y segunda, el objeto, en tanto respuesta al interrogante *para qué*, está ínsito en el propio concepto del negocio jurídico, entendido como una manifestación de voluntad hecha en el marco de las regulaciones del ordenamiento, con la intención específica de (*para*) producir determinados efectos jurídicos. Algo de esta visión, por lo menos en lo que se refiere al objeto, veo en ALBALADEJO (Op. cit., *Derecho civil...*, Tomo II, p. 20), DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...* Tomo I, pp. 229 y ss.) y DE LOS MOZOS (obra citada, pp. 58 y ss.), para citar solamente tres autores españoles.

²⁵⁷ J. CASTÁN TOBEÑAS: *Op. cit., Derecho civil...*, Tomo I, Vol. II, pp. 711-712.

²⁵⁸ J. LLAMBIAS: *Op. cit., Código Civil...*, Tomo II-B, p. 122.

²⁵⁹ *Id.*, p. 123.

doctrina y jurisprudencia nacionales suelen predicar la nulidad, con asiento en la falsedad de la causa de que trata el artículo 1276 CC.

El juez argentino Alfredo Colmo, citado por Gagliardo²⁶⁰ dijo del acto simulado que “es una positiva inexistencia, un perfecto no acto jurídico”, y que en materia de simulación, “no juega la acción de nulidad sino la declaración de inexistencia por la cual (...) el acto impugnado era pura apariencia, que no existe y carece de virtualidad.” Para Ospina Fernández y Ospina Acosta en esta modalidad de simulación “no se estructura acto alguno que pueda merecer el calificativo de acto jurídico.”²⁶¹

Así las cosas, desde un punto de vista estrictamente técnico *no existe* el negocio jurídico simulado, lo que parece haber sido la solución adoptada por lo menos en el derecho romano clásico que proclamaba *quae simulate geruntur, pro infectis habitis, frustra ficti pretii postulatur numerario* (“teniéndose por no hecho lo que se hace simuladamente, en vano se pide el pago del precio simulado”).²⁶²

En el derecho comparado, algunos pronunciamientos jurisprudenciales admiten la doctrina de la inexistencia del negocio simulado, en el caso de simulación absoluta, pero no llegan a aplicar sus consecuencias lógicas, como ocurre con la sentencia de 1 de mayo de 1969 de la Corte Suprema de Colombia, que se citó más arriba, y en la que se expresó que en esta simulación las partes “no quieren el acto que aparecen celebrando, ni desde luego sus efectos, dándolo por inexistente...”; y luego, que en estos casos la declaración privada está “encaminada únicamente a dar por inexistente e ineficaz el acto de que habla la pública...”²⁶³ Otro tanto, se observa en la sentencia de 24 de junio de 1992 del mismo Tribunal que al analizar los requerimientos de la prueba de la simulación,

²⁶⁰ M. GAGLIARDO: *Op. cit.*, *Simulación jurídica...*, p. 79.

²⁶¹ G. OSPINA FERNÁNDEZ y E. OSPINA ACOSTA: *Op. cit.*, *Teoría general...*, p. 126.

²⁶² Cód. L.II, T.IV, L 21 (de DIOCLESIANO y MAXIMIANO); la sentencia de GAYO en sus Comentarios a la ley Julia y Papea: *simulatae nuptiae nullius momenti sunt* (“las nupcias simuladas no son de ningún valor”). D. T.II, L.XXIII, 30; y de MODESTINO: *Contractus imaginarii etiam in emtionibus iuris vinculum non obtinent, quum fides facti Simulator non intercedente veritate* (“los contratos imaginarios, aun en las compras, no alcanzan vínculo de derecho, cuando se simula la realidad de un hecho, no mediando verdad.” D. L XXIV, T.VII, 54).

²⁶³ En D. PRECIADO AGUDELO: *Op. cit.*, *De la simulación...*, pp. 52 y 53.

declaró que ella crea entre sus autores un vínculo restitutorio que “presupone la declaración de que entre las partes no se celebró en realidad el negocio ostensible y que en el fondo no hay otra relación entre ellos...”²⁶⁴

La sentencia 553/2000 de 6 de junio del Tribunal Supremo hace una promisorio reflexión en este sentido, pero, finalmente se decide por la declaratoria de nulidad: “la “*simulatio nuda*” es una mera apariencia engañosa (“*substantia vero nullam*”) carente de causa y urdida con determinada finalidad ajena al negocio que se finge (STS de 19 de julio de 1984); que el contrato simulado se produce cuando no existe la causa que nominalmente se expresa, por responder a otra finalidad jurídica (STS de 1 de julio de 1989); que la simulación implica un vicio en la causa negocial (STS de 18 de julio de 1989); que el negocio con falta de causa es inexistente (STS de 23 de mayo de 1980); que la falsedad de la causa equivale a su no existencia y, por consiguiente, produce también la nulidad del negocio.”

En estos casos el inicial reconocimiento de la inexistencia remata en una declaración de nulidad que no produce extrañeza, pues en el sistema dual de nulidad y anulabilidad, que consagra el Código español, la doctrina y jurisprudencia han asimilado la primera a la inexistencia.²⁶⁵

Pero si aquello es muy comprensible en el caso español, no sucede lo mismo tratándose del derecho civil colombiano que, como los demás que adoptaron el Código de Andrés Bello, no hace el distingo descrito, y todas las hipótesis de “nulidad” resultan ser de “anulabilidad” pues ninguna opera por el sólo ministerio de la ley y todas requieren declaración judicial y producen los mismos efectos (con la salvedad de la posibilidad de convalidación). Esto hace que en los sistemas descritos la inexistencia de los negocios jurídicos deba

²⁶⁴ En *Código Civil de Colombia comentado*, Ed. Leyer, p. 1106.

²⁶⁵ Una vez más debo exponer mi criterio disidente, aunque también de nuevo la naturaleza de este trabajo no me permita fundamentar adecuadamente las razones del disenso que, por lo demás, poco tienen de originales pues han sido planteadas repetidamente por la doctrina. Ya se dijo (*Vid supra* §23), inexistencia y nulidad no son lo mismo, no pueden serlo, por la sencilla razón de que la primera se refiere a la negación del ser (constatación fáctica), en tanto la segunda consiste en la privación de la eficacia del ser (valoración jurídica), siendo de lógica abecedaria que no se puede invalidar lo que no existe.

tratarse como figura diferente de la nulidad y quienes nos declaramos partidarios de ella, sostengamos que el discurso de la inexistencia del negocio debe conducir coherentemente a una declaración formal de su inexistencia, aunque solamente se justifique por la necesidad de desbaratar las apariencias que nos hacen ver el espejismo de un negocio donde no lo hay.

25. Tesis de la nulidad del negocio.

Tomando como punto de partida, por una lado, el supuesto de que la simulación ilícita supone un fraude, y, por otro, el diferente criterio que se tiene sobre las consecuencias de la falta de voluntad y causa, se ha sostenido la nulidad del negocio simulado, por lo menos tratándose de la simulación absoluta, tesis que es posible advertir en algunos ordenamientos positivos y bastante jurisprudencia.

a) En la simulación absoluta

Esta solución aparece en el § 117.1 del BGB (*Si una declaración de voluntad, que debe emitirse frente a otro, se emite con la conformidad de éste sólo de forma aparente, es nula*); en el artículo 1044 del argentino (*son nulos los actos jurídicos en que los agentes hubiesen procedido con simulación.*); en el párrafo primero del artículo 1414 del Código civil italiano (*il contratto simulato non produce effetto tra le parti*); en el artículo 167 del Cc Brasil que proclama nulo o *negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma*; en el artículo 543 del boliviano, que reproduce la norma del italiano con la diferencia que su referencia a la simulación absoluta es expresa; y en el artículo 193 del Código peruano (*La acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercida...*).

La tesis de la nulidad del negocio simulado se encuentra asimismo en la jurisprudencia chilena que ha declarado absolutamente nulo un contrato simulado de compraventa de una botica, una vez probado que no existió consentimiento de

las partes, ni precio realmente pagado, y sólo tuvo por objeto burlar a los acreedores del supuesto vendedor;²⁶⁶ y dominó durante mucho tiempo en la jurisprudencia colombiana, hasta la sentencia de 27 de julio de 1935 de la Corte Suprema, que marcó el tránsito hacia la doctrina de la *prevalencia*. Un fallo de 30 de mayo de 1930 describió las condiciones que debían reunirse para poder demandar la nulidad de un contrato simulado de compraventa.

En ausencia de texto expreso, los tribunales ecuatorianos se han sumado a la tesis de la nulidad absoluta, considerando que el contrato simulado queda viciado por la ilicitud del objeto y de la causa. La sentencia de 28 de julio del 2003 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema declaró nulo un contrato por el cual los padres vendieron un inmueble a su hija “en una negociación nada clara, que permite presumir que se trata de una negociación simulada, que busca exclusivamente crear un justo título...” para de esta manera pretender, a través de la prescripción ordinaria, adquirir el dominio del bien (...) De esta manera aparece configurado que la real intención de vendedores y compradora en este contrato ha sido privar ilícitamente del dominio del inmueble a los actores, lo cual es un típico caso de fraude a la ley que constituye objeto ilícito, y por no buscarse el fin lícito que procura alcanzar toda compraventa, sino metas contrarias al ordenamiento jurídico, desvirtuando de esta manera la función económica y social que cumplen las compraventas, a la vez se halla configurada causa ilícita.”²⁶⁷

Como acaba de adelantarse, en Colombia los comentaristas y la jurisprudencia sostuvieron la doctrina de la nulidad hasta el año 1935, apoyada en

²⁶⁶ Revista de Derecho, 1932, secc. 1ª, p. 411. Citado por ENRIQUE PAILLÁS: *La simulación. Doctrina y Jurisprudencia*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1981, p. 16.

²⁶⁷ Registro .Oficial 190 de 15 de agosto del 2003. En otro fallo, de 19 de septiembre de 1975, la Segunda Sala había declarado jurídicamente ineficaz un pagaré que representaba el precio de un contrato simulado (“Que en el fondo lo que hay es un contrato simulado en lo que se refiere al precio de la cosa vendida, punto éste en el que están absolutamente de acuerdo ambas partes. Deviniendo el instrumento enunciado en el libelo (un pagaré) de un convenio simulado, precisamente en lo que toca al precio, se ha patentizado la ineficacia jurídica del mismo...” En GALO ESPINOZA, *Diccionario de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, T. VI, Ed. Don Bosco, Quito, p. 334.

el argumento de la falta de consentimiento y de causa en el negocio simulado,²⁶⁸ además de que dicho negocio implica necesariamente fraude a terceros o a la ley. No obstante, siguiendo en esto a la doctrina casi unánime, se moderaba el rigor de los efectos de la nulidad para no perjudicar a los terceros de buena fe.²⁶⁹ Así, en la sentencia de 30 de abril de 1923, la Corte Suprema dijo que “si en el contrato de compraventa las partes declaran una farsa porque no hubo precio, ni hubo intención de transferir el dominio de la cosa vendida, con el fin de perjudicar a un tercero, es claro que ese contrato carece de causa y de consentimiento (...), esto es, nulo por simulación.”²⁷⁰ Posteriormente fueron desligándose gradualmente de la nulidad (que sólo puede predicarse “de actos jurídicos propiamente dichos, es decir, de los que tienen una real formación”) hasta llegar, en la sentencia de 8 de junio de 1954, a la afirmación de la autonomía de la simulación, “fenómeno complejo que tiene características enteramente distintas de la nulidad, aunque con ella tenga puntos tangenciales.”²⁷¹

Pero tampoco la explicación en comento, aun siendo de mayoría, convoca a la unidad de la doctrina. Como ocurre con la mayor parte de los comentaristas del Código de Bello, fuertemente influenciados por la doctrina francesa, el profesor chileno Claro Solar sostiene que la simulación no es, por regla general, causa de nulidad del negocio, y ello obedece fundamentalmente a que “la ley asegura el respeto de la palabra dada; y toda convención que tiene una causa y un objeto lícitos obliga a las personas que la han consentido.”²⁷²

²⁶⁸ Así, en la sentencia de 30 de abril de 1923, la Corte Suprema dijo que “si en el contrato de compraventa las partes declaran una farsa porque no hubo precio, ni hubo intención de transferir el dominio de la cosa vendida, con el fin de perjudicar a un tercero, es claro que ese contrato carece de causa y de consentimiento (...), esto es, nulo por simulación.”

²⁶⁹ M. GUERRERO: *Op. cit.*, *Simulación...*, p. 107.

²⁷⁰ *Id.* p. 185.

²⁷¹ *Id.* pp. 190-191.

²⁷² L. CLARO SOLAR: *Op. cit.*, *Explicaciones...*, Tomo Undécimo, p. 123. Esta tesis tendría el aval del derecho romano de la época clásica, que preservaba la validez del acto simulado para atribuir eficacia al negocio real. Así, la ley de los emperadores Dioclesiano y Maximiano recogida en C.IV.XXIII.2: *acta simulata velus non ipse, sed eius uxor comparaverit, veritatis substantiam mutare non possunt* (Los actos simulados, según los que no uno mismo sino su mujer hubiere comprado, no puede alterar la realidad de la verdad); y otra de los mismos emperadores, incluida en C.IV.XXIII.4.: *Si quis gestum a se alium egisse scribi fecerit, plus actum, quam scriptum valet*

En Argentina la nulidad es tesis indiscutida y no podría ser de otro modo en presencia de los artículos 958 y 959 del Código civil de ese país, que contienen expresas referencias a la nulidad. Garibotto justifica esta doctrina, para blindarla contra la tesis de la inexistencia, con el argumento de que “las partes –aun en el supuesto de simulación absoluta- celebran el acto jurídico con el fin inmediato de establecer entre ellas relaciones jurídicas, bien que de mera apariencia, pero se trata de un negocio con sus elementos constitutivos configurados de manera inobjetable, más allá del vicio que lo afecta”.²⁷³ Santos Cifuentes, por su parte, señala que “la intención jurídica de establecer relaciones entre las partes (fin inmediato), surge del acuerdo para simular. Este es el fin querido, que tiene incuestionables consecuencias, aunque sean ellas producto de violar la buena fe de terceros.”²⁷⁴

Como se señaló en el párrafo anterior, es la doctrina que ha mantenido preferentemente el Tribunal Supremo de España.

b) En la simulación relativa

En el caso de la simulación relativa, la ineficacia del negocio simulado, residenciada en la ausencia de voluntad seria a su respecto y en la existencia de una causa falsa, produce como resultado agregado el posible reconocimiento de la existencia y validez del negocio disimulado u oculto, o de sus elementos, según el caso, que es el beneficiario de la voluntad y causa verdaderas.

Y en general, para la doctrina no podría ser de otra manera,²⁷⁵ porque una vez hecha abstracción de la apariencia -escribía Ferrara-, se considera el negocio

(Si alguno hubiera hecho que se escriba que lo hecho por él lo hizo otro, tiene más validez lo hecho, que lo escrito).

²⁷³ J. C. GARIBOTTO: *Op. cit.*, *Simulación jurídica...*, p. 214.

²⁷⁴ Santos CIFUENTES: *Op. cit.*, *Negocio jurídico...*, pp. 645-646. Se cita una importante serie de autores argentinos que sustentan la doctrina de la nulidad.

²⁷⁵ Pero todavía puede pedirse licencia para, por lo menos, poner una duda en el camino, porque si bien es cierto que en la simulación relativa la intención de las partes es la de celebrar el negocio disimulado, dicho acto realmente no se ha celebrado. Entonces viene al caso plantear lo que desde un punto de vista lógico parece irredarguible: mientras en la simulación absoluta se celebra efectivamente un negocio no querido, en la relativa se quiere efectivamente un negocio no celebrado. Se trata nuevamente de una duda de hoguera, porque incomoda a todo el sistema de

disfrazado “como si se hubiese concluido de un modo claro y manifiesto”.²⁷⁶ En palabras de Castro y Bravo, el negocio disimulado “queda a la intemperie”²⁷⁷ luego de la caída del aparente, para producir los efectos que correspondan según su verdadera naturaleza; siempre, claro está, que dicho acto exhiba los presupuestos materiales y formales para su validez.²⁷⁸ Otro tanto afirma Verdera y Tuells: “El negocio simulado debe surgir perfecto, como si originariamente fuera concluido y contenido en un actos sincero. La simulación que lo encubría no lo priva de su propia realidad, pero tampoco puede conferirle la realidad que pueda faltarle, no sanándole los vicios sustanciales.”²⁷⁹ Los autores colombianos Ospina

la simulación, del que sólo se salvarían las ficciones encaminadas a tutelar los intereses legítimos de terceros de buena fe.

²⁷⁶ F. FERRARA: *Op. cit.*, *Simulación...*, p. 233.

²⁷⁷ F. DE CASTRO Y BRAVO: *Op. cit.*, *El negocio jurídico...*, p. 353.

²⁷⁸ Esto que se dice regularmente para el caso de simulación relativa de la naturaleza del negocio, es igualmente válido para los casos de simulación de alguno de sus elementos, de modo que habrá que pasar por el elemento oculto por sobre el aparente. Un caso frecuente es la simulación del precio de la compraventa o del arrendamiento y respecto de la cual la jurisprudencia ha dicho que debe prevalecer el precio real. Es más, en casos en los que no hay constancia documental sobre ese precio real, ha admitido como tal el que resulte de la prueba rendida en el proceso, especialmente el informe pericial, para lo cual ha recurrido al abrigo de las razones de justicia y de manera particular al principio de equivalencia de las prestaciones y a la doctrina del enriquecimiento injusto.

En un caso de retracto arrendaticio de un predio rústico, la STS de 12 de junio de 1984 (RJ 1984/3232) desestimó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la AP de Castellón y coincidió con su criterio de que “no es admisible considerar como precio real el que aparece en la escritura pública de cuarenta mil ptas., que sólo hay que reputarlo como figurado”, en armonía con la “racionalidad en la equivalencia de las prestaciones” y de la doctrina del enriquecimiento injusto, agregó la sentencia del Tribunal Supremo, “que se ocasionaría de admitir el precio escriturado ostensiblemente desproporcionado con el real fijado por la prueba pericial en 2.300.000 ptas., como precio de transmisión de la finca rústica que se retrae.” La sentencia reconoce que sobre la materia se han producido “direcciones jurisprudenciales distintas y posiblemente antagónicas, mas con el designio en todas ellas de llegar a una solución justa, acomodada al respeto de la equivalencia de esos intereses contrapuestos.” Cita en apoyo de esta doctrina las SSTS. de 7 de julio de 1948 (RJ 1948/973), 16 de mayo de 1956 (RJ 1956/2422), 11 de mayo de 1965 (RJ 1965/2534) y 4 de diciembre de 1956 (RJ 1956/3855); y las SSTS de 11 de enero de 1943 y 22 de diciembre de 1950, en las que se señaló que si bien en un principio debe estarse al precio escriturado, ello debe entenderse con la salvedad de no constancia en metálico o de existencia de fraude, lo que autoriza, cuando hay sospecha de simulación o cuando la prueba establece una flagrante desigualdad, a aceptar la tesis de la justicia del caso.

²⁷⁹ E. VERDERA Y TUELLS: *Op. cit.*, *Algunos aspectos...*, p. 44. *Cfr.*; J. L. LACRUZ BERDEJO, *et al*: *Op. cit.*, *Elementos...*, Tomo II, Vol. I, p. 404; M. CÁRCABA FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, *La simulación...*, pp. 141-142; J. I. CANO MARTÍNEZ: *Op. cit.*, *La exteriorización...*, p. 113; L. ENNECERUS, T. KIPP y M. WOLFF: *Op. cit.*, *Tratado de Derecho civil...*, Primer tomo, Vol. I, p. 186; V. SCIALOJA: *Op. cit.*, *Negozi giuridichi...*, p. 335; E. BETTI: *Op. cit.*, *Teoría general del negocio Jurídico...*, p. 305; L. CARIOTA FERRARA: *Op. cit.*, *Il negozio giuridico...*, p. 552; D. BARBERO: *Op. cit.*, *Sistema del Derecho civil...*, T. I, p. 549; A. ALESSANDRI Y M. SOMARRIVA: *Op. Cit.*, *Derecho civil...*, Tomo I, Vol. I, pp.

Fernández y Ospina Acosta agregan que en el evento de que el negocio disimulado esté afectado por un vicio que conduzca a su ineficacia, esta “tiene que ser objeto de una declaración distinta de la de simulación y provocada por el ejercicio de una acción o proferida de oficio por el juez.”²⁸⁰

Por lo mismo, no se puede afirmar ligeramente ni con certeza la eficacia del acto oculto, sino, a lo más, la posibilidad de que lo sea, advertencia que hiciera Forrer²⁸¹ y que adquiere particular relevancia en los casos de donaciones disimuladas bajo el formato de una compraventa. Lo expuesto es apenas lógico, pues si el acto secreto o disimulado está afectado de nulidad no lo salvará de ella la simulación, que “es impotente para convalidar lo que es nulo.”²⁸²

Esta solución no es discutida, porque más allá de la maniobra simulatoria, la doctrina tiene claro que las partes han querido establecer entre ellos determinadas relaciones jurídicas que se concentran en el negocio disimulado; de allí que en este punto la autores y jurisprudencia, nacionales y comparadas, muestran una coincidencia muy cercana a la unanimidad. Así se observa en Alessandri y Somarriva,²⁸³ Ospina Fernández y Ospina Acosta²⁸⁴ y Coronel Jones,²⁸⁵ entre los comentaristas del Código de Bello. La sentencia de 9 de marzo del 2004 de la Corte Suprema del Ecuador consideró que del "Contrato de Concesión" y de los documentos del proceso, se infiere que la verdadera

452.453. Según ARIAS RAMOS y ARIAS BONET esta habría sido la fórmula del *Corpus iuris*, que “declara nulo el negocio simulado. Es válido, en cambio, en la simulación relativa, el negocio que realmente se ha querido, siempre que sea lícito y que se reúnan los requisitos necesarios para su existencia.” (*Op. cit., Derecho Romano*, Tomo I, p. 125).

²⁸⁰ A. OSPINA FERNÁNDEZ y E. OSPINA ACOSTA: *Op. cit., Teoría general...*, p. 127.

²⁸¹ FORRER: *Ueber simulation*, p. 64; cit por F. FERRARA: *Op. cit., Simulación...*, p. 233.

²⁸² M. PLANIOL y G. RIPERT: *Op. cit., Tratado elemental...*, Tomo V p. 113.

²⁸³ A. ALESSANDRI y M. SOMARRIVA: *Op. cit., Derecho civil...*, p. 345: “Como hay que estar a la voluntad real y concordante de las partes que contratan, es evidente que respecto de ellas surte efecto el contrato *disimulado*, el oculto, siempre que se den en él todos los requisitos que le son propios.”

²⁸⁴ G. OSPINA FERNÁNDEZ y E. OSPINA ACOSTA: *Op. cit., Teoría general...*, p. 127: “Descorrido el velo, levantada la máscara impuesta por los simuladores para engañar al público, ese acto jurídico, existente pero disimulado, debe producir entre las partes la plenitud de los efectos pertinentes a su esencia y a su naturaleza, a menos que esté afectado por un vicio que lo condene a la eficacia, la cual ya tiene que ser objeto de una declaración distinta de la de simulación.”

²⁸⁵ C. CORONEL JONES: *Op. cit., La simulación...*, p. 142: “Probada la simulación desaparece el negocio fingido pero queda incólume la verdadera relación jurídica contraída secretamente, la cual será eficaz si reúne las condiciones necesarias para su existencia y validez.”

naturaleza de la relación jurídica que existió entre los litigantes fue de carácter laboral y que por tanto, dicho "Contrato de Concesión" es simulado. Consecuentemente, tuvo por eficaz el contrato de trabajo encubierto para reconocer los beneficios laborales en favor del trabajador.²⁸⁶ En el mismo sentido se ha pronunciado frente a las demandas de rescisión por lesión enorme fundadas en el precio aparente, que en la escritura se ha hecho constar por valor distinto al efectivamente pactado y pagado. Respecto de estos casos ha resuelto que "probada la ocultación de precio en la escritura, para resolver el juicio debe atenderse al precio efectivamente pagado."²⁸⁷

También hay coincidencia sobre este punto en las legislaciones que han disciplinado la simulación, aunque a poco andar se produzcan algunas disonancias al momento de explicarse las razones de esa eficacia.

Según la Ley 21 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra,²⁸⁸ *Los actos producen los efectos propios de la declaración manifestada por las partes, pero si fueran simulados sólo valdrá lo que aquéllas hayan querido realmente hacer, siempre que fuere lícito y reúna todos los requisitos formales que la Ley exija para el mismo (pár. primero) La nulidad de la declaración simulada no puede alegarse contra terceros de buena fe (pár segundo).* La misma solución prevén el artículo 1414, pár. 2º del Código civil de Italia (*ha effetto tra ese il contratto dissimulato*) y 543.II del boliviano (*el verdadero contrato, oculto bajo otro aparente, es eficaz entre los contratantes*);

Este efecto de la simulación relativa aparece también en el artículo 6:103 de los Principios de Derecho contractual europeo, según el cual *Cuando las partes concluyen un contrato aparente que encubre su verdadero acuerdo, entre las partes prevalecerá este último.*²⁸⁹

²⁸⁶ Corte Suprema, Tercera Sala de lo Laboral y Social. Gaceta Judicial Serie XVII, N° 14, de 9 de marzo del 2004.

²⁸⁷ Corte Suprema, Tercera Sala, 30 de marzo de 1973. (En GALO ESPINOZA, obra citada, t. II, p. 367.

²⁸⁸ Ley 1/1973 de 1 de marzo. BOE 57 de 7/3/1973.

²⁸⁹ En los *Comentarios* a dicho artículo, se pone de relieve que la norma se reconoce en todos los Estados miembros; y que en el *Common law*, carente de una teoría general sobre la simulación, la

El Tribunal Supremo ha mantenido invariablemente la doctrina que se comenta, y resuelto, entre otros casos, que el negocio aparente de cesión encubría una auténtica donación remuneratoria o negocio real llevado a cabo, por lo que “la conclusión definitiva de lo realmente concertado es la de este contrato” (S. de 29 de noviembre de 1989),²⁹⁰ que la causa del contrato litigioso no responde a la función económica social o práctica de asesoramiento técnico, y en este sentido no hay causa, en cuanto meramente aparente o ficticia, pero sí concurre otra causa disimulada -función económica de cambio de cosa por precio que da lugar a la figura contractual típica de la compraventa (arts. 1274, 1445 y 1450 del Código Civil) y, que al ser válida y lícita, produce la plena eficacia de la vinculación jurídica en aplicación de la doctrina de la simulación relativa, reiteradamente admitida por la doctrina de esta Sala con plena eficacia salvo invalidez del negocio disimulado” (STS 103/2001, de 12 de febrero),²⁹¹ y, finalmente, que “el contrato de compraventa no tenía la causa que expresaba (función objetiva de cambio de cosa por precio) sino que oculta la causa verdadera (causa donandi), siendo válida la donación disimulada” (S. 1104/2004 de 23 de noviembre).²⁹²

26. Tesis que niegan la nulidad del negocio

Para la doctrina tradicional francesa la simulación no acarrea la nulidad del negocio que, de resultar viciado, lo será por causa distinta de la simulación, aunque esta sea fraudulenta. De este modo si la compra simulada mediante la intervención de un testaferro la realiza realmente el notario que autoriza el acto, burlándose por este medio la prohibición que lo afecta, la razón de la invalidez no

solución viene dada por la prueba del contenido real del contrato “aplicando cuestiones en torno a la ilegalidad o a la conducta contra los propios actos (*estoppel*). *Principios...Partes I y II*, p. 445.

²⁹⁰ RJ 1989/7921.

²⁹¹ En relación con la misma doctrina, la sentencia cita las de 6 de abril de 2000, 15 de junio de 1999, 27 de febrero y 23 de abril de 1998, 21 de julio (dos Sentencias) de 1997 y 29 de julio de 1993.

²⁹² RJ 2004/7386.

será la simulación sino precisamente dicha incapacidad (Planiol y Ripert).²⁹³ El argumento que sustenta esta tesis lo derivan del artículo 1321 del *Code* que da valor entre las partes a las contraescrituras que, como se ha visto, son para la doctrina francesa el acuerdo simulatorio a la vez que la instrumentación de la realidad negocial que inutiliza o “paraliza”²⁹⁴ al negocio simulado.

Lo mismo plantea Josserand: “desde el momento en que el acto secreto produce efecto entre quienes lo celebraron, es evidente que la ley lo considera como válido; constituye ley entre las partes, conforme al artículo 1134, solución que cuadra perfectamente con el principio de la autonomía de las voluntades.”²⁹⁵

Este argumento no puede prosperar en el sistema español donde la simulación, como se ha señalado, no tiene su carta constitutiva en la contraescritura, a pesar de que a ella se refiere el artículo 1230 Cc, en términos muy parecidos a la norma francesa, sino principalmente en la doctrina autoral y jurisprudencial sobre la causa falsa (artículo 1276 Cc).

Por cierto que es igualmente negatoria de la nulidad la tesis que ve en la simulación una hipótesis de inexistencia propiamente tal, pues siendo la nulidad el

²⁹³ M. PLANIOL y G. RIPERT: *Op. cit., Tratado elemental...*, Tomo V, pp. 108-109. Para los autores citados, sólo en casos excepcionales, obviamente poco numerosos y referidos a hipótesis expresamente previstas en el derecho francés, tiene lugar la sanción de nulidad del negocio simulado.

²⁹⁴ L. JOSSEMAND: *Op. cit., Derecho civil...*, Tomo II, Vol. I, p. 226.

²⁹⁵ *Id.*, p. 228. También H., L. y J. MAZEAUD: En principio, la acción de simulación “no tiene como consecuencia la nulidad de la contraescritura; porque la simulación de un contrato no es, en si misma, una causa de nulidad de tal contrato. Pero, con frecuencia, una acción de nulidad acompaña a la acción declarativa de simulación; acontece así cuando las partes se han servido de la simulación para celebrar un acto que no tenían derecho de concluir; el demandante trata entonces de probar la simulación para obtener la nulidad del acto real” (obra citada, Parte Segunda, Vol. II, pp. 98-99). Asimismo, J. BONNECASE: “La simulación no es por sí misma causa de nulidad. Existe un principio, cuyo correcto fundamento no se discute. Resulta del artículo 1321. El acto oculto únicamente será nulo, cuando sea contrario a la ley, como sucede cuando se trate de una oficio ministerial (...) Acontece lo mismo, por ejemplo, con las donaciones entre esposos cuando son simuladas” (Op. cit., *Elementos...*, Tomo II, p. 491). L. JOSSEMAND agrega el caso de la partición ficticia hecha por el deudor, en el que la jurisprudencia francesa autoriza al acreedor para perseguir la nulidad (*Id.*, p. 232).

resultado de un juicio de valor acerca del negocio, no puede presentarse en aquél que no tiene existencia real.

II. EFECTOS DE LA SIMULACIÓN ENTRE LAS PARTES

27. Planteamiento.

Al presentar este tema Planiol y Ripert parten del supuesto, generalizado en la doctrina francesa, de que toda simulación importa el concurso de dos convenciones contradictorias que obviamente no pueden producir sus efectos acumulativamente respecto de una misma persona, motivo por el cual debe escogerse entre ellas.²⁹⁶

Si bien ello no es exactamente así, por lo menos no para quienes ven en la simulación esencialmente un solo negocio, tampoco puede desconocerse que en la simulación relativa se advierte por lo menos una *apariencia* de dos convenciones, y es esa apariencia lo que obliga a descorrer el velo del engaño para descubrir y hacer prevalecer la operación real.

Distinta es la situación en la simulación absoluta donde no existe siquiera el remedo de un negocio oculto, disimulado o querido, falta un negocio real, y por lo tanto, la cuestión se reduce a establecer, no tanto la ineficacia de la convención engañosa, punto sobre el cual no se discute, sino la naturaleza de su ausencia de efectos jurídicos, en los escenarios controversiales de la inexistencia y la nulidad, a lo que se destinó la Sección anterior.

Finalmente, en todo caso es preciso distinguir lo que ocurre entre las partes del negocio simulado y los efectos que la simulación despliega respecto de los terceros de buena fe que ven lesionados sus derechos o intereses, materia en la cual este instituto ofrece soluciones de particular interés que atemperan la confrontación entre la rígida regla de derecho (inexistencia o nulidad) y el espíritu

²⁹⁶ M. PLANIOL y G. RIPERT *Op. cit.*, *Tratado elemental...*, Tomo V, p. 110.

de su función tutelar.

28. Efectos de la simulación absoluta entre las partes.

Dice el tratadista chileno Vial del Río que “es obvio que las partes no pretenden engañarse a si mismas, pues bien saben lo que realmente quieren”, motivo por el cual en sus relaciones recíprocas “el acto simulado no existe, rigiéndose éstas por su voluntad real,”²⁹⁷ (*plus valet quod agitur quam quod simúlate concipitur*). Si se trata de una compraventa simulada, en la que las partes no quieren vender ni comprar, comenta Messineo, “el resultado será que la venta no tiene ningún valor jurídico –por de pronto- entre las partes; es como si el contrato nunca hubiese sido contraído.”²⁹⁸

Así es, en efecto, y un razonamiento de ese tipo, impecable desde un punto de vista técnico, debe llevar sin dificultades a la conclusión de inexistencia del acto, así directamente, sin perifrasis ni la coartada contradictoria e innecesaria de la nulidad, particularmente en el caso de la simulación absoluta.²⁹⁹ No de otra manera puede entenderse una mínima valoración de la voluntad real, que consistía precisamente en *no crear* relaciones jurídicas entre las partes. En el acto ficticio, dice Dagot, *aucun élément n’est voulu*, y por lo mismo, *porte sur l’existence même de l’opération*.³⁰⁰

La declaración de inexistencia, cuando tiene lugar, que se fundamenta en la constatación de *la nada* negocial, termina reconociendo la saludable paradoja de que precisamente la nada es, en este cascarón de apariencia negocial, la única realidad existente.

Ello significa que si hay supuestas obligaciones pendientes las partes no podrán ser compelidas a su cumplimiento, sin que sea menester un pronunciamiento judicial que lo declare. Bastará una actitud de desconocimiento

²⁹⁷ V. VIAL DEL RÍO: *Op. cit.*, *Teoría General del Negocio Jurídico...*, p. 147.

²⁹⁸ F. MESSINEO: *Op. cit.*, *Doctrina general del contrato...*, Tomo II, p. 12.

²⁹⁹ Obviamente lo dicho no tiene lugar en los sistemas que, como el argentino, declaran nulo el negocio simulado.

³⁰⁰ Michel DAGOT: *Op. cit.*, *La simulation...*, p. 61.

de facto del negocio, como la que se tiene ordinariamente frente a todo lo que no existe. Por cierto, habrá casos en los que parezca necesaria una sentencia judicial de inexistencia para destruir la apariencia del negocio simulado y deshacer los efectos que se ejecutaron, como la cancelación de una inscripción registral o la restitución de lo que indebidamente se dio en pago para dar una vestimenta de mayor verosimilitud a la simulación.

Respecto de esto último se dirá que no habiendo declaratoria judicial de nulidad, tampoco tendría lugar en este caso el efecto *restitutio in integrum* y su consecuencia, las restituciones recíprocas del artículo 1303 Cc. Así es en efecto y por ello la restitución, en el supuesto de inexistencia, que sí procede, no se apoyará en dicho precepto, sino en el artículo 1895 Cc que contempla la obligación restitutoria en el cuasi contrato de cobro de lo no debido.

Prima facie no sería posible incardinar la hipótesis propuesta en la figura del pago o cobro de lo no debido, pues un copartícipe en el *concilium fraudis* mal podría ser admitido a alegar que pagó por error, que es una exigencia el artículo 1895 Cc. Mas hay jurisprudencia, p. ej., la STS 137/1984 de 31 de octubre de 1984, en el sentido de que no es indispensable probar este error en la *conditio indebiti*, con fundamento en el artículo 1901 Cc, si se justifica haber pagado algo que nunca se debió, que es precisamente el caso que nos ocupa, pues el negocio absolutamente simulado es inepto para generar las obligaciones que las partes engañosamente le han atribuido.

29. Efectos de la simulación relativa inter partes.

Unas pocas líneas atrás se dijo que, en estricto rigor, también la inexistencia debiera ser la respuesta para los casos de nulidad relativa, porque si bien se da aquí una apariencia de negocio querido –el disimulado u oculto- la declaración de las partes no guarda coincidencia con sus voluntades reales.

En efecto, la declaración se refiere a un negocio no querido (el aparente o simulado), a la vez que respecto del querido no existe declaración.

No obstante, radicada la cuestión en sede de la falsa causa, como se lo hace generalmente en España, parece sustentable la tesis de que estamos ante una hipótesis de falsedad de la causa, de lo que se deriva la consecuencia de nulidad del artículo 1276 Cc., que afectaría al negocio aparente en beneficio de la eficacia del oculto siempre que esta reúna las exigencias materiales y formales para su validez.

30. Limitación del efecto restitutorio con relación a los terceros de buena fe

Puede darse el caso de que el adquirente simulado enajenó a un tercero de buena fe el bien que recibió en virtud del contrato fingido. Está claro que el primer enajenante, es decir, quien transfirió el bien por medio del contrato simulado, pudiendo alegar la simulación absoluta contra su contraparte y obtener de él la restitución de la cosa enajenada, no puede hacer lo mismo con el tercero adquirente. Mas, descartada esta vía directa, ¿podrá utilizar, en cambio, otro camino, como es la acción reivindicatoria?

El punto de partida es que la inexistencia del negocio simulado deja sin soporte jurídico los negocios posteriores. Y aunque se prefiera la tesis de la nulidad, su declaratoria judicial da derecho a la restitución de la cosa y, si es el caso, a reivindicarla contra terceros poseedores.

Distinto se presenta el caso en la simulación relativa, pues la ineficacia del acto simulado o aparente deja generalmente en pie al negocio disimulado que, premunido de los requisitos de validez, queda como realidad única y eficaz.

Sin embargo, como no podría ser de otra manera, esa eficacia es relativa en el sentido de que sólo tiene lugar entre las partes de la regulación y, a lo más, respecto de los terceros que tenían conocimiento del acuerdo simulatorio, pero no afectará, como regla general, los intereses legítimos de los terceros que adquirieron de buena fe. Esta consecuencia aparece bastante explícita en el artículo 1321 del Código francés sobre el efecto de las contraescrituras, y según el cual estas sólo producen efectos *inter partes*, con lo que queda dicho que es

esa realidad oculta, el pacto secreto, y no la apariencia que la esconde, la que prevalece entre ellas.

La norma similar sobre contraescrituras del artículo 1230 Cc., (curiosamente poco utilizada en los estudios españoles sobre simulación), sumada a la del artículo 1276 sobre la causa real, dan cimiento a una conclusión del mismo género en el sistema civil nacional, que ha sido sostenida sin mayores contratiempos por la jurisprudencia, como puede apreciarse, por todas, en la sentencia de 12 de febrero de 2001, en la que el Tribunal Supremo dijo que habiéndose probado la simulación de un contrato de asesoramiento técnico concertado para ocultar una compraventa, esta última produce la plena eficacia de la vinculación jurídica en aplicación de la doctrina de la simulación relativa, reiteradamente admitida por la doctrina jurisprudencial, con plena eficacia salvo invalidez del negocio disimulado (arts. 1275 y 1276 CC).

III. EFECTOS DE LA SIMULACIÓN RESPECTO DE TERCEROS

31. Referencia previa a la confianza y la doctrina de la apariencia.

La doctrina de la apariencia es el desarrollo de un principio general de derecho, “concebido como cláusula destinada a proteger la confianza de terceros en una serie ilimitada de casos.”³⁰¹ Aplicada a los negocios jurídicos, valora la razonable³⁰² confianza de los terceros de buena fe en aquellos negocios que se presentan objetivamente como válidamente celebrados, y en sus consecuencias

³⁰¹ F. GALGANO: *Op. cit.*, *El negocio jurídico...*, p. 345.

³⁰² En general, y esto vale para sus distintas aplicaciones en el derecho, “lo razonable”, más allá de su significado natural de “conforme a la razón”, se presenta como una idea bastante difusa, de muy difícil precisión y campo propicio para el abuso de la subjetividad. No es posible atrapar “lo razonable” en una definición y, a lo más, pueden adelantarse estándares o criterios muy generales de apreciación, *parámetros* se diría hoy día, como los contenidos en el artículo 1:302 de los Principios de Derecho Contractual Europeo que anuncia una “definición” que no es tal, sino lo dicho, una pauta de juzgamiento: *Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera.*

jurídicas en tanto ellas afectan de alguna manera a sus legítimos intereses. El Tribunal Supremo ha mantenido esta doctrina y declarado que, en consideración a la seguridad jurídica, las apariencias deben valer como realidad (por todas, la sentencia de de 22 de noviembre de 1957).

Esta valoración tiene como razón de fondo otro principio de escalón superior, la tutela de la buena fe que, sin embargo, no es incondicional, pues, como precisa Trabucchi la “buena fe no es supina ignorancia, así como confianza no es ciega entrega. Dichos principios, persiguen únicamente la salvaguardia del tercero que haya sido diligente en el conocimiento del negocio y sus circunstancias.”³⁰³

Por tanto, para invocarla es menester tener presente dos órdenes de consideraciones:

a) La apariencia no es una experiencia mágica, sino un fenómeno que se nutre con datos de la realidad, “no crea situaciones de la nada (...), sino que equipara determinadas situaciones fácticas con otras jurídicamente existentes cuyos efectos atribuye a aquéllas.”³⁰⁴

b) Es de rigor para su aplicación, la existencia de un justo motivo que de soporte lógico a la confianza depositada en la apariencia, lo que enlaza una doble valoración: por una parte, de las circunstancias *objetivas* con aptitud suficiente como para inducir a la confianza en la apariencia, y que se ponen en evidencia “por una serie de manifestaciones externas, generalmente conductas de terceros,

³⁰³ A. TRABUCCHI: *Op cit., Instituciones...* Tomo I, p. 208. El catedrático de Padua nos recuerda que *confianza*, en esta materia, “no quiere decir que se supervalore la apariencia, sino más bien protección de la **buena fe** (la negrilla es del original). Hoy, el principio de la buena fe ha llegado a ser general en el derecho; es un requisito propio del “obrar humano” (...); el que obra de buena fe, fiándose de cuanto aparece según las manifestaciones de otro, debe ser protegido.” Y más adelante agrega: “Y así muy a menudo, en la vida del derecho, encontraremos que los efectos de la situación jurídica son atribuidos a un “presupuesto de hecho”, solo porque presente la **aparición** (la negrilla es del original) de los correspondientes elementos reales.” p. 209). Uno de esos casos, digo yo, es precisamente el de la simulación.

³⁰⁴ J. I. CANO MARTÍNEZ: *Op. cit., La exteriorización...*, p. 56. “Así, por ejemplo, agrega el autor, se puede hablar de un heredero aparente, en función y con relación a la figura real del heredero, cuyo estatuto jurídico se aplica por equiparación a la persona que las circunstancias hacen pensar que efectivamente lo es; o bien, de un contrato de compraventa aparente, a partir del tipo real de la compraventa, para aplicar a aquél los efectos propios de esta última.”

ajenas al sujeto que la percibe;³⁰⁵ y por otra, una valoración *subjetiva* tendiente a medir su “razonable poder de convicción” respecto de un sujeto determinado y el grado de diligencia de éste, pues el negocio jurídico impone a las partes “un cierto deber de conocer el plexo de circunstancia que lo rodean con el objeto de formarse percepciones razonables sobre el mismo.”³⁰⁶

Dados esos supuestos, se activa el principio de la *auto-responsabilidad* en virtud de la cual, como regla general aplicable a muy variadas situaciones jurídicas, “la creación de una apariencia engañosa resulta de una conducta de la que habrá que responder.” (De Castro y Bravo).³⁰⁷

En el caso particular que nos ocupa, la irrupción de este principio es de la más alta trascendencia, pues significa, por ejemplo, como lo dice De Castro y Bravo y se señaló en su momento, que en el caso de una compraventa absolutamente simulada, el tercero de buena fe que adquiere del aparente comprador, no es propiamente un adquirente *a non domino*, sino *en locu domini*, por haber sido el *dominus* quien lo colocó (autoresponsabilidad), con la compraventa simulada (apariencia), en esa posición jurídica.

32. Precisión de la noción de tercero.

Son terceros respecto de un negocio jurídico, aquellas personas que no han intervenido en su celebración, ni personalmente ni representados, razón por la cual no le alcanzan sus efectos, en virtud del principio de relatividad de los efectos del negocio.

³⁰⁵ *Id.*, p. 50.

³⁰⁶ A. TRABUCCHI: *Op cit.*, *Instituciones...* Tomo I, p. 210. Esta es una asignatura general que se predica también respecto de otras figuras negociales, como el error y su aptitud para ser propuesto como vicio del consentimiento. Para TRABUCCHI, “el riesgo por la negligente falta de información o en el deber de informarse, se ha destruido en el derecho moderno con la realista equiparación del deber de conocer al efectivo conocimiento, así, si la parte debió conocer el significado consecuente con el propio comportamiento o las circunstancias del otro, es, pues, indiferente, que haya habido o no un efectivo conocimiento.” (*op cit.*, p. 210).

³⁰⁷ F. de CASTRO Y BRAVO: *Op. cit.*, *El negocio jurídico...*, p. 363.

Lo son, en primer lugar, quienes no tienen relación alguna con el negocio ni con las partes intervinientes en él, a los que se denomina terceros absolutos o *penitus extranei*. Entre ellos ocupan un importante lugar los que han adquirido de alguna de las partes un derecho real, con posterioridad a la simulación. Están además los llamados terceros relativos, entre los que figuran los causahabientes a título singular de las partes (legatario, donatario, comprador, etc.) y sus acreedores quirografarios.³⁰⁸

33.El derecho de opción de los terceros de buena fe en función de sus concretos intereses.

Por las razones que quedaron expuestas al tratar sobre la discordancia entre la voluntad real y la voluntad declarada (*Vid supra* §4 y ss), se comprende que a los terceros solamente puede oponérseles el negocio aparente, cualquiera sea la modalidad de simulación, porque es el que han podido percibir y en función del cual han ordenado sus relaciones jurídicas.

Por cierto, me refiero a los terceros de buena fe, es decir, aquellos que se encuentran, al decir de Betti, en ese “estado de conciencia consistente en ignorar el acuerdo simulatorio y creer, por tanto, en la plena eficacia vinculante del negocio simulado y en la legitimación de quien fundamenta sobre él su posición jurídica.”³⁰⁹ Los otros terceros, que colaboraron con la operación simulatoria, o simplemente la conocieron o por las circunstancias debían conocerla, se encuentran en una situación semejante a la de las partes y no tendrá lugar a su respecto nada de lo que se diga en este apartado.

En el sistema del Código francés y de aquellos que siguieron su modelo, esta conclusión sobre la oponibilidad tiene asidero positivo en el ya varias veces comentado artículo 1321 *Code*.³¹⁰

³⁰⁸ Cfr. J. BONNECASSE: *Op. cit.*, *Elementos de derecho civil*, Tomo II..., p. 490.

³⁰⁹ E. BETTI: *Op. cit.*, *Teoría general del negocio jurídico...*, p. 306.

³¹⁰ Lo siguen, entre otros, los artículos 1707, 1766 y 1724 de los códigos de Chile, Colombia y Ecuador, respectivamente.

A primera vista parecería que la solución de la norma es hacer prevalecer necesariamente, respecto de los terceros, el negocio aparente, pero esta apreciación no es del todo exacta porque, finalmente, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que para ellos, si están de buena fe, el contrato simulado puede ser eficaz o ineficaz, en función de lo que aconsejen sus concretos intereses (Galgano),³¹¹ porque no pueden ser perjudicados en sus derechos legítimos adquiridos a título oneroso, derechos basados en la apariencia jurídica, en la declaración de voluntad de quienes dieron nacimiento al negocio torpe” (Spota).³¹²

En efecto, la inoponibilidad del negocio disimulado u oculto no es un dogma, sino un beneficio flexible consagrado para favorecer a los terceros de buena fe. Josserand escribe que imponer aquella prevalencia es una solución simplista que a veces perjudicaría legítimos intereses, “porque puede ocurrir que sea precisamente el acto ostensible el que moleste a los terceros, al paso que la contraescritura (negocio disimulado) los favorece.”³¹³ Por ello, agregan Planiol y Ripert, el convenio secreto no se tomará en cuenta siempre que sea desfavorable para los terceros y entonces se ejecutará el acto ostensible.³¹⁴

Efectivamente, se predicará la eficacia del negocio ostensible si para el interés a tutelar del tercero de buena fe, conviene que prevalezca el negocio viciado de simulación absoluta, porque es dicho negocio la fuente de ese interés. Tal ocurriría si el tercero adquirió del comprador aparente el bien que supuestamente se le vendió en la compraventa simulada. Será ineficaz, en cambio, si para el interés del tercero resulta más útil la ineficacia del negocio simulado, porque, en el mismo ejemplo propuesto, es el acreedor del vendedor

³¹¹ F. GALGANO: Op. cit., *El negocio jurídico...*, p. 340.

³¹² A. G. SPOTA: Op. cit., *Contratos. Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I..., p. 446-447.

³¹³ L. JOSSERAND: Op. cit., *Derecho civil*, Tomo II, Vol. I..., pp. 230-231. El argumento de la doctrina francesa para justificar esta solución, expuesto por JOSSERAND, es que el artículo 1321 del *Code* prescribe que la contraescritura no produce efectos *contra* terceros, “pero no dispone de ninguna manera que no produzca efecto *en su favor*.”

³¹⁴ M. PLANIOL y G. RIPERT: Op. cit., *Tratado Elemental de Derecho Civil...*, Tomo V, p. 112.

simulado y le interesa que el bien supuestamente vendido permanezca en su patrimonio.

Como puede apreciarse, en este caso la solución no está condicionada tanto por las consecuencias técnico-jurídicas de la nulidad (o la inexistencia), cuanto por el juego de los intereses legítimos de los terceros afectados actual o potencialmente por la simulación, lo que hace a esta figura particularmente llamativa, ya que altera con atrayente novedad los efectos normales de la nulidad (*quod nullum est nullum producit effectum*), produciendo un fenómeno de desdoblamiento, en el que el negocio simulado es nulo únicamente para las partes, en tanto podrá ser eficaz para los terceros que optan por esta alternativa. Los códigos civiles de Italia, Bolivia y Portugal han consagrado expresamente este efecto. El artículo 1415 del *Codice*, que se refiere específicamente a los efectos de la simulación respecto de terceros, dispone en su párrafo primero que la simulación es inoponible a los acreedores del enajenante simulado (*non può essere opposta...dai creditori del simulato alienante*) y a los terceros que de buena fe han adquirido derechos del titular aparente (*ai terzi che in buona fede hanno acquistato diritti dal titolare apparente*); y agrega, en el párrafo segundo, que los terceros pueden hacer valer la simulación contra las partes cuando perjudica sus derechos (*quando essa pregiudica i loro diritti*). A su vez, el artículo 544 del Código Civil de Bolivia declara, asimismo, que la simulación no puede ser opuesta contra terceros por los contratantes (pár. I); y que *los terceros perjudicados con la simulación pueden demandar la nulidad o hacerla valer frente a las partes; pero ello no afecta a los contratos a título oneroso concluidos con personas de buena fe por el favorecido con la simulación*” (pár. II). El artículo 243 del Código portugués, que se titula *Inoponibilidade da simulação a terceiros de boa fé*, dispone en su párrafo 1 que *A nulidade proveniente da simulação não pode ser arguida pelo simulador contra terceiro de boa fé.*³¹⁵

³¹⁵ Los dos siguientes párrafos del mismo precepto agregan:

2. *A boa fé consiste na ignorância da simulação ao tempo em que foram constituídos os respectivos direitos.*

Aun faltando una norma tan explícita como las citadas, la doctrina contenida en ellas es sostenible en el ordenamiento nacional por aplicación de los principios generales del derecho, entre ellos los que dicen relación con la protección de la buena fe, y el efecto de la apariencia en los negocios jurídicos, lo que explica su amplia difusión en el derecho comparado.

Josserand escribe que “la simulación tiene la singular virtud de que los terceros, tal como lo hemos definido, tienen la elección entre ambos actos contradictorios de acuerdo con sus intereses, o se atienen al acto ostensible, amparándose en el artículo 1321, o se colocan bajo la protección de la contraescritura, ejercitando la acción de declaración de la simulación.”³¹⁶

Gaudemet coincide con este criterio, con lógica referencia a las contraescrituras: “Si los terceros tienen interés en rechazar la contraescritura, para prevalecerse del acto ostensible, la primera no les será oponible (...) Esto no significa que no podrán prevalecerse de ella, si tienen interés en invocarla en lugar del acto ostensible. Si la contraescritura no puede perjudicarles, puede en cambio invocarse en su favor, pues de lo contrario, la protección de la ley se volvería contra ellos. Luego la situación de los terceros depende de su interés.”³¹⁷ En igual sentido Mosset Iturraspe: “Si bien es verdad que los terceros pueden atenerse al negocio simulado, también lo es que el mismo no les debe perjudicar, cuando sufren perjuicio pueden invocar la circunstancia de la simulación. Equivale a decir que pese a primar frente a ellos la valoración objetiva, por serle inoponible el acuerdo simulado, pueden ellos referirse a la valoración subjetiva y solicitar que se aplique ésta.”³¹⁸

En la misma dirección, la sentencia de 14 de enero de 1966 de la Corte Suprema de Colombia declaró que “la convención simuladora de un negocio

3. *Considera-se sempre de má fé o terceiro que adquiriu o direito posteriormente ao registo da acção de simulação, quando a este haja lugar.*

El primer párrafo del artículo 94 del C. civil japonés declara nula *la declaración de voluntad falsa realizada con el acuerdo del destinatario*; y agrega el párrafo segundo que dicha nulidad *no podrá oponerse a terceros de buena fe.*

³¹⁶ L. JOSSEMAND: *Op. cit.*, *Derecho civil...*, T. II, Vol. I, p. 231.

³¹⁷ E. GAUDEMET: *Teoría General de las Obligaciones*. Ed. Porrúa, México, 1974, pp. 250-251.

+³¹⁸ J. MOSSET ITURRASPE: *Op. cit.*, *Contratos simulados...*, Tomo I, p. 32.

jurídico cuando ninguno ha querido celebrarse o cuando se tiene en mira otro contrato, liga a las partes o a sus causahabientes, pero nunca en daño de terceros cuya buena fe se atuvo al contrato público, precisamente por ignorar el acuerdo oculto de los simuladores para suprimir entre sí los efectos de la convención o para darle un significado diferente.”³¹⁹

Puede decirse entonces, que en esta materia operan dos reglas generales de consecuencias diferentes en la medida que atienden a intereses también diversos y algunas veces en pugna; pero que, a la vez, son complementarias en el sentido de que entre ambas configuran un cuadro perfectamente lógico y equilibrado de los efectos de la simulación respecto de terceros:

a) La primera, según la cual cualquier tercero afectado por la simulación puede alegar la simulación contra las partes contratantes.³²⁰ Esta regla, encaminada a la destrucción de la simulación, tiende a evitar el daño que ella ocasiona a los terceros. Como hace notar Galgano, es una regla que protege, esencialmente, a los acreedores del enajenante simulado.³²¹

b) La segunda, dice que los terceros pueden reclamar para sí la validez del acto simulado en cuya apariencia confiaron. Ella favorece, en cambio, a los acreedores del adquirente simulado (cuyo patrimonio se ha incrementado como consecuencia de la simulación) y a quienes adquirieron de él su derecho (adquisición *a non domino*).

Esta regla constituye una de las peculiaridades notables de la simulación, pues en estricto derecho, recuerda Trabucchi, de aplicarse el postulado *resoluto iure dantis, resolvitur est ius accipientis*, quedarían sin efecto los derechos del

³¹⁹ En D. PRECIADO AGUDELO.: *Op. cit., De la simulación...*, p. 58. En el mismo sentido el autor colombiano JORGE SUÉSCUM M. “No obstante, la doctrina y la jurisprudencia reconocen que, si bien la intención oculta de los simulantes no puede afectar negativamente a los terceros, pues les es inoponible, si puede en cambio beneficiarlos. Así, por ejemplo, los acreedores del vendedor ficticio pueden hacer valer el pacto oculto, según el cual la enajenación del bien no es real sino aparente, con lo cual demostrarían que ese bien no ha salido del patrimonio de su deudor, pudiendo perseguirlo judicialmente.”(*Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Tomo I. Reimpresión de la 2ª. edición, Ed. Legis, Bogotá, 2004, p.123).

³²⁰ F. GALGANO: *Op. cit., El negocio jurídico...*, p 341; A. TRABUCCHI: *Op. cit., Instituciones...*, Tomo I, p. 163.

³²¹ *Id.*, p. 340.

tercero adquirente de buena fe, pero la ley, agrega el profesor de Padua, desoye este postulado para la protección el tercero.³²² Como señala Galgano,³²³ esta segunda regla es una aplicación a la simulación, del principio general de seguridad de la circulación de los bienes.

De Castro y Bravo llega a la misma conclusión utilizando un giro argumental que tiene anclaje en el sistema español de protección del tercero de buena fe que adquiere *a non domino*. Toma como punto de partida el caso particular de las enajenaciones hechas por un mandatario en contravención a las instrucciones reservadas de su mandatario, que la doctrina nacional considera válidas, y lo aplica analógicamente a la enajenación simulada. Resulta entonces que aunque la simulación impide, en principio y desde un punto de vista puramente técnico, que sea dueño quien aparece como adquirente, el vendedor le ha permitido actuar como dueño, “le ha conferido de hecho la legitimación dominical, con plena eficacia respecto de todos los que desconozcan la legitimación.” Esta adquisición, por lo mismo, ya no es *a non domino*, sino *in loco domini*, por voluntad del propio dueño.³²⁴

34. Conflicto de intereses entre terceros de buena fe.

Es muy posible que la aplicación de las reglas anteriores, que protegen intereses distintos, provoquen graves conflictos entre terceros de buena fe. El acreedor del supuesto vendedor demanda la nulidad del contrato de compraventa simulado (aplicación de la primera regla), porque pretende evitar que el bien vendido salga del patrimonio de su deudor, lo que convendrá a la garantía de su crédito. A su vez, el acreedor del comprador aparente alega en su favor la eficacia de la compraventa y consiguiente transferencia del dominio (aplicación de la segunda regla), ya que de esa manera asegura que el bien supuestamente

³²² A. TRABUCCHI: *Op. cit., Instituciones...*, T. I, p. 164.

³²³ F. GALGANO: *Op.cit., El negocio jurídico...*, p. 341.

³²⁴ F, de CASTRO Y BRAVO: *Op. cit., El negocio jurídico...*, p. 363.

comprado se consolide en el patrimonio de su deudor, lo que será conveniente para la garantía de su acreencia.

El conflicto está puesto y da la impresión de ser insoluble, pues estamos ante dos terceros con los mismos pergaminos de interés legítimo, buena fe y necesidad de tutela jurídica. ¿Cómo se resuelve?

En el derecho italiano la respuesta se encuentra en el artículo 1415.1. del *Codice*, según el cual la simulación no puede oponerse por los acreedores del enajenante simulado a los terceros que de buena fe han adquirido derechos del titular aparente (*ai terzi che in buona fede hanno acquistato diritti dal titolare apparente*). Pero ¿qué ocurre en los ordenamientos, como el español, que no han disciplinado expresamente la cuestión?

Ya Ferrara enseñaba que la solución pasa por la vigencia del principio “que considera indigno de la protección del derecho, así por su fin, como por las circunstancias que lo rodean, un contenido de voluntad que se mantiene secreto en oposición a lo públicamente declarado.” De esta manera, agrega el jurista italiano, en la lucha que se entabla entre los acreedores del enajenante simulado y del adquirente fingido vencen los últimos, “quedan dueños del campo y pueden caer sobre los bienes del testafarro para ser satisfechos.”³²⁵ Este criterio fue recogido por el artículo 309 del Código civil paraguayo que en su segunda parte expresa: *Los acreedores del que simuló la enajenación podrán impugnar el acto simulado que perjudique sus derechos y, en el conflicto con los acreedores quirografarios del adquirente simulado, serán preferidos a éstos si su crédito fuere anterior al acto simulado.*

No es aventurado afirmar que la solución expuesta se ha generalizado en la doctrina. Bonnacasse y Planiol y Ripert coinciden en que debe preferirse a los causahabientes del propietario aparente dada la necesidad de asegurar las relaciones sociales, habida cuenta que ellos han tratado fundándose en un estado

³²⁵ F. FERRARA: *Op. cit.*, *Simulación de los negocios jurídicos...*, pp. 369-370.

aparente que deberían tomar por verdadero.³²⁶ Otro tanto hace Gaudemet justificándolo en la seguridad en el crédito, y cita al efecto alguna jurisprudencia francesa del s. XIX,³²⁷ y con la misma razón la sustenta Santos Cifuentes: “Cuando concurren los acreedores del enajenante y del adquirente simuladores, se da prioridad a los últimos y se mantiene la apariencia, pues el adquirente es el propietario aparente.”³²⁸ También Coronel Jones se suma a esta solución, apoyándose en la opinión de Santacruz Serrano: “frente a dos personas que son por igual inocentes de la simulación, hay que preferir la verdad, debiendo estarse a la voluntad real y no a la declaración en gañosa.”³²⁹

En España abogan por esta fórmula, entre otros, Albaladejo, Lacruz Berdejo y Cárcaba Fernández. Para el primero, en el caso de los terceros protegidos, “las cosas pasan como si el negocio simulado, fuese no simulado, sino verdadero y sus consecuencias y la situación que crea las que se habrían producido de haber sido verdadero y no simulado el negocio.”³³⁰ Lacruz Berdejo estima lógico que prevalezca el interés de los acreedores del simulado enajenante,³³¹ y Cárcaba Fernández se declara partidaria de ella, fundada en la necesaria protección del tráfico jurídico que aconseja mantener la validez de los negocios, en la medida en que ello sea posible, y la protección de la buena fe.³³²

Creo que efectivamente el fundamento central de esta doctrina debe buscarse, como sostienen regularmente los autores, en la seguridad del tráfico

³²⁶ J. BONNECASE: *Op. cit., Elementos de Derecho civil...*, p. 492; M. PLANIOL y G. RIPERT: *Op. cit., Tratado elemental...*, Tomo V, pp. 112-113.

³²⁷ E. GAUDEMET: *Op. cit., Teoría general...*, p. 251.

³²⁸ S. CIFUENTES: *Op. cit., Negocio jurídico...*, p. 668. No obstante lo expuesto, esta solución general, advierte el autor, debe estudiarse atendiendo a la fecha de los créditos, pues si todos los acreedores son anteriores al acto simulado, “se anula la apariencia a favor del enajenante, y reingresan los bienes al patrimonio de éste”, en tanto que si son posteriores, “se consolida la apariencia (...) y los acreedores del adquirente son preferidos.”

³²⁹ C. CORONEL JONES: *Op. cit., La simulación de los actos jurídicos...*, p. 152.

³³⁰ M. ALBALADEJO GARCÍA: *Op. cit., La simulación...*, pp. 37-38.

³³¹ J. L. LACRUZ BERDEJO *et al.*: *Op. cit., Elementos de Derecho civil...*, Tomo II, Vol. I, p. 405.

³³² M. CÁRCABA FERNÁNDEZ: *Op. cit., La simulación...*, p. 153. DE CASTRO Y BRAVO se muestra contrario a esta doctrina. Sostiene que los acreedores del dueño simulado no merecen protección, pues el simple acreedor (quiropgrafario) “carece de derechos concretos y directos en los bienes del deudor y que no menos digno de protección sería el acreedor del dueño verdadero, que confía en la solvencia del dueño verdadero, que ha continuado actuando como dueño.” (*Op. cit., El negocio jurídico...*, p. 365.

jurídico, que, en último término, es el *mega principio* que alberga a varios otros más específicos, como el principio *pacta sunt servanda* que mira a la preservación de los contratos en la forma que se han convenido; el principio de eficacia de la apariencia o de la presunción de eficacia, citado por Cárcaba Fernández, que tiende igualmente a conservar la vitalidad del contrato y de sus efectos. Todo ello sin perder de vista ese estándar que cruza todo el ordenamiento jurídico y de manera muy importante al derecho de los contratos, que es el principio de la buena fe.

CAPÍTULO QUINTO

Ámbito negocial de la simulación

Summa.- 35.- Presentación del tema.- I. SIMULACIÓN Y DECLARACIONES RECEPTICIAS.- 36. La declaración recepticia.- 37. La tesis negativa de Ferrara en el contexto normativo de su época.- 38. La simulación puede darse en los negocios unilaterales recepticios.- II. DECLARACIONES NO RECEPTICIAS. EL TESTAMENTO.- 39. ¿Es posible simular cualquier negocio unilateral?- 40. La situación particular del testamento.- 41. Los artículos 755 y 767 del Código civil.- III. SIMULACIÓN Y OTRAS VARIAS FIGURAS.- 42. Simulación y contrato de sociedad.- 43. Simulación y mandato simple o sin representación: 1) ¿Mandato sin representación?; 2) ¿Una modalidad de testaferrismo?; 3) En el mandato sin representación no hay simulación.- 44. Simulación y cesión de crédito.- 45. Simulación y vitalicio.- 46. Simulación y contrato de transacción.- 47. Simulación y leasing financiero.- 48 Simulación y contrato de trabajo.- 49. Simulación y capitulaciones matrimoniales.

35. Presentación del tema.

Para que pueda tener lugar la maniobra simulatoria es menester la concurrencia de dos manifestaciones de voluntad capaces de dar vida al *concilium* o *acuerdo simulatorio*. Por ello, el campo por excelencia de esta patología negocial, y para algunos su nicho natural, es el de los contratos, sin duda alguna la fuente más frecuente y capítulo central de los estudios y preocupaciones jurisprudenciales sobre la materia (y para algunos no sólo en los contratos causales sino también en los abstractos en cuyo caso no se hablaría de una alteración de la causa, que no la evidencian, sino de la calificación del

contrato, de manera que “un determinado tipo de contrato abstracto sea sustituido, en virtud de la simulación, por otro desde luego también abstracto”).³³³

Pero también puede haber simulación en otras convenciones, como el pago³³⁴ y el pacto de circunstancias modificatorias de la obligación. En efecto, acreedor y deudor pueden simular haberse producido la solución de una obligación que en realidad no se efectuó, sea para justificar la existencia de determinadas sumas de dinero en poder del acreedor, o la ausencia de ellas en el patrimonio del deudor, o bien para presentar saneado el estado financiero del deudor, con miras a una operación financiera. De igual modo las partes de una relación obligatoria pueden simular el pacto de un plazo o de una condición de los que depende su existencia, exigibilidad o extinción, según el caso, para crear la apariencia de que se ha modificado el vínculo obligacional existente entre ellos.

Así pues, en el ámbito de los negocios bilaterales las posibilidades de esta figura son sumamente amplias. Se simula para eludir el llamado derecho de prenda general de los acreedores sobre los bienes embargables del deudor (artículo 1911 Cc), sea mediante una donación, compraventa, dación en pago o constitución de sociedad ficticias; o para burlar los derechos de un cónyuge en el

³³³ J. I. CANO MARTÍNEZ: *Op. cit., La exteriorización...*, pp. 96-97. ¿Pero cómo entender que se produzca un vicio de la causa en un contrato que no la tiene? Es casi como hablar de vicio del consentimiento en aquellos casos en que no hay manifestación de voluntad y la ley simplemente la presume. El propio autor cae en cuenta de la contradicción y, una vez más, acota sus asertos con una explicación difícil de digerir: “Que resulte concebible la simulación de un negocio abstracto no quiere decir que sea practicable” (*Id.*, p. 97), y coloca un ejemplo de sustitución de cheque por letra de cambio, del que finalmente extrae la conclusión que no podrá atacarse por simulación.

³³⁴ Algunos autores consideran el pago como un simple *hecho* jurídico. Entre ellos, BELTRÁN DE HEREDIA (“no existe una declaración de voluntad en sentido técnico”), citado por Federico PUIG PEÑA (*Op. cit., Compendio...*, T. III, p. 264, nota 3); y M. GETE ALONSO: *Op. cit., Manual de Derecho civil*)..., Tomo II, p. 187. Otros, como un simple *acto jurídico*, en el sentido de conducta voluntaria, tesis que según LASARTE predomina actualmente en la doctrina española (*Op. cit., Principios de Derecho civil...*, Tomo II, p.103); o bien como *acto debido*, pues la conducta es impuesta por una relación jurídica anterior (Cfr. R. COMPAGNUCCI DE CASO: *Op. cit., Manual de obligaciones...*, p. 469); o un acto o negocio jurídico unilateral (Cfr. Luis M. BOFFI BOGGERO: *Tratado de las obligaciones*, Tomo 4. Ed Astrea, Buenos Aires, 1977, pp. 28-29). Sin embargo, su naturaleza bilateral, al menos en las obligaciones de dar y de hacer, resulta de la necesidad que sea aceptado por el acreedor, quien tiene la facultad para oponerse a un pago que no satisface su acreencia. Figuras como la *mora creditoris* y el pago por consignación lo evidencian. Cfr. F. PUIG PEÑA, en cita anterior, apoyado en la norma del artículo 1160 Cc, que da al pago el carácter de acto dispositivo; G. OSPINA FERNÁNDEZ y E. OSPINA ACOSTA: *Op. cit., Régimen general...*, pp. 318-319; y René ABELIUK MANASEVICH: *Op. cit., Las obligaciones...*, Tomo II, p. 544.

régimen matrimonial de bienes; o beneficiar a uno de los futuros herederos legitimarios, en perjuicio de los demás, mediante una donación hecha por el futuro causante bajo la apariencia de una compraventa; o para reducir el costo fiscal en un contrato de compraventa, mediante el señalamiento de un precio ficticio; o para traspasar bienes a un tercero a través de la constitución simulada de una sociedad; o para presentar como contrato civil de prestación de servicios lo que es un contrato de trabajo, a efectos de evitar ciertas prestaciones sociales; para hacer aparecer que sobre el bien vendido pesa un contrato de arrendamiento o algún gravamen real, etc. En fin, la jurisprudencia nacional y comparada dan cuenta de una rica e interesante gama de hipótesis simulatorias.

Se discute, en cambio, si puede configurársela en ciertas convenciones de naturaleza especial, como las que tienen lugar en el área de las relaciones de familia, siendo el matrimonio el extremo más controversial, motivo por el cual se le destina un capítulo especial.

Descartada que está la posibilidad de simulación de los negocios unilaterales *puros*, se admite generalmente que pueden incardinarse en esta figura aquellos negocios unilaterales que consisten en declaraciones de voluntad dirigidas al conocimiento de otra persona determinada que debe recibirlas y que, por lo mismo, se denominan declaraciones o negocios *recepticios*, como es el caso de la notificación al deudor de la cesión del crédito. Y ello se posibilita porque si bien es cierto que esta clase de negocios no requiere para su perfeccionamiento la manifestación de voluntad de la persona a la que van dirigidos, la presencia de esta última en el área de acción del negocio hace técnicamente posible la construcción de un concierto simulatorio.

I. SIMULACIÓN Y DECLARACIONES RECEPTICIAS.

36. La declaración recepticia

Dejada de lado, como se dijo, por lo menos para la doctrina dominante, la simulación en los actos unilaterales por no darse en ellos las condiciones para un *acuerdo* simulatorio,³³⁵ queda en pie el caso de los negocios unilaterales *recepticios* o, como también se los denomina, declaraciones *recepticias*.

Es oportuna la observación de Lacruz Berdejo en el sentido de que en realidad todas las declaraciones de voluntad están destinadas a su percepción y conocimiento por otros sujetos, de modo que no es por esta circunstancia que algunas reciben el calificativo de recepticias. Se trata, estas últimas, de declaraciones unilaterales que se dirigen en forma específica a determinados sujetos, que son aquellos exclusivamente interesados en ellas,³³⁶ con la intención de producir en los destinatarios, una vez conocida, “una confianza en cuanto a su potencial virtualidad configuradora en el ámbito negocial propio de la misma.”³³⁷ En otras palabras, se manifiestan de tal manera que, por un lado, llevan un sello de credibilidad social sobre la posibilidad de generar las consecuencias de derecho que en cada caso prevé la ley y para las que se emiten; y por otro, concordante con lo anterior, no producen efecto alguno mientras no son conocidas o transmitidas a las personas a las que deben encaminarse,³³⁸ como sucede con la oferta y la aceptación contractuales, la declaración para el rescate de la cosa vendida con pacto de retracto, la decisión de no renovar el contrato de

³³⁵ Cfr. F. FERRARA: *Op. cit.*, *Simulación...*, p. 140.

³³⁶ J. MOSSET ITURRASPE: *Op. cit.*, *Contratos simulados ...*, T. I, p. 84.

³³⁷ J. LACRUZ BERDEJO *et al*: *Op. cit.*, *Elementos de Derecho civil...*, Tomo I, Vol. III, p. 167.

³³⁸ C. LASARTE: *Op. cit.*, *Principios de Derecho civil...*, Tomo I, p. 387. Es precisamente la dimensión de la *eficacia* la que caracteriza este tipo de negocios que, por ser unilaterales, para su *formación* requieren solamente la declaración de voluntad de una parte, sin perjuicio de que para su *eficacia* sea menester la aceptación de otra persona, como lo precisa GIAMPICCOLO (*La dichiarazione recettizia*, Milano 1969) en cita de MOSSET ITURRASPE (*Op. cit.*, *Contratos simulados...*, T. I, p. 85, nota 4).

arrendamiento que debe notificarse al inquilino para evitar la tácita reconducción, la notificación de la cesión de un crédito, etc..

El Código civil italiano ha definido los efectos de los actos unilaterales, precisamente a partir de la figura del acto recepticio, aunque sin emplear esta denominación, de creación doctrinaria, a veces criticada, como lo hace Stolfi que la tilda de *parole lingüísticamente infelice*.³³⁹ En efecto, el artículo 1334 del *Codice* dispone que los actos unilaterales producen efecto desde el momento en que llegan a conocimiento de la persona a la que se destinan (*Gli atti unilaterali producono effetto dal momento in cui pervengono a conoscenza della persona alla quale sono destinati*)

37. La tesis negativa de Ferrara en el contexto normativo de su época

Para Ferrara, cuyos comentarios se basan en el régimen civil vigente antes del Código de 1942, la situación de estas declaraciones no escapa a lo dicho sobre los negocios unilaterales, pues en ellas el tercero a quien van dirigidas en nada coopera a con la formación del acto ficticio. Lo que normalmente sucede en estas hipótesis es que quien emite la declaración con una voluntad opuesta a la exteriorizada, lo hace con *reserva mental*, de manera que cuando el tercero al que va dirigida la recibe, no hace otra cosa que tomar conocimiento de dicha reserva, no de la simulación.

Cuando Barassi objeta que en tales casos el destinatario si coopera en la formación de la declaración, así sea aceptando o percibiendo, Ferrara responde que ello sólo podría darse en un caso que viene a ser excepcional y que tiene lugar cuando el destinatario no se limita a recibir la declaración, sino que se *adhiera* a la notificación divergente de la intención real; e insiste en que “lo que integra al declaración de voluntad es fruto exclusivo de la actividad del declarante,

³³⁹ G. STOLFI: *Op. cit., Teoria del Negozio giuridico...*, p. 40.

que perfecciona y hace autónoma su declaración: el *accipiens* no hace otra cosa que recibir pasivamente la noticia, sin cooperar en modo alguno.”³⁴⁰

Se suma a esta tesis Gete-Alonso, que al describir las notas esenciales de la simulación, destaca que “sólo puede tener lugar en los negocios bilaterales, no en los unilaterales.”³⁴¹ También Coronel Jones descarta la simulación en los negocios jurídicos unilaterales arguyendo que, de aceptarse, se estaría confundiendo simulación con reserva mental.³⁴²

38. La simulación puede darse en los negocios unilaterales recepticios.

Que en los negocios unilaterales la manifestación de una voluntad divergente con respecto de lo que el declarante efectivamente quiere, es una hipótesis de reserva mental y que ello no cambia tratándose de las declaraciones recepticias, es una proposición correcta sólo en su primera parte y vale sin mayor discusión para los negocios unilaterales *puros*; pero pierde consistencia en el caso de la segunda, pues conocida la reserva mental por el destinatario de la declaración produce un efecto muy similar a la simulación, en el sentido de que declarante y destinatario saben que la declaración no es querida. Sin embargo de esa similitud, no cabe confundirlas, apuntan Roca Sastre y Puig Brutau, porque es de la esencia de la simulación “que las partes hayan procedido de acuerdo para crear la apariencia del negocio”,³⁴³ con lo cual para alguna doctrina también los negocios recepticios quedarían excluidos del ámbito simulatorio.

No obstante, la mayor parte de los autores admite la posibilidad de simulación en estos negocios unilaterales *recepticios*.

Para la doctrina italiana moderna la cuestión está fuera de duda en virtud de lo dispuesto por el artículo 1414, pár. 3º, del *Codice*, según el cual las normas sobre la simulación que le preceden *si applicano anche agli atti unilaterali destinati*

³⁴⁰ F. FERRARA: *Op. cit.*, *Simulación...*, p. 141.

³⁴¹ M. GETE-ALONSO: *Op. cit.*, *Manual de derecho civil...*, Tomo I (LI. Puig I Ferriol *et al*), p. 603.

³⁴² C. CORONEL JONES: *Op. cit.*, *La simulación los actos jurídicos...*, p. 26.

³⁴³ R. ROCA SASTRE y J. PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, *Estudios de Derecho privado...* Tomo I, p. 62.

a una persona determinada, che siano simulati per accordo tra il dichiarante e il destinatario; de allí la posición favorable de Betti,³⁴⁴ Cariota Ferrara,³⁴⁵ Messineo,³⁴⁶ Barbero³⁴⁷ y Galgano,³⁴⁸ entre otros.

Según Betti, esta hipótesis tiene lugar cuando “el autor de una declaración con destinatario determinado, en inteligencia con éste, dictan una regulación de intereses distinta de la que piensan observar en sus relaciones persiguiendo a través del negocio un fin (disimulado) divergente de su causa típica”³⁴⁹ En palabras de Barbero, cuando se produce una “conspiración” entre el mismo declarante y el destinatario.³⁵⁰

Además del *Codice*, esta línea doctrinaria puede apreciarse en el BGB cuya conceptualización de la simulación, sin ser tan explícita como su similar italiano, es lo suficientemente amplia como para incluir a esta categoría de actos (§ 117.1: *Si una declaración de voluntad, que debe emitirse frente a otro, se emite con la conformidad de éste, sólo de forma aparente, es nula*).

La posibilidad que se comenta está afinada en la circunstancia cierta de que en las declaraciones recepticias puede darse efectivamente un acuerdo simulatorio mediante la cooperación (o *conspiración*) entre el sujeto que declara su voluntad y el destinatario de la misma. Galgano menciona como ejemplo la promesa de pago por acuerdo entre el promitente y quien recibe la promesa.³⁵¹ También son de esta clase la oferta contractual dirigida a una persona ausente³⁵² y el perdón o remisión de la deuda, entre otras.

³⁴⁴ E. BETTI: *Op. cit., Teoría general...*, p. 297.

³⁴⁵ L. CARIOTA FERRARA: *Op. cit., Il negozio giuridico...*, p. 543.

³⁴⁶ F. MESSINEO: *Op. cit., Doctrina general...*, Tomo II, p. 6, nota 6.

³⁴⁷ D. BARBERO: *Op. cit., Sistema del Derecho privado...*, Tomo I, p. 547.

³⁴⁸ F. GALGANO: *Op. cit., El negocio jurídico...*, p. 344.

³⁴⁹ E. BETTI: *ibidem*.

³⁵⁰ D. BARBERO: *Ibidem*.

³⁵¹ F. GALGANO: *Op. cit., El negocio jurídico...*, p. 344.

³⁵² S. CIFUENTES: *Op. cit. Negocio jurídico...*, p. 634. En contra, ENNECERUS, KIPP y WOLFF, para quienes “la oferta y la aceptación no son negocios jurídicos unilaterales especiales, sino sólo partes integrantes del negocio jurídico contrato, (*Op. cit., Tratado de Derecho civil...* Primer tomo, Vol. II, p. 72, nota 1) y J. MOSSET ITURRASPE: *Op. cit. Contratos simulados ...*, T. I, p. 85.

De Castro y Bravo, Albaladejo y Cárcaba Fernández³⁵³ sostienen una opinión similar. El primero menciona, entre otros casos, la rescisión y la resolución hechas en perjuicio de acreedores o para evitarse gastos de nueva venta entre los mismos que la hicieron.³⁵⁴ Para Albaladejo, “el acuerdo simulatorio es acuerdo con la otra u otras partes; y, si el negocio simulado es unilateral, con el destinatario.”³⁵⁵ En cambio, Díez Picazo y Gullón dejan el tema en suspenso: “En principio, la simulación no parece posible en los negocios nacidos de una simple declaración de voluntad unilateral y, menos aún, cuando ésta sea de carácter no recepticio.”³⁵⁶

Un ejemplo que ha llegado a ser clásico en este sentido es el de la notificación al deudor, de la cesión o transmisión de un crédito. Aquí el concierto simulatorio deviene posible a pesar de que la conducta del deudor no tenga mayor importancia, puesto que la notificación es simplemente una medida de publicidad que influye en la oponibilidad de la cesión (artículo 1527 Cc).³⁵⁷ Como consecuencia de ello, el destinatario no está facultado para aprobar o rechazar la cesión, ni para impedir sus efectos, y su intervención normalmente se limita a aceptar *la notificación* (no la cesión).

Ahora bien, ¿cuál debe ser la participación del destinatario de la declaración para que pueda hablarse verdaderamente de *concierto* simulatorio?

En ocasiones, su cooperación se evidencia por una conducta suya que podría calificarse de acción por omisión, que es el caso propuesto por Mosset Iturraspe del destinatario que rechazando la declaración tiene el poder de impedir la formación del negocio, y no lo hace.³⁵⁸ Pero en general, como anota Santos Cifuentes, no se exige una colaboración activa del destinatario, siendo suficiente que su intervención constituya “un eslabón imprescindible en la realización del

³⁵³ M. CÁRCABA FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, *La simulación...*, p 99.

³⁵⁴ F. DE CASTRO Y BRAVO: *Op. cit.*, *El negocio jurídico...*, p. 347.

³⁵⁵ M. ALBALADEJO: *Op. cit.*, *La simulación...*p. 22.

³⁵⁶ L. DIEZ-PICAZO Y A. GULLÓN: *Op. cit.*, *Sistema del Derecho civil...*, Vol. I, p. 516.

³⁵⁷ M. PLANIOL Y G. RIPERT: *Op. cit.*, *Tratado elemental...*, Tomo V, p. 273; A. ALESSANDRI y M. SOMARRIVA: *Op. cit.*, *Derecho civil...*, Tomo IV, pp. 430-433; J. MOSSET ITURRASPE: *Op. cit.*, *Contratos simulados...*Tomo I, p. 85.

³⁵⁸ J. MOSSET ITURRASPE: *Op. cit.*, *Contratos simulados...*, T. I, p. 85

acto y lo acepte tal como viene, cargado de artificialidad.”³⁵⁹ En otras palabras, puede intervenir mediante una aceptación expresa del designio engañoso del declarante, colaborando activamente con él en la simulación, o bien manifestando tácitamente su voluntad de sumarse a ella, lo que ocurre cuando se limita a aceptar la declaración que viene con una formal propuesta simulatoria “cargada de artificialidad”, como la califica Cifuentes. Dicho de otra manera, basta que conozca el carácter simulado de la declaración y colabore con ella limitándose simplemente a desempeñar el papel receptivo (el “eslabón” de Cifuentes) que le corresponde en el negocio.

II. DECLARACIONES NO RECEPTIVAS. EL TESTAMENTO.

39. ¿Es posible simular cualquier negocio unilateral?

La pregunta viene al caso con ocasión de la tesis de Dagot que responde afirmativamente a la cuestión planteada, desde su particular posición que niega la necesidad de un acuerdo simulatorio y, por consiguiente, el carácter convencional de la simulación que, a su juicio, jamás ha sido demostrado. Siendo así, nada impide, dice el autor francés, que pueda simularse un negocio unilateral, así no sea receptivo, como sería el testamento en el que se incluye un legado mediante interpósita persona.³⁶⁰ Que ello es posible, por lo menos en el derecho francés, adelanta Dagot, lo demuestra la propia *Cour de cassation* que por lo menos en un caso admitió un desahucio ficticio (*congé fictif*) hecho por un arrendador con el único propósito de eludir una disposición legal.³⁶¹

El problema, para Dagot, es que la doctrina, particularmente en Francia, ha abordado esta cuestión desde un punto de vista teórico, enfatizando en la ficción y sobre hipótesis académicas. Así, cuando alguien afirma que un acto no puede quererse y no quererse al mismo tiempo, no sólo está objetando la simulación de

³⁵⁹ S. CIFUENTES: *Op. cit., Negocio jurídico...*, p. 634.

³⁶⁰ M. DAGOT: *Op. cit., La simulation...*, p. 226.

³⁶¹ *Id.*, p. 227.

un negocio unilateral, sino negando la misma simulación en general (*conduit à nier la simulation de manière générale*).³⁶²

Esta tesis es objetable por varias razones, por lo menos a la vista del derecho español.

Para comenzar, su soporte en la insustancialidad del acuerdo simulatorio es sumamente frágil, como lo evidencian masivamente la doctrina y la jurisprudencia que ordenan la disciplina del instituto precisamente alrededor del este acuerdo. Luego, ni el desahucio del contrato de arrendamiento ni el testamento, a los que se refiere Dagot, son hipótesis de simulación de negocios unilaterales *puros*.

En efecto, la asignación de un legado mediante persona interpuesta, salvo el discutible caso del que se lo hace para favorecer a un incapaz (artículo 755 Cc. *Vid infra* §41), por lo general será una hipótesis de sustitución fideicomisaria, figura diferente a la simulación y que tiene su propia disciplina en los artículos 781 y 789 Cc;³⁶³ y en cuanto al desahucio del contrato de arrendamiento, se trata de una de los ejemplos más caracterizados de negocio *recepticio*, pues siendo efectivamente un acto unilateral del arrendador, precisa de la notificación al inquilino (artículos 1569 Cc. y 10 LAU).³⁶⁴

40. La situación particular del testamento.

En materia sucesoria hay varios negocios unilaterales, como la aceptación o la repudiación de una herencia, en los que no tiene cabida la simulación precisamente por no ser *recepticios*, ya que se trata de declaraciones de voluntad que hace el interesado sin dirigirlas a persona alguna. Otra cosa muy distinta es que la persona que ha sido llamada a la herencia emita una declaración de

³⁶² *Ibidem*.

³⁶³ Podría justificarse en el sistema del *Code*, cuyo artículo 896 prohíbe, como regla general, las sustituciones, y declara nula *toda disposición por la que se obligue el donatario, al instituido heredero o al legatario a conservar y entregar a un tercero*.

³⁶⁴ Tampoco es efectivo que el artículo 1414 pár. 3 del Código civil italiano permita la simulación de un acto unilateral puro, como pretende DAGOT, pues el mencionado precepto se refiere exclusivamente a los *recepticios (agli atti unilaterali destinati a una persona determinata)*.

aceptación o de repudio que no corresponde a su verdadera intención, mas en tal caso, faltando el interlocutor, no habrá simulación sino *reserva mental*.

Mención aparte merece el propio testamento, asimismo negocio jurídico unilateral no *recepticio*, en el cual, por lo dicho, tampoco sería posible la simulación. En efecto, las asignaciones testamentarias constituyen declaraciones de voluntad que, en vida del testador, no están destinadas a ser *recibidas* por los asignatarios, de modo que se hace imposible, al menos en principio, la elaboración de un acuerdo simulatorio.

Para Ferrara “no puede concebirse un acuerdo de simular allí donde la disposición emana de la sola voluntad del disponente,” y por ello critica a la doctrina y jurisprudencia que habla de donaciones disfrazadas cuando se reconoce en el testamento la existencia de una deuda inexistente, inclusive en aquellos casos en que tales declaraciones se hacen *animus donandi*, pues entonces dichas declaraciones no pasan de ser simples confesiones extrajudiciales que aportan un indicio que podrá subsistir si se prueba la intención de donar; o, en el mejor de los caso, interpretando la voluntad del testador, “como legado de deuda con falsa causa (...) que no influye en la eficacia jurídica de la disposición testamentaria.”³⁶⁵

En algunos ordenamientos, si bien no hay referencias específicas al reconocimiento testamentario de obligaciones inexistentes, se ha previsto el reconocimiento de deudas de las cuales no existe otro medio de prueba, para darles el tratamiento de legados gratuitos (p. ej., artículos 1133 Cc. Chile, 1191 Cc. Colombia y 1160 Cc. Ecuador), de manera que, a caso resuelto por la ley, no podría hablarse en ellos de propósito oculto del testador y no se plantea entonces el problema de una posible simulación.

En su posición negatoria de la posibilidad de simulación en el testamento, De Castro y Bravo suma a la circunstancia excluyente de su unilateralidad, el hecho de que se está ante un negocio jurídico formal, en el que la causa queda “estereotipada en el propósito de disponer sobre los bienes propios después de la

³⁶⁵ F. FERRARA: *Op. cit.*, *Simulación...*, p. 261.

muerte” (la mera liberalidad, artículo 1274 Cc), de tal manera que no es posible a su respecto una valoración sobre la falsedad de la causa, que, para el autor, es el punto central de la simulación.³⁶⁶

Cicu, por el contrario, en cita que trae Cárcaba Fernández,³⁶⁷ admite la posibilidad de simulación cuando la asignación testamentaria es el resultado de un acuerdo entre el testador y el llamado por el testamento; por ejemplo, si se la hace con el fin de hacer creer a terceros interesados que ésta era la última voluntad del testador, mientras que en una declaración contraria se haga constar que se trata de un testamento simulado. Fassi, citado por Mosset Iturraspe, cuestiona dicho criterio y este último se suma a la objeción, argumentando que en la hipótesis planteada por Cicu no existe propiamente un testamento, pues no hay “una libre y espontánea decisión del testador y la ligadura con el pacto sobre herencia futura le quita ese carácter,”³⁶⁸ argumento igualmente válido en España en virtud de la prohibición general de los contratos sobre herencia futura contenida en el artículo 1271 párr. 2 Cc, de la que solamente hace excepción la división del caudal común y otras disposiciones particionales, que pueden hacerse *inter vivos*.

Para el tratadista colombiano Valencia Zea, dado el caso de falseamiento de la verdad en el testamento se estaría propiamente ante un supuesto de *reserva mental*; razón por la cual si alguien lo otorga instituyendo como heredero a determinada persona, sin quererlo, ese testamento no podría atacarse por simulación.³⁶⁹

Me parece que en los casos propuestos, que lucen bastante rebuscados, efectivamente no hay simulación, porque aunque se haya intentado aparentar el otorgamiento de un testamento, este propósito se ha frustrado por la existencia de vicios de nulidad específicos del negocio, como es la injerencia de terceros que

³⁶⁶ F. DE CASTRO Y BRAVO: *Op. cit.*, *El negocio jurídico...*, p. 346.

³⁶⁷ M. CÁRCABA FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, *La simulación...*, p. 99.

³⁶⁸ J. MOSSET ITURRASPE: *Op. cit.*, *Contratos simulados...*, Tomo I, p. 87.

³⁶⁹ A. VALENCIA ZEA: *Op. cit.*, *Derecho civil...*, Tomo III, p. 76, texto y nota al pie 33.

atenta contra el carácter personalísimo del testamento, y el pacto sobre sucesión futura, expresamente prohibidos por los artículos 670 y 1271, pár. 2º Cc.

41. Los artículos 755 y 767 del Código civil.

No hay en el Código español una norma expresa que se refiera a las materias que se han venido revisando, especialmente en lo que respecta al reconocimiento testamentario de una deuda inexistente, ni sirven para examinarla sus referencias al legado de crédito y al de liberación (artículos 870 y 872 Cc).

Sin embargo, parecerían aproximarse al tema de la simulación las disposiciones de los artículos 755 y 767.

a) El artículo 755 contempla el caso del testador que deja una asignación a favor de una persona incapaz, disfrazándola bajo la forma de un contrato oneroso o por interposición de persona.³⁷⁰ Esta disposición, que podría confundirse con una hipótesis de simulación, sugiere dos observaciones:

La primera observación que suscita este precepto es lo incomprensible que resulta la primera forma de *disfrazar* a la que se refiere, porque no se divisa la manera en que pueda presentarse una asignación testamentaria como *contrato oneroso*. Frente a una norma similar en el artículo 966 del Código civil chileno, Domínguez y Domínguez ofrecen una interpretación que por ser la única posible (no se me ocurre otra) hay que tenerla por buena: “a lo que la ley se refiere –dicen los autores citados- es al intento del testador de simular la existencia de una obligación, nacida de un contrato anterior, que no existe, que se reconoce y manda pagar por el testamento.”³⁷¹ Es decir, los autores se remontan a la hipótesis que planteara Ferrara.

Luego tenemos su sugerente expresión *disfrazar*, muy propia de los actos simulados. En alguna oportunidad manifesté mi opinión en el sentido de que no

³⁷⁰ La norma tiene un correlato para la donación, más preciso por su referencia expresa a la simulación, en el artículo 628 que declara nulas las donaciones hechas a personas inhábiles *aunque lo hayan sido simuladamente, bajo apariencia de otro contrato, por persona interpuesta.*

³⁷¹ Ramón DOMÍNGUEZ BENAVENTE y Ramón DOMÍNGUEZ AGUILA: *Derecho Sucesorio*, Tomo I, 2ª edición. Ed. Jurídica de Chile, Santiago 1998, pp. 266-267.

habría aquí simulación, porque la voluntad del testador es que la asignación sea adquirida efectivamente por el asignatario interpuesto, para que le dé un destino posterior (transferirla al incapaz), de suerte que se trataría de un supuesto de interposición real de persona operada en el marco de un negocio fiduciario.

Hoy lo veo diferente. En primer lugar, he puesto más cuidado en la utilización del verbo *disfrazar* para concluir que el legislador lo ha empleado con plena conciencia de su significado de *simular* (RAE); es decir, nada permite concluir que haya pensado en la hipótesis de una interposición real de persona. Por otro lado, una asignación como la propuesta por el artículo 755, si bien es una declaración que técnicamente debe calificarse como unilateral, supone un cierto grado de *concertación* con el asignatario, que obviamente debe estar de acuerdo con el propósito del disfraz, circunstancia que daría pie para pensar en una forma de acuerdo simulatorio si no fuera porque una conclusión semejante se estrella con la radical prohibición del artículo 1271, pár. 2º Cc.³⁷²

b) El artículo 767, a su turno, declara como no escrita *la expresión de una causa falsa en la institución de heredero o el nombramiento de legatario*. Sabemos que *causa falsa* es aviso de simulación relativa en materia de contratos (artículo 1276 Cc), en tanto evidencie otra verdadera que permanece oculta. ¿Cuál es el supuesto que ha tenido en vista el legislador en este caso?

Toda asignación testamentaria, como ocurre en general con los negocios lucrativos, tiene una causa constante o “esterotipada”, para emplear la expresión de Castro y Bravo, que es la *mera liberalidad*,³⁷³ lo que no impide que en ciertas ocasiones esa liberalidad esté fuertemente asociada a otros motivos que la justifican, como sucede en los legados remuneratorias (artículo 887.1º Cc), es decir, aquellos hechos en razón de servicios que ordinariamente se remuneran y que el testador recibió graciosamente del instituido legatario.

³⁷² Cfr., CÁRCABA FERNÁNDEZ: *Op. cit., La simulación...*, p. 99. Al referirse a esta hipótesis del artículo 755, LACRUZ BERDEJO (*et al*) la califica sin reservas como “disposición testamentaria disimulada”. (*Op. cit., Elementos...*, Tomo II, Vol. I, p. 399).

³⁷³ Autores, como LACRUZ BERDEJO (*et al*), sostienen que en las disposiciones de última voluntad la *causa* “no puede tener otro sentido que el de referirse a los motivos” y a ellos alude realmente el artículo 767Cc. (*Op. cit., Elementos...*, Tomo I, Vol. III, p. 182, y Tomo V, p. 199).

Pues bien, la razón que anima a los legados remuneratorios podría ser una de las *falsas causas* a que alude el artículo 767. Se trataría, por ejemplo, del legado en consideración a un servicio que el testador recibió del legatario, siendo que nunca existió tal servicio. Podría serlo también el legado hecho en pago de una deuda que no existe.

Pero en ninguno de estos casos la presencia de una falsa causa nos permite considerar una simulación de la asignación testamentaria. Si así fuera, la asignación testamentaria quedaría expuesta a la ineficacia por vía de la acción simulatoria. Sin embargo, no es este el caso, pues lo que ha querido el legislador es precisamente lo contrario: destruir la falsa causa (*no escrita*), para salvar la asignación.³⁷⁴

III. SIMULACIÓN Y OTRAS VARIAS FIGURAS

La simulación tiene una amplísima gama de posibilidades de aplicación en el campo de los negocios jurídicos, lo que ha dado lugar a una también nutrida jurisprudencia. El presente apartado pretende revisar muy brevemente algunas de ellas, creo que las más importantes o frecuentes, con el propósito de mostrar aquella variedad; y, desde luego, estando muy lejos del autor el propósito de agotar sus múltiples aristas, tarea que si no imposible, parece por lo menos monumental. Excluyo en esta oportunidad, por su particular interés y para abordar en capítulos especiales, los casos de donación y el matrimonio simulados y el negocio fiduciario.

42. Simulación y contrato de sociedad

Pueden presentarse situaciones de apariencia simulatoria de variada índole relacionadas con el contrato de sociedad.

³⁷⁴ *Id.*, p. 200.

Algunas veces se trata de una hipótesis de simulación absoluta, porque no hay el propósito real de formarla, falta la llamada *affectio societatis* (entendida como propósito o intención de trabajar los socios juntos para alcanzar el objeto social), y sólo se utiliza el modelo societario como un mecanismo para sustraer bienes del patrimonio del o de los supuestos socios en perjuicio de los acreedores, del cónyuge, de la legítima de los herederos, etc., en cuyo caso se está ante una simulación *de la sociedad*.

En otras ocasiones se cae en los predios de la simulación relativa, o simulación *en la sociedad*, porque el engaño se refiere a alguno de los elementos del contrato social, como el tipo societario, el objeto social, el pago de aportaciones que no se han hecho, o la intervención de testafierros para aparentar un número de socios que en realidad no existe,³⁷⁵ o eludir ciertas prohibiciones legales, como la que afecta a la contratación entre cónyuges y en los cuales no es poco frecuente un operativo de triangulación en el que uno de ellos se asocia con el testafierro que luego debe transferir sus derechos societarios al otro cónyuge.³⁷⁶

³⁷⁵ Sobre este punto la STS 1066/2012 de 17 de enero dijo: "la recurrente afirma la nulidad radical porque existió simulación absoluta del contrato, dos de los socios fundadores demandados no efectuaron desembolso alguno y la Ley exige una efectiva correspondencia entre el capital y el patrimonio de la sociedad anónima (...) El artículo 11.2.f) de la Directiva 68/151/CEE, según el que constituye una posible causa de nulidad "el hecho de que, *contrariamente a la legislación nacional que regule la sociedad, el número de socios fundadores sea inferior a dos*", ha dado pie a que se afirme que la legislación de la Unión tolera que las legislaciones nacionales declaren la nulidad de las sociedades cuando se simula el "contrato" de sociedad -caso de las llamadas sociedades anónimas conveniencia o de favor-, lo que ratificaría la moderna legislación interna, al disponer, antes en el artículo 34.1.d) de la Ley de Sociedades Anónimas y 16.1.b), y hoy en el 56.1.a) de la Ley de Sociedades de Capital, que la acción de nulidad podrá ejercitarse por "no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de éstos o del socio fundador cuando se trate de sociedad unipersonal", no obstante, la Directiva no define quien o quienes y en qué circunstancias deben reputarse socios fundadores y la legislación interna no precisa el exacto contenido de la "voluntad efectiva (...) Además, en contra de lo pretendido por la recurrente, no cabe confundir la simulación total del contrato con la simulación de la aportación, lo que tiene importancia en el caso enjuiciado, dado que, con independencia de que el negocio reúna o no los requisitos para que el ordenamiento jurídico le reconozca aptitud para la constitución de una sociedad dotada de personalidad jurídica, es lo cierto que la voluntad de celebrarlo -no la de simularlo- permanece indiscutida y, de hecho, aquel se ha ejecutado durante más de diez años."

³⁷⁶ La ya citada STS 1066/2012 de 17 de enero, con apoyo en la legislación de la época, distinguió dos momentos para efectos de la nulidad de una sociedad: el del contrato societario y el de la sociedad inscrita: "cabe concluir que la cuestión de la nulidad de las sociedades anónimas constituidas bajo el régimen de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 debe resolverse de acuerdo con la norma vigente en el momento de su constitución, interpretada de conformidad con

Una tercera posibilidad, también de simulación relativa, pero que no tiene que ver con la constitución de la sociedad ni con sus elementos, es la ocultación de la venta de acciones bajo la apariencia de otras figuras contractuales, como sucedió en el caso resuelto por el Tribunal Supremo en la sentencia 103/2001 de 12 de febrero), en que se utilizó el contrato simulado de asesoramiento técnico.

La doctrina muestra algunas vacilaciones frente a la posibilidad de reconocer la simulación en este tipo de contrato, no tanto, dice de Castro y Bravo, porque se trata de un negocio plurilateral, sino fundamentalmente porque conlleva la creación de una persona jurídica; y además, agregan otros autores, porque en su constitución "el poder público interviene activamente en la formación de la colectividad, con voluntad creadora."³⁷⁷

No obstante, agrega de Castro y Bravo, el Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de octubre de 1929, no dudó en aceptar la simulación de un contrato de constitución de sociedad, para negarle legitimación en una tercería de dominio que la sociedad interpuso respecto de bienes de uno de los supuestos socios.³⁷⁸ Más moderna, la STS 192/2004 de 18 marzo³⁷⁹ declaró que "no cabe sino concluir que nos hallamos ante una simulación absoluta del acto de desembolso efectivo del importe de las participaciones que los demandados habían afirmado suscribir con ocasión del aumento de capital de la entidad codemandada."³⁸⁰

la Primera Directiva en materia de sociedades, lo que exige distinguir entre la eventual nulidad del contrato de sociedad y la de la sociedad una vez inscrita, limitando, en los estrictos términos indicados por la Directiva, la proyección sobre la sociedad de los efectos de las irregularidades del negocio fundacional, ya que, por un lado, como sostiene la sentencia 916/2002 de 10 octubre "el régimen de la nulidad societaria en nuestra LSA responde a la Directiva 68/151/CEE, que en gran medida lo desvincula de la nulidad contractual (...) beneficiando así la seguridad del tráfico y la protección de los terceros por haberse manifestado ya una sociedad en el tráfico bajo apariencia de regularidad formal sujeta a su vez a control notarial y registral" y, por otro, como afirma la sentencia de 3 octubre 1995 (Recurso núm. 1078/1992) "la sanción (de nulidad) que tal declaración supone es de suma gravedad y exige, por ello, gran moderación en su empleo teniendo presente el carácter restrictivo de las causas de nulidad y, asimismo, la interpretación rigurosa y ceñida que debe hacerse de las mismas fuera de tentaciones expansionistas, para evitar que el tráfico civil y comercial se vea obstaculizado en su normal desarrollo."

³⁷⁷ DOS SANTOS: *Simulação em Direito Civil*, Coimbra 1921. Cit. por J. MOSSET ITURRASPE: *Op. cit.*, *Contratos simulados...*, Tomo I, p. 138.

³⁷⁸ F. DE CASTRO Y BRAVO: *Op. cit.*, *El negocio jurídico...*, p. 346.

³⁷⁹ RJ 2004/2065.

³⁸⁰ Entre otras consideraciones, el TS señaló que "que no existe ni una sola prueba fiable de que el desembolso del aumento de capital social se hubiese llevado a cabo realmente por los Sres.

Esta parece ser la doctrina correcta. La ley no obstaculiza la impugnación de la eficacia de la sociedad con fundamento en un presupuesto simulatorio. Por el contrario, la facilita, pues entre las causales de nulidad de una sociedad inscrita, enumeradas en el artículo 56 de la Ley de sociedades de capital,³⁸¹ constan por lo menos cuatro que pueden encajar perfectamente en hipótesis de simulación, a saber: no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de éstos o del socio fundador cuando se trate de sociedad unipersonal (56.a); no expresarse en la escritura de constitución las aportaciones de los socios (56.c); no expresarse en los estatutos la cifra del capital social y las aportaciones de los socios (56.f); no haberse desembolsado íntegramente el capital social (56.g).

Todas ellas, que se refieren textualmente a diferentes supuestos de omisiones, pueden configurarse también, a mi juicio, cuando no ha habido omisión formal, pero sí oculta, porque aparentemente ha concurrido el número mínimo de fundadores, o se han hecho constar el capital social, las aportaciones de los socios y sus desembolsos, pero en la realidad se ha utilizado testaferros o se han simulado los datos indicados.

Mosset Iturraspe se declara convencido “de la posibilidad de aplicar la teoría de la simulación (...) a la mayoría de las hipótesis que se plantean como casos de “prescindencia de la forma de la persona jurídica” o en los cuales se debe “descorrer el velo de la personalidad”, con lo cual, agrega, se hace

Luis María y Susana, pese a cuanto se hizo constar en la certificación que obra al folio 28 y siguientes de los autos, siendo de notar que el Sr. Iván, que ha expedido dicho documento, al ser citado como testigo por los demandados, declara en forma contradictoria acerca de la existencia de tal desembolso (preguntas a la 3ª, 4ª y 6ª pregunta), añadiendo como matización a su declaración «que no participaba para nada en dicha sociedad en ninguna cuestión relacionada con ella, ya que le ignoraban totalmente», [...]. A la vista de todo ello ha de calificarse de absolutamente correcta la afirmación contenida en la sentencia de Primera Instancia en cuanto a que la ampliación de capital de Adresba en ningún momento había sido desembolsada por las personas que supuestamente la habían suscrito y a quienes correspondía la carga de la prueba.”

³⁸¹ Texto refundido aprobado por Real Decreto 1/2010, de 2 de julio. BOE 3 de julio de 2010, Núm. 161.

innecesario “ocurrir a la doctrina del *disregard* del Derecho angloamericano o a la “doctrina de terceros” del Derecho español.”³⁸²

Empero, no ha sido esa la doctrina del Tribunal Supremo que en ocasiones ha aplicado la teoría del levantamiento del velo societario (*disregard* o *lifting the veil*) precisamente para evitar la simulación contractual. Así lo hizo, entre otras, en las sentencias de 28 de mayo de 1984 y 883/ 1996 de 31 de octubre. La primera aplicó la doctrina del develamiento “para evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (...) se pueda perjudicar ya intereses públicos o privados o bien ser utilizada como camino del fraude (artículo 6.4 del Código Civil), en daño ajeno o de los derechos de los demás.” La segunda declaró que esta teoría persigue “averiguar lo real en una evolución de determinada persona jurídica (...) y a través de la misma se pretende evitar una simulación, en la constitución de una sociedad, que signifique la elusión en el cumplimiento de un contrato, así como la burla de la ley como protectora de derechos.”

Me parece que puede irse más allá todavía, pues en muchos casos se producen verdaderos complejos simulatorios a través del mecanismo societario, como en la hipótesis de constitución ficticia de sociedad para desprenderse de bienes en perjuicio de los acreedores, seguida de una nueva simulación para transferir las acciones sociales a un tercero, a efectos de liberar a estas también de la acción de aquéllos. En otros, como el propuesto de la contratación con un testaferro, parecería más bien una hipótesis de *negocio fiduciario* porque el desplazamiento de derechos no es aparente sino real, aunque con el propósito de que luego sean traspasados a otra persona.

43. Simulación y mandato simple o sin representación.

³⁸² J. MOSSET ITURRASPE: *Op. cit.*, *Contratos simulados...*, Tomo I, p. 132. En Colombia, admite esta posibilidad Pedro LAFONT PIANETTA que cita en apoyo de la tesis la sentencia de casación N° 27 de 31 de mayo de 1997 (*Manual de Derecho Privado Contemporáneo*. Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2006, p. 680).

El mandato simple, mejor conocido como mandato sin representación, presenta características que, en ocasiones, inducen a pensar en la existencia de una simulación por interposición de persona.

Esta es la opinión de Josserand que parte del dogma según el cual la representación es característica natural del mandato que sin ella no es un verdadero mandato, sino un mandato incompleto, imperfecto, “la sombra de sí mismo”³⁸³ Un mandatario así constituido desempeña el papel de testaferro; es él quien se considera que vende, compra, presta, posee, litiga por su propio nombre, mientras que en realidad es el órgano, ya que no el representante jurídico, de un comitente que se disimula cuidadosamente tras él.”³⁸⁴ Como consecuencia, un mandato de esta clase es simulado y válido en principio, porque la simulación por sí sola no vicia los actos jurídicos.³⁸⁵

1. ¿Mandato sin representación?

En cuanto a lo primero -la verdad del mandato no representativo- la doctrina no se muestra uniforme. Lo planteado por Josserand encuentra apoyo en autores como Pugliatti, Ferrari, Müller- Freieinfels y Hernández Moreno, todos citados por Lacruz Berdejo, y, según parece, también en este último, pues luego de reconocer que en abstracto puede imaginarse una actuación representativa sin mandato, ello no se da ordinariamente en la realidad donde el poder de representación es otorgado precisamente porque hay una relación previa de confianza o de tipo contractual (normalmente el mandato) entre *dominus* y representante.”³⁸⁶

Parece dominante, sin embargo, la doctrina contraria que defiende la radical separación, en el mandato sin representación, de dos formas negociales que en la dogmática tradicional se consideraron inescindibles: el contrato de mandato, que “agota su esfera de actuación en las relaciones internas entre mandante y mandatario”, y el negocio unilateral recepticio de representación o

³⁸³ L. JOSSERAND: *Op. cit.*, *Derecho civil...*, Tomo II, Vol. II, p. 377.

³⁸⁴ *Id.*, p. 378.

³⁸⁵ *Id.*, p. 379.

³⁸⁶ J. L. LACRUZ BERDEJO, *et al*: *Op. cit.*, *Elementos...*, Tomo II, Vol. II, p. 211.

apoderamiento, “que atribuye al apoderado el poder de emitir una declaración de voluntad frente a terceros en nombre del poderdante”, como afirman certeramente Diez-Picazo y Gullón.³⁸⁷ Esta ha sido la doctrina jurisprudencial en España a partir de la sentencia de 16 de febrero de 1935.³⁸⁸

Algunos códigos como los de Italia, Perú y Portugal la han contemplado expresamente. Así, el Código civil italiano, distingue entre *mandato con rappresentanza* (artículo 1704) y *mandato senza rappresentanza* (artículo 1705); el peruano destina sendos sub-capítulos para disciplinar el mandato con representación (artículos 1806 a 1808) y el mandato sin representación (artículos 1809 a 1813), al igual que el Código de Portugal (*Secção V. Mandato com*

³⁸⁷ L. DIEZ-PICAZO y A. GULLÓN *Op. cit.*, *Sistema...*, Vol. II, p. 421.

³⁸⁸ J. L. LACRUZ BERDEJO, *et al: ibídem*. El autor cita en este sentido, además, las SSTs. de 1 de diciembre de 1959, 20 de marzo de 1964, 28 de febrero de 1975, 3 de julio de 1976 y 28 de junio de 1984.

Parece interesante esta última sentencia, porque si bien aborda el tema en el ámbito de las relaciones de comercio, se ocupa expresamente del “problema de la distinción entre mandato y poder.” El caso fue el siguiente: con el objeto de realizar programas de turismo en Europa la compañía turística VP autorizó al señor Ch. mediante contrato privado, para utilizar sus oficinas en Madrid, además de su razón social, rótulos de autocares, pancartas de guías, etc., con la limitación de que sólo podría hacerlo para el desarrollo de dichos programas y aclarándose que las relaciones entre ambas partes no implican apoderamiento o representación de la compañía contratante. Aproximadamente tres años después el Sr. Ch envía una carta en papel con membrete de la compañía VP, en la que se aceptada la existencia de una deuda con la sociedad STL y se pactaba una forma de pago mediante cheques, de los cuales algunos, por un importe total de 31.000 dólares, quedaron sin abonar. STL demandó dicho valor a la sociedad VP. El Tribunal Supremo consideró que si bien el señor CH actuó sin ser factor de comercio por faltar un poder formalizado en escritura pública (art. 282 del C. en concordancia con el núm. 5.º del art. 1280 del C. Civ), “ello no excluye la posibilidad de una situación de hecho, con alcance y efectos jurídicos que aun sin ser determinante de la figura del factor establezca una vinculación representativa con eficacia de actuación del tercero (en este caso STL), contra el representado, a través de la actividad desplegada con relación a ésta por el tan citado señor Ch., que claramente se revela por la autorización a éste, por dicho representado” -en este caso «VP»-, puesto que (...) nada impide, en el campo de los hechos como en el jurídico, que esa necesidad sea satisfecha mediante la institución de la representación jurídica, como forma de cooperación permisiva del desdoblamiento de la personalidad (...), de tal manera que cuando se contemple (...) la representación llamada directa, reflejo de institución jurídica por la que una persona (representante) realiza un negocio jurídico en nombre y en interés de otra (representado), de modo que el negocio se considera como realizado directamente por ésta y a ella pasan inmediatamente los derechos y obligaciones nacidos de aquél negocio, lo que unido a que pertenezca al Derecho Civil, con proyección al Derecho Mercantil, el problema de la distinción entre mandato y poder, ya que en Derecho Mercantil estos conceptos no están ligados entre sí por modo necesario, pudiendo existir y actuar independientemente, como incluso expresamente viene admitido en Códigos modernos como el Código Federal Suizo de las obligaciones y Código alemán, a causa principalmente de que la seguridad del tráfico mercantil así lo impone.”

representação, arts. 1178 y 1179 y *Secção VI. Mandato sem representação*, artículos 1180 a 1184).

Sin llegar a la categórica distinción que hacen los códigos citados, el concepto de autonomía del poder de representación respecto de una relación contractual como el mandato, está presente en los Principios de Derecho Contractual Europeo, que tratan simplemente de la *representación indirecta*, como figura autónoma sin vinculación alguna con aquel contrato,³⁸⁹ y en los Principios UNIDROIT (2010), cuyos artículos 2.2.4. y 2.2.5 que adoptan un similar criterio de autonomía de la figura, y se ocupan de la *representación oculta y del representante sin apoderamiento*.³⁹⁰

2. ¿Una modalidad de testaferrismo?

Respecto de lo segundo, es decir, la afirmación de que el mandato sin representación es una forma de mandato simulado por interposición de testaferro, la tesis, sin ser mayoritaria, tampoco es peregrina. La defendió en su momento Lerebours-Pigeonnière, que en este tema sirvió de fuente a Josserand, y al que Ferrara refutó en una extensa y consistente argumentación.³⁹¹ Ha sido sostenida

³⁸⁹ En efecto, el artículo 3:301 de los *Principios* (ubicado en el Capítulo 3, que lleva por título simplemente *Poder de Representación*), dispone que *un intermediario y un tercero quedan obligados entre sí, cuando el intermediario actúa: a) por cuenta del representado y siguiendo sus instrucciones, pero no en su nombre, o b) siguiendo instrucciones de su principal, pero sin que el tercero lo sepa o lo pueda saber.*

³⁹⁰ ARTÍCULO 2.2.4. (*Representación oculta*)

(1) *Cuando un representante actúa en el ámbito de su representación y el tercero no sabía ni debiera haber sabido que el representante estaba actuando como tal, los actos del representante afectan solamente las relaciones entre el representante y el tercero.*

(2) *Sin embargo, cuando tal representante, al contratar con un tercero por cuenta de una empresa, se comporta como dueño de ella, el tercero, al descubrir la identidad del verdadero titular de la misma, podrá ejercitar también contra este último las acciones que tenga en contra del representante.*

ARTÍCULO 2.2.5. (*Representante actuando sin apoderamiento o excediéndolo*)

(1) *Cuando un representante actúa sin poder o lo excede, sus actos no afectan las relaciones jurídicas entre el representado y el tercero.*

(2) *Sin embargo, cuando el representado genera en el tercero la convicción razonable que el representante tiene facultad para actuar por cuenta del representado y que el representante está actuando en el ámbito de ese poder, el representado no puede invocar contra el tercero la falta de poder del representante.*

³⁹¹ Cfr. F. FERRARA: *Op. cit.*, *Simulación...*, pp. 269 y ss.

también por alguna doctrina (Salvat) y jurisprudencia argentinas citada por Gagliardo.³⁹²

Empero, la calificación de testaferrismo tiene alto riesgo, porque, bien miradas las cosas, las más de las veces se trata de un caso de interposición *real* de persona, y en otras oportunidades, aun existiendo una interposición con ciertos indicadores simulatorios, resulta ser simplemente una hipótesis de simulación inocente, que no tiene el propósito de perjudicar a terceros y que, como se dijo en su oportunidad, carece de trascendencia jurídica, por lo que tampoco interesa para los efectos del presente estudio.

Por ello Ferrara llamó la atención sobre el error de reducir a un concepto único, para someterlas a la misma ordenación jurídica, relaciones heterogéneas que se ordenan alrededor de la interposición de personas, merced a una equivocada extensión del término *testaferro*.³⁹³

3. En el mandato sin representación no hay simulación.

Así acotada la cuestión, debe plantearse desde ya que en este tipo de mandato sin representación no tiene cabida la simulación, aserto en el que coincide la mejor doctrina, pudiendo citarse al efecto, entre otros, a Ferrara, Mosset Iturraspe³⁹⁴ y Gagliardo.³⁹⁵ Aquí el mandante encarga al mandatario que actúe a su propio nombre,³⁹⁶ de modo que este último resulta ser el centro en que se radican efectivamente los efectos jurídicos del negocio, incluso respecto de su propio mandante. Nada más lejos, entonces, que una mera apariencia y un eventual daño a tercero.

Por ello el artículo 1717 Cc. dispone que en este supuesto ni el mandante (generalmente oculto) tiene acción contra quien contrató con el mandatario, ni este la tiene contra el mandante. Corolario de aquello es que, si en virtud del mandato el mandatario adquirió el dominio de un bien, el comitente no tendrá

³⁹² M. GAGLIARDO: *Op. cit., Simulación jurídica...*, p. 121.

³⁹³ F. FERRARA: *Op. cit., Simulación...*, p. 269.

³⁹⁴ J. MOSSET ITURRASPE: *Op. cit., Contratos simulados...*, Tomo I, p. 114.

³⁹⁵ M. GAGLIARDO: *Op. cit., Simulación jurídica...*, p. 115.

³⁹⁶ *Id.*, p. 276. En tal supuesto, dice FERRARA, podrá hablarse de simulación en sentido vulgar, mas no en sentido jurídico.

acción para reivindicarlo, sino sólo una acción personal para exigir al mandatario su transferencia en leal cumplimiento del mandato.³⁹⁷ La situación, como puede apreciarse, tiene mucho de negocio fiduciario que, si bien guarda bastante similitud con la simulación relativa, difiere de ella especialmente por el carácter real de la operación y la ausencia del propósito de perjudicar a terceros.

Los ejemplos de posible simulación que suelen proponerse en este caso son asaz rebuscados y no dan cuenta propiamente de un mandato simulado. Como botón de muestra es el traído por los autores colombianos Suescún Melo y Suescún de Roa, sobre el titular de un derecho de crédito (A) que para no notificar al deudor la cesión de su derecho a un tercero (B), confiere un mandato sin representación para que el mandatario (C) cobre el crédito en su propio nombre pero por cuenta de B, al que luego le transferirá el valor percibido.³⁹⁸

Aunque no se advierte el motivo por el cual se quiera evitar la notificación al deudor, que ningún papel desempeña realmente en la operación pues es un simple receptor de la notificación, todo parece indicar que en lugar de simulación lo que ocurre en este caso es una *fiducia cum amico*, muy a pesar de que, como informan los autores citados, la doctrina y jurisprudencia colombianas hayan reiterado que se trata de un mandato simulado.³⁹⁹ No sirve para sustentar esta tesis el argumento de que mandante (A) y mandatario (C) han acordado que este último actuará a su propio nombre “a fin de que los terceros no conozcan la identidad del mandante, quien es el interesado real en el negocio”, porque ello es lo que normalmente ocurre en aquella modalidad de fiducia.

44. Simulación y cesión de crédito.

En el párrafo precedente se tocó tangencialmente un posible caso de simulación en la cesión de un crédito, recurriendo a la figura del mandato sin

³⁹⁷ F. FERRARA: *id.*, pp. 280-281.

³⁹⁸ Jorge SUESCÚN MELO y Felipe SUESCÚN DE ROA: *La simulación*. En *Derecho de obligaciones*, Tomo I (Marcela Castro de Cifuentes, Coord.). Ed. Universidad de los Andes - Temis, Bogotá, 2009, p. 413.

³⁹⁹ *Ibidem*.

representación. Se descartó que la hubiera en el caso concreto planteado, pero la propuesta dejó abierta la posibilidad de buscar hipótesis simulatorias de otra índole.

El autor colombiano Velásquez Gómez plantea el supuesto de una falsa declaración de pago del precio de la cesión del crédito.⁴⁰⁰ Los móviles pueden ser variados; p. ej., bajo el ropaje de esa cesión se trata de ocultar una donación, en cuyo caso estaremos ante una simulación relativa, con la consecuencia conocida de que, ineficaz la cesión simulada, se estará entre las partes al contrato disimulado de donación, si eventuales deficiencias de fondo o forma no determinan una similar ineficacia de esta última.

Pero puede ocurrir que la cesión del crédito presente, *prima facie*, visos de simulación absoluta porque no encubre otro negocio jurídico. Velásquez Gómez, con sustento en una sentencia colombiana de 9 de noviembre de 1933, nos dice que en tal caso de simulación absoluta el cesionario aparente es simplemente un diputado para el cobro.

Creo que la conclusión no es consistente. En efecto, puede ser que el propósito del cedente sea encargar al cesionario el cobro del crédito, pero si busca ese resultado utilizando la cesión y no el mandato, que sería la vía normal, de haber simulación sería relativa y no absoluta como lo anuncia el autor colombiano. Peor aún, en este caso ni siquiera hay simulación, porque la cesión del crédito es un negocio real, el cesionario adquiere efectivamente el crédito y, por lo mismo, los bienes que reciba en virtud del cobro le pertenecen, y para ser leal con la confianza que le dispensó su cedente deberá transferírselos. En suma, una vez más estamos ante una hipótesis de negocio de confianza (la cesión), una *fiducia cum amico*, no simulado, y por tanto plenamente eficaz.

⁴⁰⁰ Hernán D. VELÁSQUEZ GÓMEZ. *Estudios sobre obligaciones*. Ed. Temis, Bogotá, 2010, p. 1032.

45. Simulación y vitalicio

La renta vitalicia en particular y el contrato de vitalicio en general, son también adecuados para la simulación. En el caso de la renta vitalicia (artículo 1802 Cc.), las partes (constituyente y deudor) pueden aparentar la onerosidad de la renta, traspasando un capital mínimo que resulta notablemente desproporcionado con el monto de la pensión, con lo cual obviamente se disimula una liberalidad a plazo.⁴⁰¹

La STS 315/1982 de 1 de julio se pronunció sobre un caso de contrato de compraventa bajo el cual se ocultaba lo que calificó como contrato innominado de “vitalicio a título oneroso” que puede adoptar distintas formas concretas, según los tipos de prestación, “que unas veces consiste en cantidades de dinero, como ocurre en la renta vitalicia, mientras que en otros lo es la satisfacción de una pensión de alimentos, bien en sentido estricto (“in natura”) o bien en sentido amplio (asistencia, cuidados, servicios, etc., además de la alimentación propiamente dicha)”, que era, esto último, el caso en examen.

En efecto, una de las partes transmitió en propiedad a la otra dos inmuebles por una cantidad insignificante (24.000 pesetas, frente a un valor real de 2.457.125 establecido pericialmente), con obligación del adquirente de prestar asistencia, cuidados y servicios de por vida a los cedentes. Estimó el Tribunal que se reunían en la especie dos elementos o requisitos indispensables para la validez de la supuesta compraventa, el consentimiento y el objeto, pero la causa era falsa pues la única contraprestación existente son “unos servicios consistentes en atenciones y cuidados que no son especificados ni pueden considerarse como precio, porque, adicionalmente, el expresado como tal en el contrato “no existe ni tiene por qué existir, teniendo, como ya se dijo, la cantidad figurada en el contrato un puro valor simbólico.”

No habiendo normas expresas que regulen esta figura carente de tipificación específica, la sentencia concluyó que debía regirse, como suele ocurrir

⁴⁰¹ J. MOSSET ITURRASPE: *Op. cit.*, *Contratos simulados...*, Tomo I, p. 120.

con los contratos innominados, “por los pactos, cláusulas y condiciones que las partes establezcan, con la cobertura legal, común a toda clase de vitalicio como contrato oneroso que el *Código regula, es decir, la renta vitalicia, cuyas normas establecidas en los artículos 1.802 a 1.808*, ambos inclusive, habrán de ser aplicables, analógicamente, atemperadas a las especialidades de cada supuesto, como acertadamente hizo la sentencia recurrida.”

46. Simulación y contrato de transacción.

El contrato de transacción, por el que se evita la provocación de un pleito o se termina el que había comenzado (artículo 1809 Cc.), puede ser utilizado, y de hecho lo ha sido, para encubrir otras operaciones jurídicas con variados propósitos, como el citado por Josserand de evitar los mayores gastos y/o dificultades que podría generar, por ejemplo, una partición judicial.⁴⁰²

Mosset Iturraspe, luego de hacer un breve recuento sobre las disputas acerca de su naturaleza jurídica, concluye que, para el efecto que nos interesa, no tiene mayor importancia si es un negocio meramente declarativo o innovador. “Nunca podrá saberse, explica el tratadista argentino, porque la transacción lo impide (por causa de su efecto de cosa juzgada),⁴⁰³ si la reglamentación que la transacción da a la situación jurídica coincide o no con la verdadera situación preexistente.”⁴⁰⁴ Sumado a ello que se trata de un contrato oneroso, “se reafirma que se trata de un ámbito propicio para la simulación en perjuicio de terceros”, la misma que puede ser absoluta o relativa.⁴⁰⁵

Sin embargo, no siempre se la ha calificado correctamente y de este defecto es lamentable ejemplo la sentencia de 22 de mayo de 2001 de la Corte Suprema de Ecuador;⁴⁰⁶ que en presencia de una transacción impuesta al trabajador mediante una serie de coacciones de su patrono, olvidó la fundamental

⁴⁰² L. JOSSERAND: *Op. cit.*, *Derecho civil*, Tomo II, Vol. II, p. 392.

⁴⁰³ La frase entre paréntesis me pertenece.

⁴⁰⁴ J. MOSSET ITURRASPE: *Op. cit.*, *Contratos simulados y fraudulentos...*, Tomo I, p. 119.

⁴⁰⁵ *Ibidem*.

⁴⁰⁶ GJS XVII N° 6 de 22 de mayo 2001.

disciplina de los vicios del consentimiento, y resolvió “que se trató de una transacción simulada”, con fundamento en que el consentimiento del trabajador “estuvo viciado de nulidad, pues se ejerció la peor violencia de que puede ser víctima un trabajador al humillársele y dejarle sin trabajo.”

47. Simulación y leasing financiero.

A pesar de las similitudes que pueden aparecer a primera vista, entre el arrendamiento o leasing financiero, contrato relativamente atípico,⁴⁰⁷ y el contrato de compraventa a plazos existen, por lo menos en la construcción civilista original de esta última, diferencias bastante claras como para no dar lugar a confusión de las figuras.

No obstante, en la legislación actual, con la atención puesta preferentemente en la defensa del consumidor,⁴⁰⁸ esas diferencias parecerían haberse difuminado, o por lo menos perdido trascendencia, si se tiene en cuenta que la Ley 28/1998 de 13 de julio, de venta de plazos de bienes muebles, incluye en su ámbito de aplicación a *los actos o contratos, cualquiera que sea su forma jurídica o la denominación que las partes les asignen, mediante las cuales las partes se propongan conseguir los mismos fines económicos que con la venta a plazos* (artículo 3, pár. 2º). No se necesita mucho condumio hermenéutico para darse cuenta que entre ellos se encuentran principalmente los contratos de

⁴⁰⁷ Utilizo esta calificación debido a la falta de un tratamiento legal sistemático, lo que obstaría para considerarlo *típico*. No obstante, varios cuerpos normativos se han referido a esta operación financiera, desde el Real Decreto Ley de ordenación financiera de 25 de febrero de 1977, hoy derogado, hasta las actuales leyes 28/1988 de 1998, de venta de plazos de bienes muebles, y 26/1988 de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, que contienen referencias al arrendamiento mercantil, motivo por el cual tampoco se lo puede caracterizar como un contrato propiamente *atípico*.

⁴⁰⁸ Así se lo declara en la Exposición de Motivos de la Ley: “Es característico de la moderna legislación, y muy en especial de la que responde a la incorporación al Derecho interno de las Directivas dictadas en el ámbito de la Unión Europea, el incremento de la protección que se dispensa al consumidor de todo tipo de bienes y servicios. Precisamente, la presente Ley se dicta por imperativo de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, cuyo objeto fue incorporar al Derecho español la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, y su posterior modificación por la Directiva 90/88/CEE, de 22 de febrero de 1990.”

arrendamiento o leasing financiero. Si así fuera, no tendría sentido pensar en la simulación de un contrato de compraventa a plazos bajo la apariencia de leasing financiero, porque en uno y otro caso se aplica el mismo estatuto legal.

Pero no es exactamente así. Una cosa es incorporar el arrendamiento financiero, para determinados efectos, al ámbito de la ley que regula estas compraventas a plazo y otra muy distinta es confundir sus naturalezas jurídicas.

La propia Exposición de Motivos de la Ley 28/1998 expresa, *in fine*, que “se prevé, asimismo, la inscripción del arrendamiento financiero, haciendo constar su especial y propia naturaleza jurídica, distinta de la compraventa a plazos.” Esta *constancia* se infiere principalmente del N° 5 de la Disposición adicional primera de la Ley, en virtud del cual *En los supuestos de quiebra o concurso de acreedores, los bienes cedidos en arrendamiento financiero no se incluirán en la masa, debiéndose poner a disposición del arrendador financiero, previo reconocimiento judicial, de su derecho.* En otras palabras, se reconoce que el arrendador financiero continúa siendo propietario del bien materia del leasing, que es uno de los efectos capitales y distintivos de la figura y en torno al cual suelen orbitar las controversias judiciales sobre la materia (muchas precisamente sobre tercería de dominio), entre ellas las relativas a la simulación.

Dicho lo anterior, sigue en pie la arquitectura típica de este contrato, negocio jurídico complejo, con concurrencia de figuras contractuales independientes pero estrechamente vinculadas, que consiste esencialmente en una modalidad especial de contrato de arrendamiento con opción de compra, en virtud del cual una sociedad de leasing cede a una persona el uso de un bien, a cambio de una renta periódica, durante un tiempo determinado, con opción de compra a cambio del pago de una cuota residual al final del plazo estipulado para el arrendamiento, y una vez que se han satisfecho las rentas o pensiones arrendaticias convenidas.⁴⁰⁹

⁴⁰⁹ Según el N° 1 de la Disposición adicional séptima de la Ley 26/1988 de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, *tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro*

Por su lado, el contrato de compraventa de bienes muebles (*corporales no consumibles e identificables*) a plazo, gobernado por la Ley 28/1998 es aquel mediante el cual una de las partes entrega a la otra una cosa mueble corporal y ésta se obliga a pagar por ella un precio cierto de forma total o parcialmente aplazada en tiempo superior a tres meses desde la perfección del mismo (pár. 1º del artículo 3).

Por consiguiente, mientras no se perfecciona la compraventa opcional, rige el componente arrendaticio con la consecuencia ya señalada de que el bien materia del leasing pertenece al arrendador, lo que no ha sido puesto en duda por la jurisprudencia, pudiéndose señalar al efecto, por todas, la STS 46/1999 de 1 de febrero, pronunciada en un caso de *lease-back* o *leveraged leasing*.⁴¹⁰

usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número 2 de esta disposición. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario.

⁴¹⁰ “En esta modalidad de leasing, desaparece la figura del tercero proveedor del bien ya que en él, el propietario del bien lo vende a la entidad financiera que se obliga a ceder inmediatamente tal bien en arrendamiento al vendedor, mediante el pago de un canon periódico, concediéndose al vendedor-arrendatario la posibilidad de adquirir el bien al finalizar el contrato de arrendamiento mediante el pago del precio estipulado” (STS. 964/1999 de 20 noviembre, RJ\1999\8615).

Es lo que ocurrió precisamente en el caso resuelto por la sentencia de 1 de febrero de 1999 citada en el texto: dos entidades mercantiles (A y B) celebraron simultáneamente un contrato de compraventa, por el que A vendió a B varios bienes muebles, y un contrato de arrendamiento financiero (*lease-back*» *mobiliario*), por el que B dió los mismos bienes en arrendamiento a A, por un precio total de arrendamiento de 75.996.000 pesetas, pagaderos en cuarenta y ocho rentas o cuotas mensuales, con una opción de compra en favor de la arrendataria A, al final del arrendamiento, por un precio o cuota residual de 1.413.616 pesetas. Debido a deudas de la arrendataria A a la Seguridad Social, la Recaudación Ejecutiva de la Dirección Provincial, en Navarra, de la Tesorería General de la Seguridad Social, trabó embargo sobre dichos bienes, argumentando que el contrato celebrado entre A y B no era de «leasing» sino de compraventa a plazos. La arrendadora B promovió una tercería de dominio en el procedimiento de apremio, alegando que el contrato celebrado con A era efectivamente un contrato de arrendamiento financiero. La Audiencia Provincial de Navarra declaró que los bienes objeto de la tercería eran propiedad exclusiva de B y dispuso el levantamiento del embargo. El Tribunal Supremo reprodujo el considerando medular del Tribunal *a quo*: “no podemos concluir, en que la verdadera intención (de A y B) al suscribir el contrato de 15 de noviembre de 1989, fuera a otorgar una compraventa de bienes muebles a plazos. Por el contrario, está suficientemente justificado, que convinieron -y ejecutaron al menos parcialmente conforme a las previsiones convencionales hasta marzo de 1992 -un verdadero "arrendamiento financiero", durante cuya vigencia la propiedad exclusiva (...) del material, correspondía a la entidad arrendataria (por razones de elemental lógica, entiende esta Sala Primera que habrá querido decirse "entidad arrendadora"), por lo que debe prosperar la tercería de dominio ejercitada, con revocación de la sentencia de instancia.”

Por lo dicho la simulación es posible y funcional en este tipo de contrato, como lo dijo la STS de 28 de mayo de 1990: el contrato de arrendamiento o leasing financiero puede utilizarse fácilmente para encubrir una compraventa a plazo, con la finalidad de obtener las ventajas financieras y fiscales de aquél. Se presenta entonces un caso de simulación relativa que obliga al juzgador a profundizar en la realidad de las relaciones construidas por las partes para calificar el negocio que quisieron efectivamente celebrar.

Para este efecto, dijo la sentencia citada, deberá tenerse en cuenta “no sólo las estipulaciones formalmente establecidas sino también la real intención de los contratantes puesta de manifiesto a través de las reglas de hermenéutica contractual de los arts. 1281 a 1289 del Código Civil,⁴¹¹ pues (...) la calificación de los contratos ha de descansar en el contenido obligacional convenido, abstracción hecha de la denominación que las partes asignen a aquéllos.” Con este fundamento el Tribunal Supremo estimó errónea la calificación de arrendamiento financiero hecho por el inferior atendiendo al contenido literal del documento privado en que se instrumentó el contrato materia del pleito, en circunstancias de que existían “actos de las partes, coetáneos y posteriores a la celebración del contrato, de los que surge de forma patente la verdadera e inicial voluntad o intención de los contratantes de celebrar una compraventa de bienes muebles a plazos con la natural transmisión por «Iberleasing, S. A.» y la correlativa adquisición mediante precio cierto por «Premacho, S. A.» de la propiedad de los bienes de equipo objeto del contrato.”

48. Simulación y contrato de trabajo

El contrato de trabajo y la relación nacida de él es objeto muy frecuente de simulación. Puede tratarse de la ocultación de la relación laboral bajo la forma de un contrato civil de prestación (arrendamiento) de servicios, especialmente de

⁴¹¹ Esta doctrina ya venía en la STS. de 21 de noviembre de 1988.

profesiones liberales,⁴¹² con el propósito de eludir las prestaciones sociales que nacen de aquélla; o bien, a la inversa, para aparentar una relación laboral inexistente con el objeto de obtener los beneficios correspondientes.

La jurisprudencia da cuenta de estas simulaciones. Así, la STS de 12 de julio de 1995⁴¹³ declaró la simulación de un contrato temporal, de sólo diez días de duración, celebrado una semana después del cese voluntario del trabajador, en una actividad distinta a la que desempeñaba desde hacía casi seis años, con el propósito de conseguir la obtención de las prestaciones por desempleo que había solicitado el trabajador al expirar dicho contrato temporal. El Tribunal Supremo consideró probada la existencia de una simulación de relación laboral.⁴¹⁴

49. Simulación y capitulaciones matrimoniales

Como ocurre en general con todos los negocios dispositivos, también en las capitulaciones, matrimoniales (artículo 1325 Cc), cuando tengan ese carácter, puede presentarse la simulación absoluta o relativa. Los motivos pueden ser tan variados como los que se inducen el engaño en otros negocios jurídicos, pero la jurisprudencia más reciente da cuenta de casos de simulación absoluta en los que

⁴¹² El artículo 1544 del Código civil define el *arrendamiento de obras o servicios* que luego se disciplina en los artículos 1583 a 1587, pero, en lo relativo a los servicios, se limita a los prestados por *criados y trabajadores asalariados*, lo que ha sido causa de múltiples críticas. Sin embargo de esa reducción, la doctrina y jurisprudencia entienden que las normas mencionadas pueden aplicarse a las profesiones liberales (cfr. C. LASARTE: *Op.cit., Principios de Derecho civil...*, Tomo II, p. 220 y ss), hipótesis en la cual la simulación aparece con más sentido y aplicación, p. ej., para burlar las disposiciones del Real Decreto 1331/2006 de 17 de noviembre (BOE N° 276 de 18/11/2006) que regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos.

⁴¹³ RJ 1995/5857.

⁴¹⁴ “La apreciación de la existencia de fraude y de simulación formal de un contrato de trabajo inexistente –dijo la sentencia– relativiza, a juicio de la Sala, el valor de la documentación formal aportada al expediente del señor G. (...) por la que trata de probar la existencia del contrato. Confrontando, conforme a las reglas de la sana crítica, tal documentación con el testimonio del propietario de una empresa de dimensiones reducidas (...), no alcanza a contradecir la manifestación del empresario que no conoce a quien protesta de haberle prestado servicios pocos días antes, máxime cuando dicho empresario recuerda –sin que se haya tratado de desvirtuar en ningún momento la afirmación tan concluyente– que la pretendida contratación fue un favor sugerido por su hermano. La condición de gestor administrativo en la persona a quien se atribuye, sin contradicción, la iniciativa e intervención en el fraude resta, en fin, todo valor de persuasión a la copiosa documentación aportada al expediente por el señor G. como contraprueba.”

se han empleado estas convenciones para eludir o dificultar las acciones de los acreedores. En otras ocasiones ha descartado la simulación en capitulaciones cuyas circunstancias las incardinaban más bien en la figura del fraude a los acreedores (fraude pauliano) que autoriza la rescisión del negocio mediante el ejercicio de la acción revocatoria o pauliana (artículo 1291.3º).

Esto último es lo que ocurrió en el caso resuelto por la sentencia de 30 abril 1990,⁴¹⁵ en la que el Tribunal Supremo concluyó que “la modificación del régimen matrimonial se hizo con fin de procurar al marido una situación de insolvencia económica para no cumplir obligaciones válidamente constituidas durante el régimen ganancial.” Para tal efecto, en las capitulaciones *sub iudice* se adjudicaron a la mujer todos los bienes inmuebles del régimen matrimonial, y al marido únicamente numerario, que obviamente resulta más difícil de perseguir por los acreedores. El Tribunal tuvo en vista la norma del artículo 1317 Cc, según el cual las alteraciones *ex post* del régimen matrimonial no pueden perjudicar los derechos de terceros y considerando que estaban dados “los presupuestos del *consilium fraudis*, el *eventus damnis* y la insuficiencia de bienes del deudor para satisfacer a sus acreedores”, encausó la cuestión por la disciplina de la acción revocatoria.

En cambio, la STS 642/2009 de 21 octubre, en un caso similar, se inclinó por la simulación absoluta, con un interesante razonamiento sobre la inaplicabilidad del artículo 1317. La sentencia dio por establecido, además de los indicios concurrentes que tuvo en vista el juzgador *a quo*, por la propia declaración de la esposa demandante, “que se simularon una serie de negocios jurídicos relacionados con el régimen de bienes para dificultar las reclamaciones de Hacienda por unas deudas contraídas por la sociedad anónima de la que eran Consejeros los hermanos Santiago Micaela.”

Uno de los puntos del debate casacional fue que los capítulos matrimoniales impugnados se habían otorgado por instrumento privado, siendo que el artículo 1327 exige para su validez que consten en escritura pública, razón

⁴¹⁵ RJ-1990/2813.

por la cual aquel negocio jurídico no tendría la virtualidad necesaria para modificar el régimen patrimonial preexistente. Se dijo entonces por el Tribunal Supremo que no era del caso aplicar el artículo 1317 porque el sistema tutelar de los derechos de terceros previsto en dicho precepto no es necesario cuando puede declararse la nulidad de la capitulación por otra causa, como la simulación absoluta probada en el juicio, porque el *Art. 1317 CC* parte de la validez de las capitulaciones y de los pactos en ella contenidos y por ello se requiere otra figura jurídica para evitar el perjuicio de terceros.⁴¹⁶

⁴¹⁶ “La declaración de nulidad de los capítulos matrimoniales por simulación absoluta –agregó la sentencia- determina como efecto esencial que no se produjera el efecto buscado, es decir, el cambio de régimen, que solo fue aparente, pero no real como consecuencia de la simulación. Por ello mal se ha podido infringir el *Art. 1327 CC* relativo a la forma necesaria de los capítulos cuando el tantas veces citado documento privado tenía como finalidad evitar entre los cónyuges la apariencia de cambio de régimen creada con las capitulaciones nulas. Es decir, no se restauraba el régimen que se había extinguido con el pacto capitular, sino precisamente se destruía la apariencia creada y se mantenía entre los cónyuges el régimen que rigió su matrimonio desde el momento de la celebración del mismo sin interrupción.”

CAPÍTULO SEXTO

La donación disimulada

Summa.- 50. Presupuestos: 1) Necesidad de que la donación disimulada reúna los requisitos materiales y formales; 2) El negocio disimulado no debe ser de aquellos prohibidos por la ley.- 51. El caso particular de las donaciones remuneratorias.

50. Presupuestos

Uno de los casos más frecuentes de simulación es el de la donación encubierta por un contrato de compraventa que, al menos en principio, por tratarse de una hipótesis de simulación relativa debería traer como consecuencia, entre las partes, la ineficacia del negocio simulado (compraventa) en favor del negocio oculto o disimulado y querido por las partes (la donación). Pero si aquello parece pacífico tratándose de la figura general de la simulación relativa, no termina de afinarse en el caso particular de la donación encubierta, respecto de la cual la jurisprudencia muestra frecuentes vacilaciones. El propio Tribunal Supremo reconoció en su sentencia 1394/2007 de 11 de enero, que “la cuestión de si es válida la donación efectuada de este modo encubierto ha sido tratada en numerosas ocasiones por esta Sala con criterios discrepantes.”

Esta “cuestión” de la validez tiene que ver, como se señaló al tratar sobre los efectos de la simulación relativa (*Vid supra* 25.b), con la comprobación, primero, de si el contrato disimulado –la donación en este caso- reúne o no los requisitos materiales y formales necesarios para su eficacia como negocio jurídico y, en segundo lugar, si no se trata de un negocio prohibido por la ley.

1) Necesidad de que la donación disimulada reúna los requisitos materiales y formales, de manera inobjetable, más allá del vicio de simulación que lo afecta.⁴¹⁷

Esta exigencia no podía estar prevista expresamente en un Código como el español que no se ha hecho cargo formalmente de la simulación, pero está planteada, en cambio y de manera general, por los artículos 1414 del *Codice (purché ne sussistano i requisiti di sostanza e di forma)* y 543 del Código civil boliviano (*si reúne los requisitos de substancia y de forma*).

El negocio disimulado, dice Verdera y Tuells, “debe surgir perfecto, como si originariamente fuera concluido y contenido en un acto sincero. La simulación que le encubría no le privaba de su propia realidad, pero tampoco puede conferirle la realidad que pueda faltarle, no sanándole los vicios sustanciales.”⁴¹⁸ En palabras de Josserand, si la convención secreta “presenta un vicio independiente de la simulación cometida con ocasión de la misma, debe ser considerada como nula; así ocurriría si emana de un incapaz o si fueses contra una regla de orden público”, por la sencilla razón de que “el acto simulado no puede tener más fuerza que si hubiera sido hecho ostensiblemente; si el engaño no es una causa de nulidad, no podría convertirse, por lo menos en tesis general, en una fuente de ventajas.”⁴¹⁹ Refiriéndose en particular a la donación disimulada, Josserand, apoyándose en una antigua jurisprudencia francesa, anota que “si el acto debe reunir las *condiciones de forma relativas al contrato simulado, debe reunir las condiciones de fondo de las donaciones.*”⁴²⁰

⁴¹⁷ J. C. GARIBOTTO: *Op. cit., Teoría general del acto jurídico...*, p. 214.

⁴¹⁸ E. VERDERA y TUELLS: *Op. cit., Algunos aspectos de la simulación...*, p. 44.

⁴¹⁹ L. JOSSERAND: *Op. cit., Derecho civil...*, Tomo II, Vol. I, p. 228. En la nota 291 al pie de la misma página, el profesor francés comenta: “Ocurre, sin embargo, que la simulación sea bienhechora y que salve un acto de la nulidad que le acechaba: una donación entre vivos, que sería radicalmente nula (o también inexistente) si estuviera hecha abiertamente por acto privado (art. 931 *Code*), se hace válida y produce todos sus efectos desde el momento que se disimula bajo la apariencia de una operación para la cual no se exige la forma notarial, de una venta ficticia por ejemplo: la *donación disfrazada* salva el obstáculo que se hubiera opuesto a una *donación ostensible.*”

⁴²⁰ L. JOSSERAND: *Op. cit., Derecho civil...*, Tomo III, Vol. 3, p. 53.

En similar sentido Scialoja, para quien, si el derecho no exige un requisito especial para la donación, distinto del requerido para la compraventa, aquella es válida si ha observado la forma suficiente.⁴²¹

Y es natural que se exija la presencia de los requisitos materiales y formales del negocio encubierto porque ahora el negocio disimulado muestra vida propia (De Castro y Bravo),⁴²² o se presenta “con carta de naturaleza propia” (S. 29 noviembre 1989, RJ\1989\7921), desligada del aparente, y habrá de reunir los requisitos legales relativos al consentimiento, capacidad de las partes, causa, objeto y forma.

Así lo ha sostenido uniformemente el Tribunal Supremo, como doctrina general de la simulación relativa: “cuando de simulación relativa se trata, el contrato disimulado puede ser válido si es lícito y reúne, además, los requisitos correspondientes a su naturaleza”;⁴²³ de manera que siendo aparente el contrato de asesoramiento técnico y la venta de acciones el negocio realmente querido, al ser esta última “válida y lícita, produce la plena eficacia de la vinculación jurídica en aplicación de la doctrina de la simulación relativa, reiteradamente admitida por la doctrina de esta Sala con plena eficacia salvo invalidez del negocio disimulado” (S. 103/2001 de 12 febrero).⁴²⁴

Por consiguiente, para aflorar válidamente a través de la falsa piel de la compraventa simulada, la donación oculta debe cumplir con las exigencias sustanciales del artículo 1261, además de la forma especial señalada en el artículo 633 Cc.

⁴²¹ V. SCIALOJA: Op. cit., *Negozi Giuridici...*, p. 335: ““Supponiamo che si faccia una donazione, rivestendola dell'apparente forma d'una vendita: la vendita è nulla e su ciò nessun dubbio; ma la donazione sarà valida? Se per questa donazione il diritto non esige alcun speciale requisito diverso da quelli richiesti per la compra-vendita, allora la risposta è affermativa, perchè cadendo il negozio giuridico simulato, cioè la vendita, rimane il negozio giuridico dissimulato, la donazione, con forma sufficiente, nella nostra ipotesi, alla sua validità.”

⁴²² F. de CASTRO Y BRAVO: Op. cit., *El negocio jurídico...*, p. 353.

⁴²³ S. 13 octubre 1987 (RJ 1987-9985). Cita además las SS. de 1 diciembre 1964 [RJ 1964\5572], 13 mayo 1965 [RJ 1965\2594], 14 mayo 1966 [RJ 1966\2425], 4 diciembre 1975 [RJ 1975\4449] y 22 febrero 1986).

⁴²⁴ RJ 2001/3963. Cita en el mismo sentido las SS. de 6 abril 2000 (RJ 2000, 1819), 15 junio 1999 (RJ 1999, 4474), 27 febrero (RJ 1998, 968) y 23 abril 1998 (RJ 1998, 2599), 21 de julio (dos Sentencias) 1997 (RJ 1997, 218 y 219), 29 julio 1993 (RJ 1993, 6493).

Entre los primeros es preciso revisar dos requisitos que se presentan con cierta especificidad, a pesar de que son simples aplicaciones de aquellos más generales del consentimiento y la causa. Se trata de la aceptación de la donación por parte del donatario y del llamado *animus donandi*.⁴²⁵

a) Respecto de la aceptación que exige el artículo 630 Cc, no me parece que haya dificultades para estimar cumplido el requisito con el consentimiento prestado en la compraventa simulada. Creo que es de buen criterio considerar que aquello cuya entrega se acepta en función de comprador ficticio, debe entenderse aceptado, con mayor razón, bajo el título auténtico de donatario; o, dicho de otro modo, no veo por qué el Juan donatario no aceptaría la entrega que se le hizo y aceptó como Juan comprador. Sin embargo, la jurisprudencia no lo ha entendido siempre así, como se aprecia en las SSTS de 16 de noviembre de 1956, 7 de octubre de 1958, 19 de diciembre de 1960 y 1 de octubre de 1991.

Esta última desestimó la aceptación de la donación oculta con el liviano argumento de que el consentimiento se había dado para el contrato de compraventa. El Tribunal Supremo dijo entonces que “tampoco es válido el negocio disimulado subyacente, cual es el de la donación por deficiencias trascendentes en orden, no a la forma “strictu sensu” (...) sino a la aceptación por la donataria (...) expresa e inequívocamente ya que ha de referirse tal manifestación al negocio disimulado, es decir a la donación misma, porque lo que no puede pretenderse es que valga para el caso la aceptación de la compra que figura en la escrituras, es decir que la escritura ha de incorporar la aceptación de la donación, o por lo menos que haya constancia de tal aceptación en otro instrumento público similar al tenor del art. 633-2º párrafo del Código Civil.”

¿Qué la escritura del contrato simulado contenga la aceptación del disimulado? ¡Vaya exigencia! Si no entiendo mal, lo que sugiere semejante tesis es ni más ni menos que la doctrina jurídica debe clausurar el capítulo de la

⁴²⁵ En algunos ordenamientos el problema es mucho más complejo puesto que se agrega el requisito de la *insinuación* o aprobación notarial o judicial, cuando el valor de lo donado excede una determinada cuantía. Es el caso de Chile (artículo 1401 Cc), Colombia (artículo 1458 Cc), y Ecuador (artículo 1417 Cc).

simulación en los negocios jurídicos y buscar una utilización decorosa para los miles de pliegos que se han escrito sobre ella.

b) Más discutible parecería ser, *prima facie*, la materia del *animus donandi*. La doctrina tradicional predicaba una posición restrictiva respecto de la validez del negocio disimulado, en mérito de la cual se veía necesario que se pruebe “la causa verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar.”⁴²⁶ Esta exigencia, contemplada en las SSTS de 3 de marzo de 1932, 22 de febrero de 1940, 12 de julio de 1941 y 15 de enero de 1959, citadas por Castán Tobeñas, constituye, en palabras del maestro español, una “doctrina rigurosa que ha de ser especialmente aplicada en materia de donaciones puras y simples.” La STS de 1 de diciembre de 1964 destacó que el *animus donandi* no constaba en la escritura de compraventa simulada

De ello se deriva que para poder rescatar la validez de la donación disimulada ha de constar el *animus donandi* y la aceptación del donatario, lo que en la práctica significa, nuevamente, condenar al destierro aquella posibilidad, porque ¿cómo imaginar que pueda constar aquello en una escritura de compraventa?

Covengamos en que si la compraventa se declara simulada es porque el juez descubrió que había en ella una concertada discordancia entre la intención y la declaración de los contratantes, lo que ocasionó un trastorno de la causa, de modo que se fingió una relación sinalagmática donde realmente existía una mera liberalidad. Con ello queda demostrado el *animus donandi* que, a mayor abundamiento, no es necesario probar, porque es la causa de la liberalidad (artículo 1274) y se presume *ex artículo 1277*. Es lo que se dijo, con otras palabras, en la sentencia 1104/2004 de 23 de noviembre del Tribunal Supremo,⁴²⁷ en el sentido de que el contrato de compraventa no tenía la causa que expresaba (función objetiva de cambio de cosa por precio) sino que oculta la causa verdadera (causa donandi), siendo válida la donación disimulada.

⁴²⁶ J. CASTÁN TOBEÑAS: *Op. cit.*, *Derecho civil español...*, Tomo I, Vol. II, p. 712.

⁴²⁷ RJ 2004/7386

c) Distinto se presenta el problema en los casos de compraventa simulada de bien inmueble, pues a lo anterior se suma la cuestión de la forma.

Se trata ahora de decidir si la escritura pública de compraventa satisface o no la forma escrituraria que el artículo 633 exige para la donación de esta clase de bienes, frente a lo cual, una vez más, estamos en presencia de un tema nada pacífico.

Como se señaló más arriba, y lo admitió el Tribunal Supremo, la jurisprudencia sobre este punto ha sido contradictoria; y en la misma sentencia - 1394/2007 de 11 de enero- hizo una prolija relación de las distintas tesis que ha sostenido en los últimos ochenta años:

c.1. Niegan la posibilidad examinada, las sentencias de 3 de marzo de 1.932, 22 de febrero de 1.940, 20 de octubre de 1.961, 1 de diciembre de 1.964, 14 de mayo de 1.966, 1 de octubre de 1.991, 6 de abril de 2.000 y 16 de julio de 2.004. Todas ellas, dijo la sentencia “tienen unas líneas muy semejantes, que nacen de la de 3 de marzo de 1.932”, es decir, que “la escritura pública de compraventa no vale para cumplir el requisito del *art. 633 Cód. civ.*, pues no es escritura pública de donación, en la que deben expresarse tanto la voluntad de donar como la aceptación del donatario.”

De las sentencias mencionada tomo como referencia la de 6 de abril de 2000 en la que se expuso el argumento de “no haberse otorgado escritura pública alguna de donación del donante en favor de la donataria, a pesar de tratarse de un inmueble (artículo 633 del Código Civil), ya que la única escritura pública otorgada fue la de compraventa del piso, en la que los vendedores no eran los donantes, ni haber la supuesta donataria aceptado la donación.”

c.2. Por el contrario, la aceptan las sentencias de 29 de enero de 1.945, 16 de enero de 1.956, 15 de enero de 1.959, 31 de mayo de 1.982, 19 de noviembre de 1.987, 9 de mayo de 1.988, 19 de noviembre de 1.992, 21 de enero de 1.993, 20 de julio de 1.993, 14 de marzo de 1.995 y 2 de noviembre de 1.999. “El argumento básico de esta posición –dijo la sentencia- es el de que si bajo el

negocio simulado existe el disimulado, la forma de aquél será la propia de este último, y si es la exigida por la ley para el tipo de negocio al que pertenece, cumple con el requisito formal correspondiente.”

De entre ellas, la sentencia de 29 de enero de 1945, también citada por Castán Tobeñas,⁴²⁸ había planteado la doctrina contraria admitiendo la validez a la donación encubierta, a la que atribuyó causa verdadera y lícita; en tanto la de 29 de noviembre de 1989⁴²⁹ -que el Tribunal Supremo no incluyó en la relación expuesta- resolvió que el negocio aparente de cesión encubría una auténtica donación remuneratoria o negocio real llevado a cabo, por lo que “la conclusión definitiva de lo realmente concertado es la de este contrato”; y otra posterior, la ya citada 1104/2004 de 23 de noviembre, dijo que “el contrato de compraventa no tenía la causa que expresaba (...) sino que oculta la causa verdadera (causa donandi), siendo válida la donación disimulada”.⁴³⁰

c.3. Finalmente, “un tercer criterio es el de que, ante las posiciones enfrentadas sobre la cuestión, ha de resolverse ateniéndose a las circunstancias del caso (sentencias de 19 de noviembre de 1.987, 23 de septiembre de 1.989, 22 de enero de 1.991, 30 de diciembre de 1.999, 18 de marzo de 2.002 y 7 de octubre de 2.004).”

No puede negarse que el tema es controversial. La misma sentencia 1394/2007 de 11 de enero se inclinó por la doctrina negativa y consideró “que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría. Aunque se probase que hubo animus donandi del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación. El *art.* 633 *Cód . civ.* (...) no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos (...) En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del

⁴²⁸ *Id.*, p. 713.

⁴²⁹ RJ 1989/7921

⁴³⁰ RJ 2004/7386

art. 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos.”

En cambio, una importante y relativamente reciente sentencia del Tribunal Supremo –S. 199/2010 de 26 de marzo- fue categórica en la exposición de lo que parece ser la más reciente dirección jurisprudencial: “esta Sala tampoco comparte que por el hecho de que las partes no convinieran celebrar una donación y de que hayan negado en todo momento su existencia, haya que descartar que tal negocio fuera en realidad el querido y encubierto por el aparente (compraventa), así como que el retraso en la restitución del precio se traduzca en la ausencia de ánimo de liberalidad. En los negocios simulados por simulación relativa - donde el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado- lo común o usual es el no reconocimiento del negocio encubierto como verdadero, de manera que hay que acudir a presunciones para tenerlo por existente, como hizo acertadamente la AP en este caso valorando, entre otros datos, como esencial, el hecho de que la adquirente devolviera a los pocos días mediante transferencia el precio que había recibido. La circunstancia de que esta devolución no se hiciera al tiempo de firmarse la escritura tampoco equivale a descartar su intención liberatoria. Estos argumentos permiten concluir, contrariamente a lo que se sugiere en el recurso, que la AP no se equivocó en la apreciación de la existencia de la donación como negocio encubierto, verdaderamente querido por las partes.”

Con independencia de lo que se ha venido exponiendo, debe tenerse en cuenta la certera acotación de Albaladejo⁴³¹ acerca de ciertos efectos que de todos modos debería reconocerse a la operación simulatoria, aun en aquellos casos de ineficacia del negocio simulado, porque si bien es cierto que la declaratoria de nulidad, y con mayor razón la hipótesis de inexistencia, significa que dicho negocio queda despojado de todas sus consecuencias jurídicas, esa privación se refiere propiamente a sus *efectos jurídicos*, es decir, la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, y no tiene por qué afectar a los *hechos* o simples acontecimientos que han tenido lugar en virtud del mismo, como

⁴³¹ M. ALBALADEJO GARCÍA: *Op. cit.*, *La simulación...*, p. 65.

serían, por ejemplo, la entrega de la cosa o el cumplimiento de una determinada formalidad. Estos son eventos que se han verificado efectivamente, constituyen un dato de la realidad y, por lo mismo, declarado ineficaz el negocio simulado, siguen en pie y deberán apreciarse como hechos útiles en la configuración y vida del negocio disimulado.

Puestas las cosas de esa manera, resulta que la entrega de la cosa que se hizo para dar verosimilitud a un contrato de compraventa simulado, valdrá como entrega para efectos del contrato de donación disimulado, o la escritura que contenía aquella compraventa, servirá como forma para la donación oculta, a pesar de que esto último es tema litigioso y ha sido desestimado por la más reciente jurisprudencia (STS 199-2012 de 26 de marzo), a la que se hace referencia en el párrafo siguiente.

b) Finalmente, el negocio disimulado no debe ser de aquellos prohibidos por la ley. Por tal motivo no será eficaz, a pesar del decaimiento del negocio aparente, una donación en el caso del artículo 628 CC, es decir, hecha a una persona inhábil, aunque haya sido disimulada por otro contrato o interpósita persona; y en la hipótesis similar prevista en el artículo 755, de una asignación testamentaria hecha a favor de un incapaz, encubierta bajo la forma de un contrato oneroso o a través de persona interpuesta.

51. El caso particular de la donación remuneratoria encubierta

En el caso de las donaciones remuneratorias, a las que se refieren los artículos 619 y 622 Cc, el problema presenta un nuevo ingrediente, pues ya no se trata de meras liberalidades (artículo 618 Cc), en tanto son hechas en consideración a méritos o servicios prestados al donante (artículo 619 Cc), que según el artículo 1274 Cc. constituyen la causa de esta especie de donación.⁴³²

⁴³² Casi a modo de curiosidad o quizás de testimonio sobre la fértil imaginación de algunos litigantes, que a veces parece precipitarse en la tipicidad penal, vale la pena traer a colación lo resuelto por el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de diciembre de 1986 (RJ 1986\7432): Se trataba de la pretensión de anular una compraventa acusada de simulación por encubrir una

Como lo dijo la STS 296/1999 de 6 de abril, en ellas el "animus donandi" aparece imperado por un móvil recompensatorio, por servicios prestados o méritos contraídos, que no son exigibles jurídicamente.⁴³³

Es de sobra conocido el intenso debate a que ha dado ocasión esta modalidad ("desesperación de los estudiosos", según de Castro y Bravo⁴³⁴), tanto en lo que se refiere a la precisión de su verdadera naturaleza jurídica, cuanto, principalmente, a la disciplina que debe aplicársele. Todo ello, debido a una inexplicable deficiencia técnica del legislador en la redacción de los artículos 619

supuesta donación remuneratoria, en la que el "servicio" prestado por el comprador-"donatario" había sido el compromiso de no denunciar un fraude fiscal del vendedor y supuesto donante. Dijo el Tribunal Supremo que "no puede prosperar la tesis de la existencia de un negocio disimulado de donación remuneratoria en cuanto: a) el invocado silencio prometido de no denunciar la infracción no implica servicios prestados al donante que sirvan de causa a la pretendida donación; b) en las donaciones remuneratorias el donante actúa por mera liberalidad, liberalidad que queda excluida cuando, como en el presente caso ocurre, la transmisión patrimonial está determinada por la amenaza de una denuncia fiscal, amenaza que, aparte de la valoración jurídico civil, puede bordear el ámbito penal; y c) eliminado, pues, el «animus donandi» queda sin causa la pretendida donación y en consecuencia y con independencia de cualesquiera otras consideraciones, no puede estimarse la existencia de un negocio disimulado de donación bajo la apariencia de un contrato de compraventa [...] si lo que la invocada donación trataba de retribuir es el silencio, la no denuncia de unas infracciones tributarias, tal silencio elevado a la categoría de motivo causalizado convertiría a ésta en ilícita por contraria a la moral, pues contrario a la moral y a las buenas costumbres es obtener o provocar la transmisión gratuita de un inmueble, aunque no medie amenaza, por la promesa de un silencio ante la Administración respecto a la existencia de una determinada contravención tributaria."

⁴³³ Sobre la caracterización de esta modalidad de donación dijo la STS 0907/1995 de 23 de octubre: "cualquiera que sea la postura de carácter general, que tanto en la jurisprudencia como en la doctrina se especifican, no es posible tampoco excluir, en puridad técnica, de la donación tanto remuneratoria como la de con causa onerosa, al ánimo de liberalidad que como elemento común prima en el concepto genérico del art. 618 C.c., cuando define la donación como un acto de liberalidad, por el cual, una persona dispone gratuitamente de una cosa, en favor de otra que la acepta; y ello es así, porque el art. 619 viene también a configurar donación las otras dos modalidades, la llamada remuneratoria y la de causa onerosa, pues en rigor, aunque una y otra no respondan prístinamente como la donación pura a esa transferencia de una persona a otra, cuya causa responde en exclusiva a un ánimo de favorecer con una ventaja a quien como beneficiado no le unen con el beneficiante otros lazos salvo los internos del recóndito mundo de los sentimientos o de mera afectividad, o, por razones altruistas, no hay que olvidar que asimismo en la donación llamada remuneratoria, esa causa subsumible en la preexistencia de unos méritos del predonatario por servicios prestados al luego donante, en todo caso, también se gestan en una presuposición causal anidada en la propia intencionalidad del donante, sin transcendencia o relevancia jurídica al exterior, de tal forma que sea exigible la observancia de esa mera intencionalidad o sensación anímica con el nudo de su sujeción formal y por ello, el propio donante cuando la instituye como tal donación remuneratoria jurídicamente no está obligado a hacerlo, sino que, se reitera, puede que con tal "donatum" en el fondo está también impregnado de dicha finalidad de liberalidad o de favorecimiento."

⁴³⁴ F. DE CASTRO Y BRAVO: *Op. cit.*, *El negocio jurídico...*, p. 266.

y 622 Cc., particularmente de este último, del cual la doctrina y jurisprudencia han hecho las más variadas interpretaciones, casi todas con algún fundamento atendible, porque para ello da pie el enigmático texto del precepto, al que Albaladejo acusa de “funesta e incomprensible letra.”⁴³⁵

Para Lacruz Berdejo el estatuto especial de esta clase de donaciones consiste precisamente en lo que expresa el texto del artículo 622, es decir, en que no se le aplica el régimen común de las donaciones *en la parte que no excedan del valor del gravamen impuesto*, lo que plantea el problema de precisar *el valor* de ese mal llamado “gravamen”, que no puede ser otro que los méritos del donatario o los servicios que prestó al donante, generalmente invalorables.⁴³⁶

Pero la dificultad es aún de mayor calibre cuando se trata de identificar su disciplina.

Diez-Picazo y Gullón y buena parte de la doctrina observan que el gran problema de la referencia que la segunda parte, *in fine*, del artículo 622 hace al “valor del gravamen impuesto”, es que en la donación remuneratoria no se impone gravamen alguno, porque los méritos o servicios que se “remuneran” son realidades del pasado, de manera que el precepto es inaplicable a esta modalidad de donación.⁴³⁷

Esta observación es inobjetable y en su oportunidad lo advirtió, entre otras, la STS 0907/1995 de 23 de octubre que precisamente asentó en esta circunstancia la diferencia entre donación remuneratoria y donación con causa onerosa, tratadas promiscuamente en el artículo 619: “la de tipo remuneratorio – dijo la sentencia- está perfectamente recogida en el supuesto primero del art. 619, y el de con causa onerosa en la del segundo supuesto, esto es, la primera, aquélla en donde la conducta del donante obedece a la preexistencia de esos méritos, o para compensar los servicios prestados por el donatario, mientras que la segunda, es aquélla en la cual, sin preexistir tal motivación, se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado.” Para Lasarte, esta segunda

⁴³⁵ M. ALBALADEJO: *Op. cit.*, *La simulación...*, p. 188.

⁴³⁶ J. L. LACRUZ BERDEJO *et al.*: *Op. cit.*, *Elementos...*, Tomo II, Vol. 2, pp. 105-106.

⁴³⁷ L. DIEZ-PICAZO y A. GULLÓN: *Op. cit.*, *Sistema de Derecho Civil...*, Vol. II, p. 321

parte –pese a los términos literales- probablemente esté referida a las donaciones modales, lo que daría sentido a la conflictiva expresión “valor del gravamen impuesto”⁴³⁸

En cambio, autores como De Castro y Bravo y Albaladejo tienen una interpretación radicalmente diferente de este críptico artículo 622, que me parece la más razonable.⁴³⁹

Para el primero, “el Código atiende a la donación que tiene por fin recompensar un servicio futuro”, y por ello distingue si lo dado o prometido no excede a ese servicio, es a título oneroso, en tanto será propiamente liberalidad donación y se someterá al régimen de las donaciones, si excede dicho valor,⁴⁴⁰ sólo puede ser interpretado en el sentido de que las donaciones remuneratorias se gobiernan por las reglas de los contratos cuando “lo dado o prometido no excede del valor de la carga impuesta.”⁴⁴¹

Albaladejo, a su turno, aplica el recurso *contrario sensu* para desentrañar el misterio del texto legal en cuestión, que al decir que estas donaciones se rigen por las regla de la donación en la parte que excedan del valor “del gravamen impuesto” (que traduce como “valor del servicio remunerado”), está indicando, a la inversa, que en lo excedente se regirán por las reglas de los contratos onerosos,⁴⁴² configurándose de esta manera una donación que podría llamarse

⁴³⁸ C. LASARTE: *Op. cit., Principios...* Tomo III, p. 163. En realidad viene a ser prácticamente lo mismo, porque la donación modal, en tanto impone una prestación al donatario, es con causa onerosa.

⁴³⁹ Este criterio se aproxima al concepto de los códigos de Chile (artículo 1433), Colombia (artículo 1490) y Ecuador (artículo 1449), según los cuales *Se entenderán por donaciones remuneratorias las que expresamente se hicieren en remuneración de servicios específicos, siempre que éstos sean de los que suelen pagarse*, lo que justifica su *nomen et natura* de remuneratoria. Como se apreciará, el concepto es diametralmente opuesto al del artículo 619 del Código español y permite perfilar con claridad los distintos regímenes jurídicos aplicables, de modo que hay donación en el supuesto del texto legal, y si el servicio era de los que suelen pagarse ya no se habla de liberalidad, no hay donación remuneratoria, y se aplica al negocio el régimen los contratos onerosos. Adicionalmente, si la donación remuneratoria excede al valor de los servicios prestados, se le aplica la disciplina de la donación en ese exceso (artículos 1434 CcCh, 1491 CcC) y 1450 CcEc).

⁴⁴⁰ F. DE CASTRO Y BRAVO: *Op. cit., El negocio jurídico...*, p. 269

⁴⁴¹ M. ALBALADEJO: *Op. cit., La simulación...*, p. 188.

⁴⁴² *Id.*, pp. 146-147.

mixta⁴⁴³ o, como la califica y rechaza Lasarte, una *descomposición* de la donación remuneratoria.⁴⁴⁴

Esta última tesis tiene una consecuencia de la más alta importancia en materia de simulación, que el mismo Albaladejo se encarga de recalcar. Puesto que la libertad de forma es la regla general en materia de contratos, no le sería aplicable a las donaciones remuneratorias, en tanto no excedan el valor del servicio remunerado, la norma excepcional del artículo 633 que exige escritura pública para la donación de cosa inmueble,⁴⁴⁵ por lo que parece razonable concluir que “la donación remuneratoria vale sin necesidad de escritura pública.”⁴⁴⁶

Por tanto, develada la simulación de la compraventa que encubre una donación de este tipo, la forma no sería cuestión a discutir para examinar la validez de la liberalidad encubierta, salvo en las donaciones mixtas que, ausente la forma, solamente serían inválidas en su parte puramente liberal,⁴⁴⁷ por aplicarse respecto a esta parte el artículo 633.

La jurisprudencia no ha sido uniforme en esta materia. El problema se lo ha residenciado en el punto de decidir si declarada la ineficacia del contrato de compraventa simulado la escritura pública que lo contiene sirve o no para la exigencia de forma del contrato de donación disimulado (artículo 633 Cc). Albaladejo admite que en la mayoría de los casos el Tribunal Supremo ha desestimado la tesis de la forma innecesaria para inclinarse a favor de “la ficción de, manteniendo la necesidad de forma, dar ésta por como si estuviera cubierta”⁴⁴⁸ por la escritura de compraventa declarada ineficaz.

Sin embargo de que ello efectivamente es así, Albaladejo presenta una suerte de balance en el que curiosamente se observa un virtual empate entre esa

⁴⁴³ *Id.*, p. 194. Rosana PÉREZ GURREA comparte este criterio (*La donación de bienes inmuebles encubierta bajo la forma de una compraventa otorgada en escritura pública*. En Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 723, enero 2011, p. 577).

⁴⁴⁴ C. LASARTE: *Op. cit.*, *Principios...* Tomo III, p. 163.

⁴⁴⁵ *Id.*, pp. 149 y 188.

⁴⁴⁶ *Id.*, p. 188.

⁴⁴⁷ *Id.*, p. 196.

⁴⁴⁸ *Id.*, p. 197.

tendencia (25 sentencias del TS, desde la S. de 29 de enero de 1945 hasta la de 23 de noviembre de 2004)⁴⁴⁹ y la contraria, que ha descartado la escritura de compraventa como suficiente forma para la donación (26 sentencias desde la STS de 3 de marzo de 1932 hasta la de 28 de mayo de 1996).⁴⁵⁰

Al elenco de las primeras pueden agregarse todavía las sentencias de 16 de enero de 1956, 15 de enero de 1959 y 31 de mayo de 1982.⁴⁵¹ En esta última el Tribunal Supremo aplicó su conocida doctrina salomónica calificada por Albaladejo como “ficción” de la cobertura formal. En dicho fallo el Tribunal Supremo insistió en la aplicabilidad del régimen de las donaciones a las remuneratorias (incluida la exigencia de forma), pero con el añadido de que debe atenuarse “el rigor con que la propia doctrina legal se produce en los negocios de exclusiva causa liberal” para concluir que “ni la invalidez del negocio simulado ni la ausencia de literal expresión de voluntad de abonar y aceptar la donación, deben ser obstáculo para la eficacia del contrato disimulado -donación- si éste realmente recurre, además de los requisitos generales de todo contrato, los que corresponden a su naturaleza especial.” Señaló, además, en apoyo de esta doctrina, las SSTs. de 16 noviembre 1956,⁴⁵² 20 octubre 1966⁴⁵³ y 7 marzo 1980.⁴⁵⁴

Pero en su reciente sentencia 199-2012 de 26 de marzo, el Tribunal Supremo ha confirmado la tendencia a un vuelco doctrinal sobre la materia. En ella declaró que “durante mucho tiempo esta Sala vino entendiendo que la nulidad de una compraventa por simulación relativa de la causa no priva *per se* de eficacia jurídica a la donación encubierta, en cuanto la auténtica voluntad de constituir un negocio, disimulada bajo la apariencia de una compraventa sin precio, encuentra su causa verdadera y lícita en la liberalidad del donante (...) Sin embargo la posición actual de la jurisprudencia de esta Sala es contraria a la

⁴⁴⁹ *Id.*, pp. 174-175.

⁴⁵⁰ *Id.*, pp. 156-157.

⁴⁵¹ RJ 1982/2614.

⁴⁵² RJ 1956/4115.

⁴⁵³ RJ 1966/4445.

⁴⁵⁴ RJ 1980/845.

anterior interpretación, tal y como recogen las SSTs del Pleno de la misma, de 11 de enero de 2007, RC n.º 5281/1999 y 4 de mayo de 2009, RC n.º 2904/2003.⁴⁵⁵ En la primera de estas sentencias, citada textualmente por la segunda y a la que se hizo referencia en el párrafo precedente, habiéndose solicitado la nulidad de la compraventa por simulación sin pedir nada respecto de la donación encubierta, se declaró que *“una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del artículo 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos.”*⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ Puede verse también la STS de 23 de octubre de 1995 en la que se dijo que “cualquiera que sean las circunstancias de la pretendida donación remuneratoria, hay que subrayar y reiterar en modo que en caso alguno, por parte de la Sala se ha calificado así a dicha donación, sino, que, sin más, la ha considerado un subgénero común, y por lo tanto, ha apreciado que no es posible entender su viabilidad, habida cuenta lo dispuesto en el art. 633 C.c., teniendo en cuenta que el acto negocial sólo consta en documento privado, a lo que cabe añadir que, según reiterada doctrina jurisprudencial, tanto las donaciones con causa onerosa, como las donaciones remuneratorias, sin perjuicio de que se flexibilicen los requisitos requeridos para la donación típica, no pueden escapar a la observancia del art. 633, en el sentido de que es preciso que consten su constitución y aceptación en escritura pública.”

⁴⁵⁶ Continúa la sentencia citada: *“Esta tesis no puede ser sustituida por la de la validez cuando la donación se califica como remuneratoria. El artículo 633 no hace ninguna excepción de lo que preceptúa para ninguna donación, además de que la remuneratoria no tiene ningún régimen especial, es el móvil remuneratorio el que guía el animus donandi del donante nada más; móvil indiferente jurídicamente para el Derecho, que no causa, del negocio jurídico.»* La no aplicación de la forma sustancial a la donación remuneratoria no puede basarse en su tratamiento legal por la normativa de los contratos en la que impera el principio de la libertad de forma. El artículo 622 solo ordena que las remuneratorias se sometan a las normas de la donación en lo que «excedan del valor del gravamen impuesto», es decir, aquella normativa de los contratos regirá hasta la concurrencia del gravamen. El precepto es absolutamente inaplicable a la donación remuneratoria, en cuanto que por definición (artículo 619) no se impone ningún gravamen al donante, sino que se remuneran servicios ya prestados que no constituyen deudas exigibles. Ciertamente que la doctrina científica ha discutido sobre el alcance de las incompresibles palabras del legislador respecto a las remuneratorias, pero las diferentes posiciones que se propugnan no pasan de consideraciones doctrinales en modo alguno unánimes. En el terreno de la aplicación del derecho, no es posible la conjugación de los artículos 619 y 622, en otras palabras, no cabe confundir una donación remuneratoria con una donación modal. Es en esta en la que efectivamente puede imponerse un gravamen al donatario, pero no en la remuneratoria».

CAPÍTULO SÉPTIMO

Simulación y matrimonio

Summa.- 52. Planteamiento.- 53. La doctrina que niega la posibilidad de un matrimonio simulado.- 54. El argumento del interés familiar.- 55. El argumento del cumplimiento de solemnidades legales.- 56. El argumento de la intervención del oficial público.- 57 Una nueva tesis que excluiría la simulación matrimonial: *el vaciamiento del concepto de matrimonio*. Regreso sobre el consentimiento matrimonial.- 58. ¿Matrimonio fiduciario?.- 59. La aceptación del matrimonio simulado.- 60.- Normativa europea y nacional tendiente a combatir el matrimonio de complacencia o simulado para efectos de obtener o conservar la residencia.- 61. Una escasa jurisprudencia nacional.- 62.- Prueba de la simulación matrimonial.-

52. Planteamiento.

Si se celebra un matrimonio como medio instrumental para conseguir determinados efectos jurídicos que corresponden al *status* conyugal, pero sin la intención real de constituir propiamente una unión conyugal; en otras palabras, desprovisto de *affectio maritalis*, ¿podrá atacársele por la vía de la acción de simulación? Dicho de otro modo, ¿es posible hablar de matrimonio simulado?⁴⁵⁷

La cuestión tiene poco de simple *divertimento* teórico y nada de pacífica. Hay quienes descartan absolutamente esa posibilidad, a pesar de que en la práctica de los diferentes países, como recuerda De Castro y Bravo,⁴⁵⁸ se han planteado, y continúan haciéndolo, casos de simulación matrimonial o, si se prefiere, de *matrimonios de conveniencia*.

⁴⁵⁷ Enrico PEREGO lo ha definido precisamente como un *matrimonio è stato voluto come lo strumento per il conseguimento di un effetto giuridico derivante dall'acquisto dello status di coniuge, ma senza l'intenzione di costituire un'unione coniugale* (un matrimonio querido como instrumento para el logro de un efecto jurídico que se deriva de la adquisición del status de cónyuge, pero sin la intención de constituir una unión conyugal (*La simulazione nel matrimonio civile*. Ed. Dott A. Giuffré, Milano, 1980, p. 9).

⁴⁵⁸ F. DE CASTRO Y BRAVO: *Op. cit.*, *El negocio jurídico...*, p. 346.

Los ejemplos son abundantes: un emigrante contrae matrimonio para obtener la nacionalidad de su cónyuge o la residencia en su país o para evitar la expulsión; otra persona lo hace para atribuir a su pareja derechos sucesorios, o beneficiarlo con prestaciones económicas a las que solamente tiene derecho el cónyuge, o para facilitar el acceso al empleo, etc. Perego refiere otros que han sido abordados por la jurisprudencia de diversos países europeos, como el caso del médico tratante que se casa con la paciente, próxima a morir, para superar una incapacidad testamentaria prevista en la ley, del joven que contrajo matrimonio con una anciana para eludir el servicio militar, de la joven que lo hizo con un soldado para librarlo de la corte marcial, del anciano que se casó con una joven para que pueda gozar de una pensión, el matrimonio celebrado sólo para evitar una persecución o una prisión, etc.⁴⁵⁹

En los últimos años se ha resuelto por la Audiencia Provincial de Valencia acerca de la simulación de un matrimonio celebrado por un ciudadano español con la finalidad, atribuida por el actor, de facilitar la nacionalidad española a su cónyuge ecuatoriana,⁴⁶⁰ y por la Audiencia Provincial de Alicante, con ocasión de un matrimonio celebrado en Cuba con la supuesta finalidad de regularizar la situación en España de la cónyuge de nacionalidad cubana.⁴⁶¹

53. La doctrina que niega la posibilidad de un matrimonio simulado

La doctrina tradicional y buena parte de la moderna, que se ha hecho cargo de los argumentos de la primera, rechazan rotundamente la posibilidad de simulación en el matrimonio.

Entre los autores alemanes la posibilidad de semejante simulación fue desechada por Enneccerus, Kipp y Wolff, en aquellos casos en que el matrimonio

⁴⁵⁹ E. PEREGO: *Op. cit.*, *La simulazione nel matrimonio civile...*, p. 10.

⁴⁶⁰ SAP de Valencia, Nº 713/2008 de 13 de noviembre (JUR 2009/61724).

⁴⁶¹ SAP de Alicante Nº 345/210 de 9 de noviembre (JUR 2011/80999).

ha cumplido con la forma pertinente,⁴⁶² criterio que, por lo menos en su referencia a la forma, no avaló Von Thur, para quien no es el cumplimiento de las formalidades lo que impide la simulación, sino el hecho de que se celebra ante una autoridad, y “no puede haber simulación en las declaraciones que deben emitirse ante una autoridad.”⁴⁶³ En Francia, informa Dagot, una gran parte de la doctrina se muestra hostil a la idea del matrimonio simulado,⁴⁶⁴ no obstante, autores de la importancia de H., L. y J. Mazeaud se inclinan a su favor (*Vid infra* §59)

Ferrara sostuvo con vigor esta doctrina negatoria y expuso varias razones de las cuales pueden descartarse, para efectos de este estudio, aquellas de valor estrictamente limitado al ordenamiento italiano de la época (p. ej., la estabilidad absoluta de las convenciones matrimoniales de contenido económico y los debates a que dio lugar en la doctrina italiana, especialmente en lo relativo al valor de las contraescrituras en esta materia), para concentrar la atención en los argumentos que conservan, en mayor o menor grado, algún interés actual y mayor valor general, lo que ha permitido que se retomen por alguna doctrina posterior, como son aquellos que se fundan en el interés superior de la familia, el cumplimiento de solemnidades legales y la intervención del oficial público.

54. El argumento del interés familiar.

Si bien no puede dejar de reconocer que en ocasiones el denegar la prueba de la simulación en el matrimonio puede ser dañoso para las partes que no obraron con lealtad ni apegados a la ley, para Ferrara no es menos cierto que *in finitas* veces el excluir dicha prueba contribuye a mantener sobre bases más sólidas la familia creada.⁴⁶⁵ La opinión que admite la simulación, agrega el profesor italiano, “lleva a consecuencias desastrosas para la familia y la

⁴⁶² L. ENNECCERUS, T. KIPP y M. WOLFF: *Op. cit., Tratado de Derecho civil*, Primer Tomo, Vol. I..., p. 185.

⁴⁶³ A. VON THUR: *Op. cit., Derecho civil*, Vol. II..., p. 504.

⁴⁶⁴ M. DAGOT: *Op. cit., La simulation en Droit privé...*, p. 245.

⁴⁶⁵ F. FERRARA: *Op. cit., Simulación...* p, 204.

sociedad,⁴⁶⁶ y luego presenta un cuadro que para su conciencia decimonónica debió ser catastrófico: “El matrimonio sufriría una sacudida profunda en su misma base y perdería la seguridad que le presta la forma pública; el concubinato se ocultaría bajo la apariencia del matrimonio y volverían a la sociedad actual las dudas de aquel tiempo en que se admitían los matrimonios secretos.”⁴⁶⁷

El argumento ha sobrevivido con bastante suceso a Ferrara. Una fundamentación similar apoya la posición de la jurisprudencia argentina. Mosset Iturraspe da cuenta que los tribunales de su país han seguido las enseñanzas de la doctrina y rechazado la ficción o simulación del consentimiento matrimonial, a diferencia de lo que ha ocurrido con los tribunales suizos, belgas, franceses e italianos. Cita como ejemplo el caso resuelto por la Cámara 1ª Civil y Comercial de La Plata en el que el matrimonio se contrajo como un medio para obtener un fin distinto que no era otro que el novio pudiera eximirse del servicio militar “y previo acuerdo de no consumarlo hasta un tiempo posterior indeterminado—sostuvo el vocal Bravo Almonacid que “la índole social del instituto relega la primacía del interés privado verificable en los demás actos jurídicos del derecho común y la limitación de la hipótesis de anulabilidad, como la de las causales de divorcio, tiene su razón de ser en los ideales de justicia y de respeto moral aceptados por la sociedad y receptados por la ley al institucionalizar el matrimonio.”⁴⁶⁸

Bien mirada, la alegación general sobre el “interés de la familia” es realmente metajurídica, alude a una cuestión fundamentalmente valórica que a veces logra el propósito de sacarle el cuerpo a una discusión sobre proposiciones de derecho. Para algunos ese *interés* se reduce a la estabilidad matrimonial como aspiración suprema, sin prestar mayor atención a la calidad y auténtico sentido individual y social de la relación conyugal.

En relación con esta última apreciación, Perego pone en evidencia que la doctrina hostil al reconocimiento de la simulación en el matrimonio siempre ha

⁴⁶⁶ *Id.*, p.120.

⁴⁶⁷ *Id.*, p. 129.

⁴⁶⁸ *Id.*, pp. 158-159.

destacado el peligro de que se introduzca en el ordenamiento (se refiere al italiano) una causa de divorcio consensual que mediante una prueba ficticia permita a los cónyuges liberarse de un vínculo que fue efectivamente querido.⁴⁶⁹ Allí está el quid del asunto. No me caben dudas de que detrás de esta hostilidad se encuentra una postura o radicalmente antidivorcista, de las que afortunadamente quedan pocas o, por lo menos, opuesta a la facilitación del divorcio.

Es un criterio respetable el de Ferrara, sin duda, y de quienes lo siguen en esta materia, que sin embargo puede objetárselo tan bien desde una perspectiva asimismo valórica, como desde el razonamiento jurídico. Valgan para ello las siguientes reflexiones:

1. Hoy está en entredicho la existencia de un *interés familiar* distinto y superior al interés de cada uno de los miembros que la integran, como asimismo que hayan derechos de la familia diferentes a los que corresponden a sus integrantes. Dicho de otra manera, se han superado ciertas visiones corporativistas del orden familiar, de manera que lo que se proclama en la actualidad es el interés social *en la familia*, en tanto núcleo básico de la sociedad, lo que justifica la protección constitucional consagrada en el artículo 39.1. CE.

Peor aún, luce arbitrario ligar un supuesto interés *de la familia*, e incluso el efectivo interés *en la familia*, con la institución matrimonial, para darle aliento el agotado discurso de que todo lo que afecta a este último compromete al orden, visión y misión de aquélla.

Está dicho hasta la saciedad que la familia es una entidad multiforme que, entre otras posibles diversidades, no se fundamenta necesariamente en el matrimonio; que éste es sólo una de sus opciones constitutivas y puede, por lo mismo, estar ausente, como de hecho ocurre en muchas formaciones familiares que no por eso merecen menos protección de los poderes públicos, como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia moderna del Tribunal Constitucional

⁴⁶⁹ E.PEREGO: *Op. cit., La simulazione,...*, p. 85.

(por todas, la sentencia 47/1993 de 8 de febrero⁴⁷⁰) y del Tribunal Supremo (por todas la sentencia de 18 de mayo⁴⁷¹), cuando han tenido la ocasión de pronunciarse sobre los presupuestos, caracteres y efectos jurídicos la unión de hecho.

2. En el supuesto no consentido de que existiera aquel *interés familiar*, y que el matrimonio es su piedra ciliar, habría que tener cuenta opiniones como la de Perego, con la que no concuerdo pero viene al caso, en el sentido de que el tal *interés superior* solamente se configuraría cuando el matrimonio ha sido válidamente celebrado.⁴⁷²

4. Parece indefendible la tesis de que la conservación de un matrimonio simulado, fraudulento, privado de *affectio maritalis*, fantasmal, una *pompa de jabón*, para emplear una expresión del propio Ferrara, pueda contribuir eficazmente a un supuesto *interés familiar*. Tengo para mí que los matrimonios de conveniencia –que así se llama a los simulados- están más cerca de corromper el orden familiar y ciertamente desprestigian la institución del matrimonio.

Desde este punto de vista, la impronta social del instituto, puesta de relieve en la ya citada sentencia de la Cámara 1ª Civil de La Plata, traída por Mosset Iturraspe para excluir la simulación en el matrimonio, viene a ser un argumento de excelencia precisamente para admitirla, porque tratándose de un negocio de esta trascendencia social, debe primar más que nunca la necesidad de sacar a la luz la verdad y dejar al descubierto la fraudulenta utilización del instituto para satisfacer intereses privados que parecen reprochables, en perjuicio del valor social del

⁴⁷⁰ Se dijo en esta sentencia: "...pues en correspondencia con el pluralismo de opciones personales existente en la sociedad española y la preeminencia que posee el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 C.E.), la Constitución no sólo protege a la familia que se constituye mediante el matrimonio -aunque a ésta la proteja especialmente (STC 45/1989)- sino también a la familia como realidad social, entendida por tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja";

⁴⁷¹ Declaró el Tribunal Supremo en esta sentencia: "Las uniones de hecho, aunque están carentes de precisión legislativa no por eso son totalmente desconocidas por nuestro ordenamiento jurídico. La Constitución no las prevé pero tampoco expresamente las interdicta y rechaza y así se desprende de la lectura de su art. 32 en relación al 39, que se proyecta a la protección de la familia en forma genérica, es decir como núcleo creado tanto por el matrimonio, como por la unión de hecho."

⁴⁷² *Id.*, p. 127.

matrimonio, sin que valga el débil argumento de Ferrara de que sólo se puede sacar a la luz la verdad que se manifiesta con las formas solemnes.

55. El argumento del cumplimiento de solemnidades legales.

A juicio de Ferrara estas formalidades, que en el caso del matrimonio son abundantes, permiten confiar en la ponderación, seriedad y madurez de los convenios” y que, por lo mismo, “destierra las falsas apariencias.”⁴⁷³

En realidad, la observación de las formas, a la que según acaba de verse, también se refirieron Ennecerus, Kipp y Wolff, con objeción de Von Thur, no avala en absoluto la *sinceridad* del negocio jurídico, de lo que ofrecen buena prueba los innumerables casos de contratos simulados que se otorgan observando la *forma* de la escritura pública y respecto de los cuales la jurisprudencia nunca se ha refugiado en la confianza de la formalidad para abstenerse de pronunciar la ineficacia.

56. El argumento de la intervención del oficial público.

El oficial público, sostiene Ferrara, interviene como *parte* del acto matrimonial, en garantía de la ley, “integrándolo y dándole existencia jurídica.”⁴⁷⁴ Aunque los contrayentes efectivamente no tengan intención real de realizar el acto, el oficial público lo ignora por lo que actuación tiene plena eficacia. Para Ferrara en este caso existiría, no una simulación, sino una doble reserva mental.⁴⁷⁵

⁴⁷³ F. FERRARA: *Op. cit.*, *Simulación...*, p. 204.

⁴⁷⁴ *Id.*, p. 124. La intervención del oficial público –dice FERRARA- “no obedece al sólo fin de certificar, de constatar la existencia del matrimonio, como la cooperación el notario y los testigos, sino que tiene carácter integrante, de realización del matrimonio mismo.” (*Id.*, p. 128). Y en nota al pie de la misma página agrega que “una simulación sólo sería posible en el caso extraño de que también el oficial del estado civil, violando los deberes de su oficio, estuviere de acuerdo con los esposos en la ficción: entonces el matrimonio sería inexistente.”

⁴⁷⁵ *Id.*, pp. 124-125. ¿Y no se ha dicho acaso que la simulación es precisamente una hipótesis de doble reserva?

Este último argumento, a pesar de sus muchas fisuras, es bastante recurrente y posiblemente sea el más fuerte que puede exhibir la doctrina negatoria de la simulación matrimonial.

Cariota Ferrara, luego de examinar las distintas funciones que puede tener la intervención de un oficial público en la celebración del negocio jurídico, sitúa al matrimonio civil entre aquellos negocios para cuya eficacia es necesaria una *fattispecie complessa*, integrada por la declaración de la voluntad de las partes y un acto estatal que tiene función creadora de efectos jurídicos (*attesa la loro funzione creativa di effetti*); y concluye, por tal razón, que no puede admitirse la simulación en su caso.⁴⁷⁶ Obsérvese que aunque utiliza el mismo argumento para oponerse a la figura del matrimonio simulado, Cariota Ferrara hace una clara distinción entre las *partes* del negocio (los contrayentes, autores de la declaración de voluntad) y acto estatal (a cargo del funcionario), que despeja la confusión funcionario-parte en que incurrió Ferrara.

Gangi se suma a lo medular del criterio de la *fattispecie complessa*, pues siendo el consentimiento de los contrayentes un elemento constitutivo esencial del matrimonio, no es exclusivo, porque también es elemento constitutivo la declaración del oficial del estado civil que recibe la declaración de aquéllos.⁴⁷⁷

Planiol y Ripert se encaminan por una vía que repara aparentemente en el contenido de la declaración, aunque más parece que en su expresión oral, pues sostienen que el oficial del estado civil no sólo está encargado de comprobar la voluntad de los contrayentes, “sino que es él quien los declara unidos en nombre

⁴⁷⁶ L. CARIOTA FERRARA: *Op. cit.*, *Il negozio giuridico...*, p. 544.

⁴⁷⁷ Calógero GANGI: *Derecho matrimonial*, traducción de la 3ª edición. Ed. Aguilar, Madrid, 1960, p. 63. El profesor de Milán habla sin ninguna dificultad de matrimonio simulado, o aparente, o de apariencia matrimonial, para dar cuenta que en efecto los contrayentes están emitiendo una declaración de voluntad que no corresponde a lo que efectivamente quieren, pero le resta trascendencia jurídica a la simulación en este caso y proclama la validez de dicho matrimonio, quedando de manifiesto que, en el fondo, el fundamento central de aquello es la necesidad de garantizar la indisolubilidad del matrimonio, justificación que vuelve a plantear en otro pasaje de su obra para reforzar la idea de que estos matrimonios simulados no pueden considerarse nulos, porque a ello se opone “el carácter formal y solemne del contrato y la exigencia de orden público de que no se pongan en peligro la certeza, la seguridad y la estabilidad del vínculo matrimonial, y que no pueda por caminos torcidos ser violado el principio fundamental de la indisolubilidad del matrimonio” (*Id.* p. 66).

de la ley.”⁴⁷⁸ Bonnecase se refiere también a esta función de la intervención del oficial civil, sin tocar el tema de la simulación, en su alegato encaminado a cuestionar la naturaleza contractual del matrimonio. “Ahora bien- dice el profesor de Burdeos- la misión del oficial civil no es, de ninguna manera, simplemente la de hacer constar y registrar, en su carácter de funcionario, el consentimiento de los esposos. Por el contrario, desempeña un papel activo. Recibe (...) la expresión de consentimiento de cada esposo “pronunciando” a continuación a nombre de la ley, que están unidos en matrimonio.”⁴⁷⁹

En Argentina Borda hace otro tanto: “en el matrimonio el oficial público interviene activamente, integrando el acto con su actuación, pues es él quien pronuncia en nombre de la ley que los contrayentes quedan unidos en matrimonio;”⁴⁸⁰ y Spota plantea que en el matrimonio no basta el consentimiento de los contrayentes, pues es un “un acto complejo por la inexcusable intervención del oficial público (...) Aquí se prescinde por razones de estabilidad jurídica de la institución matrimonial, de la voluntad real y sólo corresponde atenerse a la voluntad declarada.”⁴⁸¹ En el mismo sentido Zannoni: “dejando de lado que nuestra ley no prevé la simulación como vicio propio del acto jurídico matrimonial, juzgamos que no puede propugnarse su alegación como supuesto de nulidad de las nupcias. Y ello teniendo en cuenta que, en el matrimonio, trasciende sustancialmente la declaración de la voluntad de los contrayentes ante el oficial

⁴⁷⁸ M. PLANIOL y G. RIPERT: *Op. cit., Tratado elemental...*, Tomo I, p. 362.

⁴⁷⁹ J. BONNECASE: *Op. cit., Elementos...*, Tomo I, p. 539.

⁴⁸⁰ Guillermo A. BORDA: *Manual de Derecho de familia*. 10ª edición actualizada, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 111. Al argumento expuesto, el autor agrega la seriedad del matrimonio “que debe mover a rechazar la nulidad por simulación (*Id*, p. 100).

⁴⁸¹ A. SPOTA: *Op. cit., Contratos...*, Tomo I, p. 442. Refiere además una nutrida jurisprudencia de su país sobre el tema: Cfam. 1ª Nom. De Córdoba, 30/8/1999, N° 2000-2, p. 312 y LLC, 2000-572; CNCiv., Sala F, 14/12/1997, JA, 1998-II-415; CNCiv, Sala G, 26/2/1986, LA LEY, 1987-A, 233 y JA, 1987-I-41; CNCiv., Sala A, 12/3/1985, ED 113-513, con nota de Enrique T. BIANCHI; CNCiv., Sala F, 18/6/1984, LA LEY, 1984-D, 576; CNCiv., sala A, 21/12/1982, LA LEY, 1983-D, 11, con nota de María C. FERNÁNDEZ ABAD; CNCiv, Sala C, 27/5/1980, LA LEY 1980-D, 544, con nota de OCAMPO-URIARTE; CNCiv., Sala B, 19/8/1980, LA LEY, 1980-D, 173; CNCiv., sala D, 8/6/1978, LA LEY, 1979-B, 238 (voto Dr. GNECCO); CNCiv., Sala C, 6/12/1978, LA LEY, 1979-B, 364, con nota de Arturo GRANILLO; CNCiv., Sala BV, 18/8/1978, LA LEY, 1979-C, 8, con nota de Alberto E., GOWLAND, ERD, 82-57; JA, 1981-II-7, con nota de Francisco A.M. FERRER; CNCiv., Sala A, 3/8/1977, LA LEY, 1977-D, 643; CNCiv., Sala E, 4/10/1976, ED, 70-176, con nota de Jorge A. MAZZINGHI; LA LEY, 1976-D, 451, con nota de Guillermo A. BORDA, y JA, 1977-I-648, con nota de Edmundo J. CARBONE.

público encargado del Registro Civil (cfr. art. 172, Cód. Civil). La declaración de voluntad de los contrayentes es una típica declaración *recepticia* en la que, merced al control de legitimidad del oficial público, asienta la estabilidad del matrimonio mismo.⁴⁸²

Barbero ha cuestionado con sólidos razonamientos la tesis de la *eficacia constitutiva* que, bien miradas las cosas, reduce el valor del consentimiento de los contrayentes degradándolo a la función de mero presupuesto del acto matrimonial.⁴⁸³ Es verdad, dice el profesor de Milán, que el artículo 107 del Código civil italiano prevé la “declaración del oficial” como acto final de las formalidades de su celebración, “pero el hecho de ser el *último* no autoriza la inferencia de que sea el *más importante, ni tan eficiente como el consentimiento de los novios*.”⁴⁸⁴ A su juicio si bien esta declaración del funcionario cierra el *rito*, no concluye el matrimonio, que es el negocio. En definitiva, concluye Barbero, examinado el contenido de su declaración,⁴⁸⁵ la intervención del oficial público no es *ad constituendum*, sino *ad celebrandum*, “esto es, hacer solemne el hecho constitutivo cumplido por los novios.” Su declaración no es “de voluntad”, ni discrecional; “los proclama unidos no porque *quiere*, sino porque *debe*.”⁴⁸⁶

⁴⁸² E. ZANNONI: *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tomo I. 3ª edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 314. El autor cita el caso resuelto por la Corte de Casación francesa, que declaró nulo, con fundamento en el art. 146 del *Code*, por ausencia de consentimiento, reputando que el acto era simulado, el matrimonio contraído por una ciudadana polonesa refugiada política en París, que se casó con un italiano para adquirir la nacionalidad de su cónyuge y poder regresar a su país (p. 312).

⁴⁸³ Posiblemente una de las versiones más degradantes del consentimiento matrimonial, en el sentido propuesto por Barbero, sea la de meras declaraciones recepticias expuesta por ZANNONI.

⁴⁸⁴ D. BARBERO: *Op. cit., Sistema ...*, T.II, p. 36.

⁴⁸⁵ Compara la declaración del rito canónico donde el celebrante es quien *los une* en matrimonio (*coniungo vos in matrimonio*), con la del oficial civil: *estáis unidos* en matrimonio, lo que pone en evidencia que la unión no nace de él sino del consentimiento de los contrayentes. Algo muy similar ocurre en el derecho español, en presencia del artículo 58 Cc, que claramente deja ver que la substancia del acto es el consentimiento de los contrayentes, frente al cual el Juez, Alcalde o funcionario a cargo de la celebración, luego de verificar que *efectivamente lo contraen*, según su voluntad, se limitan a *declarar* que los mismos quedan unidos en matrimonio.

⁴⁸⁶ *Id.*, p. 37.

Despejado este obstáculo puesto a la simulación en el matrimonio, Barbero afirma más adelante que puede haber una declaración de voluntad simulada por las partes, en cuyo caso el matrimonio es anulable.⁴⁸⁷

Entre los autores españoles de Castro y Bravo hace una breve alusión a este argumento aunque sin tomar posición en el debate. Simplemente expone muy brevemente sus extremos y señala que contra la tendencia de los tribunales de otros países a tener en cuenta la simulación en el matrimonio, “se alega lo peligroso que resulta minar con ello la seguridad del estado civil y la eficacia constitutiva, en tales supuestos, de la intervención de los funcionarios del Estado; y a continuación refiere las críticas levantadas contra este argumento: se ha dicho “que la presencia de la autoridad tiene por fin testimoniar y no constituir (...) y lo repugnante de imponer la validez de unos actos sobre cuya finalidad fraudulenta hay certeza moral, según resulta de la prueba.”⁴⁸⁸

Me parece, empero, que es Cano Martínez quien lo sostiene con mayor fuerza y propiedad. Parte de la consideración de que el matrimonio, siendo básicamente una institución, se constituye mediante un contrato, si bien de naturaleza especial porque se incluye en el régimen imperativo del Derecho de familia. Por esta razón, el juez o funcionario no es *quien lo celebra*, papel que desempeñan los contratantes (en este caso contrayentes), sino *ante quien se celebra*, intervención que se justifica como formalidad destinada fundamentalmente a dar seriedad al acto, como ocurre también con la presencia de testigos. Por consiguiente, concluye Cano Martínez, “hay que admitir actualmente la nulidad del matrimonio por simulación.”⁴⁸⁹

Tengo perfectamente claro que hay alguna diferencia entre la función del oficial que interviene en la celebración del matrimonio y del notario que autoriza una escritura pública, pero estoy seguro que son más sus semejanzas. Ambas

⁴⁸⁷ *Id.*, p. 41.

⁴⁸⁸ F. DE CASTRO Y BRAVO: *Op. cit.*, *El negocio jurídico...*, pp. 346-347.

⁴⁸⁹ J. I. CANO MARTÍNEZ: *Op. cit.*, *La exteriorización...*, p. 190. No siempre, agrega el autor, que mediante el acuerdo oculto se elimine una obligación o deber legal propio del matrimonio, habrá simulación. Para ello es menester que los contrayentes erradiquen uno o más de sus deberes esenciales, como la igualdad de los cónyuges, el respeto y auxilio mutuos, la cohabitación, la fidelidad, etc. (*Id.* p. 191).

son funciones públicas y las intervenciones de uno y otro constituyen solemnidades esenciales de los actos en que participan. Asimismo, ninguno de ellos está en capacidad de conocer las intenciones de quienes comparecen ante su presencia, ni dar fe de que lo declarado ante ellos corresponde verdaderamente a lo querido por los declarantes. El oficial del registro civil sabe sobre la real intención de Sergio y María de contraer matrimonio, tanto como el notario acerca de la auténtica intención de Pedro y Juan de vender y comprar. Y no hay argumento jurídico ni lógico alguno que pueda desmentir este aserto.

Quienes cuestionan la posibilidad de la simulación en el matrimonio ponen un entusiasta acento en las frases sacramentales que utiliza el oficial público para deducir de su “declaración” (“los *declaro* marido y mujer”) o “pronunciamiento” (Bonnecase), la coloratura *constitutiva* de su actuación en el ritual matrimonial. He ahí el monumental argumento: el oficial *declara*, el notario no. El notario da fe que Juan vende su finca a Pedro, pero no “declara” ni “pronuncia” la venta de la finca.⁴⁹⁰

Sin embargo, me pregunto si aquello es verdaderamente importante; ¿cambiarían las cosas si el ritual de la escritura pública exigiera que al final el notario *declare* celebrado el negocio jurídico que aquella contiene o que Juan y a Pedro son, respectivamente, vendedor y comprador (“los declaro vendedor y comprador, en nombre de la ley”) ¿Significaría entonces que tal declaración es constitutiva, que el notario se hace parte del contrato de compraventa, lo *integra*

⁴⁹⁰ Sobre este punto y en relación con los notarios, el Tribunal Supremo ha dicho que “la eficacia de los contratos otorgados ante Notario no alcanza a la verdad intrínseca de las declaraciones de los contratantes, ni a la intención o propósito que oculten o disimulen, porque esto escapa a la apreciación notarial, dado, que evidentemente, el documento jurídico da fe del hecho y de la fecha, es decir lo comprendido en la nulidad del acto, pero no de su verdad intrínseca” (SS. 20 de julio de 1993, RJ 1993/6168, 4 de febrero de 1994, RJ 1994/975, 8 de febrero de 1995 [análoga a RJ 1995/8911; que “respecto a la alegación que la intervención del notario en la subasta de las acciones reforzaba la presunción de buena fe de los recurrentes, debe recordarse que las sentencias de 21 de septiembre y 31 de diciembre de 1998, 16 de marzo de 2001, 10 de julio de 2002 (RJ 2002-8242) y 22 de noviembre de 2004 (RJ 2004-7381) declaran que la fe notarial abarca el hecho y la fecha, pero no la veracidad intrínseca de las declaraciones que obran en los instrumentos públicos.” (S. 739/2005 de 18 octubre, RJ 2005/7218); y que la simulación “se produce cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, por responder éste a otra finalidad jurídica distinta sin que se oponga a la apreciación de la simulación el que contrato haya sido documentado ante fedatario público” (S. 89/2003 de 13 febrero, RJ\2003\1046).

(Ferrara), en nombre del Estado, lo transforma en una *fattispecie complessa* (Cariota Ferrara); que la voluntad de comprador y vendedor pasan a ocupar un lugar secundario, en la trastienda del negocio, y que, finalmente, por todo ello, una tal compraventa no podría ser simulada?

O, a la inversa, ¿sería distinta la naturaleza de las cosas si el matrimonio se celebra ante notario, como en Colombia (artículo 1º del Decreto 2668 de 1998), y se solemniza por el otorgamiento de la correspondiente escritura pública que no difiere de las que se otorgan para perfeccionar otros contratos solemnes, por lo que luego del ritual previsto por la ley simplemente los contrayentes y el notario firman el instrumento?⁴⁹¹

Pero todavía puede agregarse algo más. Aun suponiendo que la intervención del funcionario público constituya un acto estatal que tiene virtud *creadora* de efectos jurídicos, ello de ningún modo significa que el matrimonio no pueda anularse. De hecho, se lo hace en ciertas hipótesis de error (p. ej., en la identidad del otro contrayente: artículo 73.4º Cc) en los que se produce una discordancia accidental entre la intención y la declaración de voluntad de uno de los contrayentes. Allí no se dice que la intervención *constitutiva* del oficial público es obstáculo para destruirlo. ¿Por qué habría de serlo cuando la discordancia es de mayor bulto por el ingrediente doloso que contiene el acuerdo simulatorio de los contrayentes?

57. Una nueva tesis que excluiría la simulación matrimonial: *el vaciamiento del concepto de matrimonio*. Regreso sobre el consentimiento matrimonial.

⁴⁹¹ Artículo 6º del Decreto 2668 de 6 de diciembre de 1988: *En la escritura que contenga el contrato matrimonial se expresará el nombre, apellido, e identidad de los contrayentes, lugar y fecha de nacimiento, nacionalidad y domicilio, la circunstancia de viva voz ante el notario, previo interrogatorio de éste, de que mediante el contrato de matrimonio libre y espontáneamente se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente y que no existe impedimento para celebrarlo. Así mismo, se harán constar las legitimaciones a que hubiere lugar. Presentes los contrayentes y el notario, éste leerá personalmente la escritura, y será suscrita por los intervinientes y el notario en un solo acto.*

Atención especial merece una reciente tesis desarrollada por Martínez de Aguirre,⁴⁹² según la cual las reformas de las leyes 13/2005 de 1 de julio, sobre el derecho a contraer matrimonio, y 15/2005 de 8 de julio, sobre separación y divorcio, han significado un “vaciamiento del concepto de matrimonio” que pone en entredicho la posibilidad de simulación en esta materia.

El punto de partida de esta tesis es que, como consecuencia de dichas reformas, “el concepto legal de matrimonio ha perdido buena parte de los contenidos que servían para identificarlo.”⁴⁹³ En efecto, se dice, la posibilidad de que lo contraigan personas del mismo sexo y de un divorcio que no requiere expresión de causa han destruido el concepto tradicional de unión indisoluble entre un hombre y una mujer. A ello se suma la circunstancia de que desde hace tiempo su objeto, es decir, las obligaciones y deberes que la ley impone a los cónyuges (convivencia, fidelidad, etc.) son incoercibles, a nada obligan realmente; no son propiamente jurídicos, sino deberes de naturaleza ética, moral o social,⁴⁹⁴ con muy pocas salvedades como la obligación de socorro.

Producto del nuevo estatuto el único contenido actual del matrimonio sería, según esta tesis, el de “unión de dos personas dirigida a la mutua ayuda de ambas”, concepto por demás inespecífico que “podría convenir a muchas realidades difícilmente conceptuales como matrimonio.”⁴⁹⁵

⁴⁹² Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE: *El nuevo matrimonio civil*. En *Novedades legislativas en materia matrimonial* (Dir. Carlos Martínez de Aguirre). Estudios de Derecho Judicial, N° 130, Ed. Cendoj, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

⁴⁹³ *Id.*, p. 22.

⁴⁹⁴ *Id.*, p. 30. No es este, sin embargo, el criterio del Tribunal Supremo, que en la sentencia 701/1999 de 30 de julio (RJ 1999/5726) dijo que “ el legislador ha elevado a la categoría de derecho positivo, el criterio moral y social de la fidelidad y al que se refiere la Sentencia (recurrida) en el sentido de que la conducta de la demanda-apelante (sic) merece el reproche ético y social, y es además la infracción del deber establecido en nuestro Código Civil en su artículo 68, Doña Angeles ha incumplido sus deberes como cónyuge a que le obliga el artículo 68, siendo infiel a su esposo. Y ésta es una obligación contractual, que tiene su origen en el contrato de matrimonio y que ella viene obligada a cumplir. Si no lo cumple, con independencia de otras consecuencias, está incurso en causa de separación porque así además lo ha querido el legislador en su artículo 82.1 (derogado en 2005). Si sólo hubiera querido que la infidelidad fuera causa de separación, no lo habría incluido en el artículo 68, sino tan sólo en el artículo 82. El hecho de que el adulterio y amancebamiento hayan sido desprovistos de su tipificación penal no implica que la conducta tipificada en ellos, no produzca ya daños morales.”

⁴⁹⁵ *Id.*, p. 21.

Una afirmación clave de esta posición es que “ha sido el propio legislador quien al vaciar de contenido y finalidad propios el concepto de matrimonio para permitir que sean los ciudadanos que lo diseñen a medida de sus preferencias,” ha permitido también que ese diseño pueda incluir las múltiples finalidades que suelen señalarse cuando se habla de matrimonios de complacencia o simulación matrimonial.⁴⁹⁶

Obviamente si se predica que el matrimonio ha perdido sus contenidos esenciales, si carece de objeto, porque ya no tiene obligaciones ni deberes propiamente jurídicos, resulta bastante lógico, para quienes sostienen esta tesis, que hoy día “lo característico del consentimiento matrimonial no es la voluntad de asumir las obligaciones propias del matrimonio (que no las habría),⁴⁹⁷ de manera que “la exigencia de matrimonialidad en el consentimiento de los cónyuges pierde paralelamente sentido desde el punto de vista del derecho positivo,”⁴⁹⁸ y el vínculo matrimonial puede contraerse legítimamente con cualquiera finalidad que deseen los cónyuges, como la de obtener la nacionalidad o el permiso de residencia, entre muchas otras, que resultarían más relevantes que los específicamente matrimoniales. Con ello desaparecería la *fattispecie* de la simulación matrimonial.

Hay que reconocer el rigor formal y material de la argumentación de Martínez de Aguirre, lo que hace muy respetable la tesis del *vaciamiento* de contenido del matrimonio, aunque no se la comparta porque, en el fondo, es tributaria de un enfoque tradicional muy conocido sobre el instituto. A mi juicio la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo y del divorcio sin expresión de causal, son avances notables en la ruta de la expansión de los derechos. Lo primero reduce los espacios de la discriminación respecto de lo diverso, mientras que lo segundo saca del escenario judicial al traumático divorcio “culpable”, luego del cual los ex cónyuges terminan mas agraviados que cuando comenzó su crisis matrimonial. En definitiva, creo yo, es una tema que tiene de positivo o de negativo lo que el observador quiera ver desde su posición

⁴⁹⁶ *Id.*, p. 41.

⁴⁹⁷ *Id.* p. 38.

⁴⁹⁸ *Id.* p. 40.

ideológica: si al matrimonio se lo ha *vaciado* o más bien se lo ha enriquecido con las reformas del 2005; algo así como apreciar si un vaso con agua hasta la mitad está medio vacío o medio lleno, según como quiera mirárselo.

Pero como quiera que sea, no me parece que lo discutido constituya un golpe de gracia a la posibilidad de la simulación en esta materia. No hay una relación mecánica entre la supuesta reducción de los contenidos del matrimonio y la pretendida ampliación del contenido del consentimiento matrimonial. Y así la hubiera, el consentimiento de los contrayentes deberá recaer siempre sobre el objeto específico del matrimonio que, cualquiera sean los cambios y modalidades, el sexo de los contrayentes, la facilidad del divorcio, la posibilidad de procrear, etc., siempre será la *affectio maritalis*, o decisión esencial de ser un matrimonio, de vivir como marido y mujer; y habrá simulación, por tanto, cada vez que se lo celebre con un consentimiento que no corresponde a esta *affectio*, para producir una apariencia engañosa con la finalidad de alcanzar ilegítimamente algunos de sus efectos.

Sobre este contenido sustancial del consentimiento matrimonial hay en el país una doctrina sumamente consistente, tanto entre los autores tradicionales, como Lacruz Berdejo,⁴⁹⁹ cuanto en otros que más recientemente se han ocupado con detenimiento en el tema de la simulación en el matrimonio, entre ellos, García Zúñiga,⁵⁰⁰ Hernández Caballero⁵⁰¹ García Vázquez y Goizueta Vértiz,⁵⁰² y en las instituciones encargadas de evitarla en el ámbito de los matrimonios de complacencia celebrado por ciertos nacionales de otros países con el propósito

⁴⁹⁹ J. L. LACRUZ BERDEJO *et al.*: *Op. cit.*, *Elementos...*, Tomo IV..., p. 53: "El matrimonio simulado es inválido, por el art. 45,1º y por el 73,1º, que declara nulo "cualquiera que sea la forma de su celebración el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial"; y es claro que el precepto se refiere al consentimiento interno y al matrimonio con sus elementos y propiedades esenciales."

⁵⁰⁰ Rocío GARCÍA ZÚÑIGA: *Los matrimonios de conveniencia como fraude de ley*. Ponencia presentada a la I Jornada de Derecho de familia internacional. "La adopción internacional y los matrimonios de conveniencia." Facultad de Derecho de A Coruña, 6 y 7 de abril de 2006. www.porticolegal.com/pa_articulo.php.ref294).

⁵⁰¹ María José HERNÁNDEZ CABALLERO: *El ejercicio del ius connubii por parte de los no nacionales. El matrimonio simulado*. En Actualidad Civil Nº 17 - 1ª quincena de Octubre de 2005.

⁵⁰² Sonia GARCÍA VÁZQUEZ y Juana GOIZUETA VÉRTIZ: *El "ius connubii" como elemento de controversia constitucional en el marco del derecho de extranjería: la inconstitucionalidad de los controles sistemáticos por razón de nacionalidad* (ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/7421/1/)

de obtener la nacionalidad española, la residencia o la reunificación familiar en el país. Me refiero a la Dirección General de los Registros y Notarías y a la Fiscalía General del Estado.

Para García Zúñiga “El consentimiento, es el elemento esencial del matrimonio y de él depende no sólo su validez sino también su existencia, lo que le hace estar íntimamente ligado al tema de la nulidad matrimonial, que es la que afecta a los matrimonios por conveniencia donde el consentimiento emitido por los contrayentes, es claramente simulado.”⁵⁰³ García Vázquez y Goizueta Vértiz, por su parte, precisan que en estos matrimonios de complacencia se emite el consentimiento, por una o por ambas partes, de forma que resulta legal, pero sin que exista correspondencia con un consentimiento interior “o, lo que es lo mismo, sin una voluntad efectiva de contraer matrimonio,” por lo que están afectados por una causa de nulidad de pleno derecho.⁵⁰⁴

En la Instrucción de 31 de enero de 2006 *sobre los matrimonios de complacencia*, la Dirección General de los Registros y Notarías⁵⁰⁵ señaló que es “por la estricta tipificación legal del contenido de la relación jurídica matrimonial por lo que el artículo 45 (C. civil) exige no un consentimiento cualquiera, sino precisamente un «consentimiento matrimonial», esto es, un consentimiento dirigido a crear una comunidad de vida entre los esposos con la finalidad de asumir los fines propios y específicos de la unión en matrimonio, esto es, el fin

⁵⁰³ R. GARCÍA ZÚÑIGA: *Op. cit., Los matrimonios de conveniencia...*(p.s/n): “La inexistencia del consentimiento –enfatisa la autora- se manifiesta cuando no se produce su exteriorización mediante la correspondiente declaración o exteriorización del mismo, pero también cuando este es simulado, es decir, cuando existe una discordancia en el agente entre la voluntad interna y la declarada, de modo que el contrayente consiente externamente el matrimonio pero internamente no quiere contraerlo (...) Por tanto, el consentimiento matrimonial es existente, auténtico y verdadero, cuando los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo persiguen con dicho enlace, fundar una familia y es simulado, y por tanto es nulo el matrimonio por simulación, cuando los contrayentes se unen excluyendo asumir, las finalidades, propiedades o elementos esenciales del mismo.”

⁵⁰⁴ S. GARCÍA VÁZQUEZ y J. GOIZUETA VÉRTIZ: *Op. cit., El “ius connubi”...*(p.s/n)

⁵⁰⁵ BOE Nº 41 de 17 febrero 2006. Agrega la Instrucción 2006-DRGN que no deben inscribirse o autorizarse los matrimonios celebrados “bien contra la voluntad de uno o de ambos contrayentes, bien sin el consentimiento real de los mismos o de alguno de ellos, como sucede en los supuestos de simulación, pues la caracterización legal del consentimiento como «matrimonial» determina la exclusión en nuestro Derecho en esta materia de una suerte de consentimiento abstracto, descausalizado o desconectado de toda relación con la finalidad institucional del matrimonio”.

práctico de los contrayentes no puede ser otro que el de formar un «consortium omnis vitae» (Modestino, D.23,2,1).⁵⁰⁶

A su vez, la Circular 1/2002, de 19 de febrero, *sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería*, de la Fiscalía General del Estado, se refirió al sentido de los artículos 45 y 73.1º Cc., entendiendo que “el consentimiento necesario para contraer matrimonio ha de referirse al objeto característico de éste, es decir, las obligaciones contempladas en los arts. 67 y 68 CC. Por tanto, si la voluntad de los contrayentes no contempla los deberes de convivencia, fidelidad y respeto y ayuda mutuos, no existe consentimiento matrimonial, estando ante lo que la doctrina civilística denomina negocio simulado, por no corresponder la voluntad real de los contrayentes con la exteriormente expresada.”⁵⁰⁷

58. ¿Matrimonio fiduciario?

Tampoco es convincente el argumento esgrimido por autores como Grasseti, citado por Gangi, según el cual los casos que suelen discutirse como matrimonios simulados no son tales y corresponden más bien a hipótesis de matrimonios *fiduciarios*, porque las partes no buscan crear sólo la apariencia de un vínculo matrimonial, sino que desean contraerlo realmente para adquirir el estado de cónyuges, así sea temporalmente y sólo como medio para la consecución de un fin que no podría lograrse de otra forma; y, por tanto, con la intención de no hacer del estado adquirido de cónyuge un uso que esté en contradicción con la limitación del fin.⁵⁰⁸ Gangi cuestiona esta tesis por las mismas razones que se opone a la admisión del matrimonio simulado (*Vid* nota 477).

⁵⁰⁶ Instrucción 2006-DGRN, párrafo III. *El matrimonio como negocio jurídico y el consentimiento como elemento esencial del mismo.*

⁵⁰⁷ Circular 1/2002-FGE, párrafo II. *Tratamiento en el ámbito civil de la inmigración ilegal: actuación del ministerio fiscal ante los matrimonios simulados.*

⁵⁰⁸ C. GANGI: Op. cit., *Derecho matrimonial...*, p. 65.

A mi juicio la opinión de Gasseti no convence, primero, porque el negocio fiduciario, cualquiera sea la posición que se adopte sobre su controvertida naturaleza jurídica, es una construcción que pertenece al dominio de los asuntos patrimoniales y se configura cuando las partes, para conseguir el fin jurídico que pretenden (p. ej., garantizar el cumplimiento de una obligación), llevan a cabo un negocio de confianza cuyos efectos típicos no guardan relación alguna con el primero (p. ej., la venta de un bien al acreedor, con la obligación de restituirlo cuando se cumpla la obligación), de manera que uno de sus rasgos más relevantes es la desequilibrada discordancia entre la finalidad económica perseguida y el medio jurídico empleado.⁵⁰⁹ Supone, por consiguiente la celebración de dos negocios sucesivos con una finalidad unitaria, siguiendo un curso que podríamos llamar figuradamente de ida (p. ej., la venta) y de regreso (p. ej., la restitución), nada de lo cual se da en el caso del matrimonio simulado.

Por otro lado, es cierto que en el matrimonio simulado generalmente se persigue una finalidad concreta que permanece encubierta por el acto aparente o, dicho de otra manera, la producción de determinados efectos del matrimonio (la posibilidad de un matrimonio ficticio sin otra finalidad que la de construir una ficción, es más bien teórica), pero eso nos habla de una simulación relativa que, preciso es admitirlo, suele confundirse con el negocio fiduciario cuando no se tiene en cuenta que la fundamental distinción entre ambas figuras reposa en la finalidad de engaño a terceros que no concurre en el negocio fiduciario pero que, en cambio, es el alma del simulado; y esto es lo que ocurre precisamente en el matrimonio simulado, planificado y celebrado con miras a obtener un beneficio mediante el engaño.

⁵⁰⁹ El carácter patrimonial es una de las particularidades del negocio fiduciario, como especie de los negocios aparentes que, dada su amplia variedad, pueden incluir también negocios extrapatrimoniales. IHERING cita varios casos de matrimonios *aparentes* en el derecho romano, haciendo notar que muchísimos de ellos fueron originalmente actos simulados que quedaron como costumbres y tomaron carta de naturaleza entre los (...) actos aparentes. Casos emblemáticos eran el del divorcio simulado para burlar la prohibición legal de donaciones entre cónyuges o la compraventa para ocultar la donación. En contra M. DAGOT: *op. cit., La simulation en Droit privé...*, p. 236.

59. La aceptación del matrimonio simulado.

La doctrina de la simulación del matrimonio nada tiene de novedosa. Se encuentra en los Comentarios de Gayo a la ley *Julia y Papia: simulatae nuptiae nullius momenti sunt*.⁵¹⁰ Ihering lamenta la frecuencia con la que se abusaba de las relaciones de familia en Roma, para celebrar emancipaciones, adopciones y matrimonios simulados. En el caso del matrimonio, comenta que la simulación debió ser muy frecuente en la época antigua, al punto de que los censores debieron imponer un juramento a los contrayentes en el sentido de que celebraban el matrimonio con una intención formal.⁵¹¹

También en el Derecho canónico. El canon 1101, luego que su §1 presume que el consentimiento interno de la voluntad está conforme con las palabras o signos empleados al celebrar el matrimonio, agrega en su §2: que tal presunción se destruye y el matrimonio se contrae inválidamente *si uno de los contrayentes, o ambos excluye con un acto positivo de la voluntad (pars positivo voluntatis actus) el matrimonio mismo, o un elemento esencial del matrimonio o una propiedad esencial (vel matrimonii essentielle aliquod elementum, vel essentialem aliquam proprietate)*.⁵¹²

Este último dato es de importancia mayor en el debate que nos ocupa y pone a la vista una situación particularmente curiosa. La iglesia católica es una de las más tenaces defensoras de la indisolubilidad del matrimonio, al que concibe como un consorcio de toda la vida “elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento” (canon 1055 §1). Este *sacramento* se administra por un ministro del culto que actúa en nombre y representación de la divinidad que lo instituyó. Ni la

⁵¹⁰ D. L. XXIII, T. II, § 30.

⁵¹¹ R. VON IHERING: *Op. cit.*, *El espíritu del derecho romano...*, p. 981.

⁵¹² Código de derecho canónico. 7ª edición actualizada, a cargo del Instituto Martín de Azpilcueta, Ediciones Universi S.A., Pamplona 2007. Es interesante el comentario puesto al pie de este canon, en el que se explica que “lo corriente es que los contrayentes expresen al exterior –de ahí la razón de la presunción–, sin embargo también puede darse la discrepancia (simulación en sentido amplio) y por ello la presunción admite prueba en contrario.” se distingue entre simulación total y simulación parcial, para precisar las formas en que pueden presentarse en cada caso los actos positivos de exclusión de la voluntad (*positivo voluntatis actu*)

férrea tesis de la indisolubilidad ni el severo (casi sacro) carácter de quien oficia el matrimonio son obstáculos para que el Derecho canónico admita la posibilidad de una simulación como vicio del acto, lo que a mi juicio priva de autoridad, entre otros, al anacrónico argumento de quienes se oponen a figura porque pone en riesgo la indisolubilidad del matrimonio, postulado que, por añadidura, ha sido abandonado por los ordenamientos jurídicos y queda como un simple dato histórico en la agenda del derecho de familia contemporáneo.

Aparte del canónico, son muy pocos los códigos que se han ocupado de regular la simulación matrimonial. Entre ellos, el BGB cuyo § 1314.2.5 declara nulo el matrimonio cuando *ambos cónyuges estaban de acuerdo, al contraer matrimonio, en no querer establecer las obligaciones del § 1353, apartado 1*, es decir, de los deberes conyugales recíprocos de convivencia y de responsabilidad. Sin decirlo expresamente este texto alude inequívocamente a la simulación, que en el caso particular del matrimonio, consiste precisamente en contraerlo con miras a finalidades distintas de las que constituyen sus efectos propios.

Posiblemente una hipótesis similar pueda incardinarse en la norma del artículo 742.1 del Código civil japonés, según el cual es nulo el matrimonio *Cuando los contrayentes no hubieran tenido voluntad de contraerlo a causa de error en la identidad de la persona o por otras causas*. Entre aquellas “otras causas” que determinan la falta de voluntad para contraer matrimonio, podrían enrolarse las muchas motivaciones que suelen dar lugar a los matrimonios simulados.

Pero son los códigos civiles de Portugal y de Italia, este último luego de la reforma del derecho de familia por ley de 19 de mayo de 1975, los que han encarado directamente el tema en sus artículos 1635 y 123, respectivamente.⁵¹³ El primero contempla la anulabilidad del matrimonio por falta de voluntad *quando tenha sido simulado* (artículo 1635.d). El italiano, bajo el epígrafe de *simulazione*,

⁵¹³ La reforma de la Ley Nº 93-1027 de 24 de agosto de 1993 que incorporó el artículo 190-1 al Código civil de Francia, permitiría incardinar la simulación matrimonial en la figura de fraude a la ley:

Artículo 190-1. El matrimonio celebrado en fraude de la ley puede ser anulado a solicitud del cónyuge de buena fe o del ministerio público, presentada en el año del matrimonio.

dispone que *Il matrimonio può essere impugnato da ciascuno dei coniugi quando gli sposi abbiano convenuto di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti da esso discendenti./ L'azione non può essere proposta decorso un anno dalla celebrazione del matrimonio ovvero nel caso in cui i contraenti abbiano convissuto come coniugi successivamente alla celebrazione medesima.*⁵¹⁴.

⁵¹⁴ En la doctrina italiana la cuestión continúa discutiéndose con intensidad, a pesar del artículo 123 del *Código*. Desde luego parecería que la nueva controversia no debería incursionar en aquello que se argumentaba antes de la aprobación de dicho artículo en 1975, por haber sido supuestamente superado, pero se observa que la vieja oposición al matrimonio simulado sobrevive con bastante vigor, enfocada ahora en reconstruir el significado del artículo 123 a efectos de demostrar que lo que allí se disciplina bajo el rotundo título de *simulazione*, no es técnicamente una hipótesis de matrimonio simulado, para lo cual se reciclan argumentos como la presencia del oficial del registro civil. Los debates parlamentarios que tuvieron lugar durante la discusión de la norma, alrededor de la utilización del término *simulazione*, alientan a quienes propician esa interpretación. Enrico PEREGO (*Op. cit., La simulazione nel matrimonio civile...*, p. 1, nota 1) hace una breve pero ilustrativa exposición sobre el debate parlamentario de febrero de 1975 sobre este preciso punto. En ella nos dice que el senador Arena propuso sustituir dicha expresión *simulazione* por la de *Inattuazione concordata del rapporto coniugale*, frente a lo cual el senador Agrimi, reconociendo que hay diferencias entre esta particular *fattispecie* e instituto, si se puede llamarlo así, general de la simulación, es preferible el término *simulazione*, aunque no perfectamente apropiado, y calificó como “poco elegante” el epígrafe propuesto por el senador Arena. Por otro lado, una primitiva propuesta a la Cámara se refería a la impugnación *quando uno o entrambi i coniugi hanno simulato il consenso*, siendo posteriormente eliminada la referencia a la simulación en el texto (*id.*, p. 9).

El cuestionamiento que ha originado el artículo 123 se incardina con la semejanza –o distanciamiento– que guarda la *fattispecie* allí disciplinada, con la simulación negocial descrita en el artículo 1414 *Código*, que es, sin duda, la arquitectura modélica de la figura. Se predica entonces que si bajo el título de *simulazione* el artículo 123 disciplina un hecho que no es análogo a la *fattispecie* del 1414, tal hecho no puede ser calificado científicamente como simulación y el mencionado título sería sencillamente un error legislativo. Según PEREGO la doctrina más autorizada concluye que el artículo 123 simplemente pone de relieve una declaración de voluntad que sin ser ficticia tiende a excluir el núcleo esencial que constituye la causa misma del matrimonio (*Id.*, p. 119).

La nueva norma, por consiguiente, no aludiría a una hipótesis de simulación pues el hecho de que los contrayentes excluyan determinados derechos implica que existe la voluntad real de contraer matrimonio. Se ha replanteado entonces la tesis del matrimonio fiduciario, que tenía buena acogida antes de la reforma de 1975 para explicar los matrimonios celebrados como *mezzo a fine* para obtener determinados efectos jurídicos no realizables de otra manera.

En este sentido Grassetti argumenta que en el llamado matrimonio simulado existe la intención positiva de producir un efecto jurídico propio del *status* conyugal, por lo que desde luego queda excluida la simulación absoluta, a la vez que tampoco habría simulación relativa porque no existe un negocio disimulado bajo el supuesto matrimonio aparente (GRASSETTI: *Il matrimonio fiduciario*, en *Studi in onore di Antonio Cicu*, Milano, 1951, p. 580, nota 26. Cit. por E. PEREGO: *Id.*, p. 6).

También se ha recurrido a la figura del abuso del derecho, con el argumento de que el ordenamiento jurídico contempla el derecho y libertad para contraer matrimonio con un fin específico, cual es la formación de la familia, de suerte que el matrimonio instrumental, contraído con un fin divergente, es abusivo.

La doctrina se muestra cada vez más favorable a la tesis. Buena parte de los argumentos que le sirven de apoyo ya han quedado expuestos en la revisión crítica de la doctrina que se opone a la figura. Los Mazeaud no dejan dudas al respecto cuando se refieren a la presunción que opera a favor del consentimiento matrimonial, y que en los casos de simulación “los futuros esposos deben destruir por la prueba en contrario; sin duda esa prueba puede realizarse por todos los medios; pero el tribunal deberá exigir al menos presunciones de hecho muy serias.”⁵¹⁵ Gangi, por su parte, cita algunas sentencias de tribunales italianos y belgas de la década de los cuarenta del siglo pasado, que no vacilaron en declarar la nulidad por simulación de matrimonios contraídos no ya para constituir entre los cónyuges un verdadero y propio estado matrimonial, sino, en los casos propuestos, únicamente para la adquisición por parte de uno de ellos de la ciudadanía del otro, evitar el internamiento o la deportación, o de sustraerse al servicio obligatorio del trabajo, o de esquivar persecuciones políticas o raciales, o de obtener un pasaporte, etc.⁵¹⁶

La tesis del matrimonio fiduciario, que desde un punto de vista técnico supone un matrimonio real y válido, se contradice con la propia disciplina del artículo 132 que prevé la anulabilidad del matrimonio celebrado en las circunstancias allí descritas. Por otro lado, la observación de Grasseti, acertada en lo que se refiere a la simulación absoluta, pierde consistencia cuando omite que existe una variedad de simulación relativa, llamada *parcial*, en la que no se encuentra un negocio disimulado, porque se refiere solamente a uno o más elementos del negocio realmente *querido* por las partes, lo que bien podría decirse del matrimonio simulado en el que se oculta, no un negocio, sino el o los efectos particulares que los celebrantes se proponen alcanzar y que puede ser de muy variado índole.

En cuanto al posible abuso del derecho, que supone la actuación anómala de uno de los sujetos de la relación jurídica en perjuicio de la otra, no se ve de que manera podría incardinarse en un supuesto en el que ambas partes actúan concertadamente.

Ahora bien, quienes ven en el artículo 123 *Codice* una referencia inequívoca a la simulación del matrimonio, observan que la hipótesis allí descrita cumple con los requerimientos de la simulación absoluta pues se trata de un matrimonio querido para que produzca la apariencia respecto de terceros pero que carezca de efectos entre los contrayentes. En palabras de Finocchiaro, *l'inattuazione* constituiría el objeto del acuerdo simulatorio. (A. y M. FINOCCHIARO. Cit. por E. PEREGO, id. 33.).

⁵¹⁵ H., L. y J. MAZEAUD: *Op. cit., Lecciones...*, Parte Primera, Vol. III, p. 101.

⁵¹⁶ C. GANGI: *Op. cit., Derecho matrimonial...*, p. 64. El autor menciona los siguientes fallos: Trib. Génova, 29 de mayo de 1946 (*Giur. it.*, 1949, I, 2, 369); Trib. Mondovì, 13 de julio de 1949 (*Foro it.*, 1950, 1, 1393); Trib. Firenze, 17 de abril de 1950 (*Foro it.*, 1950, 1, 1293); Trib. Bruxelles, 7 de abril de 1945 (*Revue Critique de Jurispr. belge*, 1947, pág. 31); Trib. del Sena, 7 de enero de 1948 (*Revue trim. de Dr. civ.*, 1948, página 461). Sin embargo, el autor finalmente se inclina por la validez del matrimonio en estas circunstancias: “...como ya he advertido antes, la simulación, igual que la reserva mental, por la razón también indicado anteriormente, no puede volver inválido el

Para Dagot el punto no ofrece dudas, ya que se está ante un acto en el que las partes han creado una apariencia que no corresponde a la realidad, con el propósito de engañar a terceros: esta apariencia es un matrimonio que no constituye propiamente un acto jurídico, la realidad es la ausencia de matrimonio; “se trata de un caso de simulación absoluta, de creación de una ficción.”⁵¹⁷

La hipótesis de matrimonio simulado se diferencia de otras figuras con las que se lo ha querido relacionar, como son las del matrimonio condicional⁵¹⁸ y de aquellos en los cuales no puede realizarse el fin normal del instituto, por ejemplo, el matrimonio *in extremis*, el póstumo⁵¹⁹ o el de personas ancianas, porque en todos ellos existe la real intención de contraerlo aunque en la práctica, no en la intención, no se produzcan todos o parte de sus efectos propios.

En la doctrina española parece minoritaria la corriente que desestima la simulación matrimonial. Puig Peña, luego de comentar su admisibilidad en el Derecho canónico, la niega en el Derecho civil, tanto porque nada dice sobre ella el artículo básico sobre vicios del consentimiento, cuanto por “la necesidad de que las actuaciones del estado civil sean seguras.”⁵²⁰

La mayor parte de sus autores se pronuncia en sentido contrario. Lacruz Berdejo admite la simulación en el matrimonio con fundamento en su carácter de negocio bilateral: “Como la simulación requiere el acuerdo simulatorio, no cabe hablar de la misma sino en relación a los negocios bilaterales o plurilaterales,

matrimonio, tales matrimonios deben considerarse válidos con todos los efectos, a pesar de que razones de equidad y de humanidad aconsejen considerarlos inválidos.” (p. 65).

⁵¹⁷ M. DAGOT: *Op. cit.*, *La simulation...*, p. 234.

⁵¹⁸ Son variadas las condiciones que pueden convenirse para la celebración de un matrimonio, buena parte de ellas de carácter religioso. Por ejemplo, un esposo no acepta casarse sino con la condición expresa de que se celebre válidamente un matrimonio religioso; o que se dé cierta educación a los hijos, o se practique una determinada confesión religiosa.

⁵¹⁹ El matrimonio póstumo fue incorporado en el derecho francés por la Ley de 31 de diciembre de 1959 y consta en el actual artículo 171 del *Code* (pár. primero: *El Presidente de la República podrá autorizar, por motivos graves, la celebración del matrimonio si uno de los futuros esposos falleció después de cumplirse los trámites oficiales que indican inequívocamente su consentimiento*).

⁵²⁰ F. PUIG PEÑA: *Op. cit.*, *Compendio...*, Tomo IV, p. 90. Preciso es anotar que esta opinión está vertida en una edición del año 1976, es decir, antes de la reforma de la Ley de 7 de julio de 1981 que introdujo los actuales artículos 45, par. 1 y 73.1º Cc, según los cuales *no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial*, y es nulo *el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial*, respectivamente, que sirven actualmente de fundamento a los partidarios de la invalidación del matrimonio simulado.

como los contratos o el matrimonio;⁵²¹ y en otra parte postula su invalidez con fundamento en los artículos 45,1º y 73.1º Cc, cuyas referencias al consentimiento matrimonial aluden “al consentimiento interno y al matrimonio con sus elementos y propiedades esenciales.”⁵²²

Diez-Picazo y Gullón escriben que hay matrimonio simulado “cuando las partes excluyen deliberadamente la producción de los efectos que el ordenamiento jurídico le atribuye”, pues en tal evento “este acuerdo simulatorio deja desprovisto de todo sentido al consentimiento prestado.”⁵²³ En su monografía sobre la materia, Albaladejo se pronuncia por la procedencia de la simulación en el matrimonio, con una sólida sustentación en la historia de la discusión de la Ley reformativa de 7 de julio de 1981 y las resoluciones de la Dirección General de los Registros.⁵²⁴ Cárcaba Fernández señala que aunque la jurisprudencia nacional no ha conocido casos de simulación matrimonial, los tribunales reconocen la posibilidad de que ocurra, esencialmente para adquirir otra nacionalidad, aun que no precisa las sentencias que se han pronunciado en tal sentido.⁵²⁵

60. Normativa comunitaria y nacional tendiente a combatir el matrimonio de complacencia o simulado para efectos de obtener o conservar la residencia.

La simulación matrimonial ha sido objeto de particular atención en la Unión Europea debido a la frecuencia con la que se la ha utilizado para eludir las normas relativas a la entrada y a la residencia de nacionales de terceros

⁵²¹ J. L. LACRUZ BERDEJO, *et al*: *Op. cit.*, *Elementos...* Tomo I, Vol. III, p. 181.

⁵²² *Id.*, Tomo IV, p. 53.

⁵²³ L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN: *Op. cit.*, *Sistema de Derecho civil...*, Vol. IV, p.81.

⁵²⁴ M ALBALADEJO GARCÍA: *Op. cit.*, *La simulación*, pp. 48-59.

⁵²⁵ M. CÁRCABA FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, *La simulación...*, p. 99.

países.⁵²⁶ De hecho, su normativa sobre la materia es una muestra inobjetable de que el sistema europeo, como tal, ha superado positivamente el debate sobre la posibilidad de simulación en el matrimonio, aunque, por efectos de su competencia y de los requerimientos específicos que ha puesto por delante el fenómeno migratorio, haya limitado sus regulaciones a la cuestión de la residencia de determinados extranjeros.

El de 4 de diciembre de 1997 el Consejo de la Unión Europea dictó la Resolución “sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra matrimonios fraudulentos (97/C’382/01).⁵²⁷ Entre otras materias, dicho cuerpo normativo definió el matrimonio fraudulento como aquel “un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer país que resida regularmente en un Estado

⁵²⁶ “La celebración de matrimonios en un contexto de inmigración –escribe HERNÁNDEZ CABALLERO– es un fenómeno que preocupa sobremanera a las administraciones nacionales tanto en el marco internacional y comunitario como en el español” (María José HERNÁNDEZ CABALLERO: “*El ejercicio del ius connubii por parte de los no nacionales. El matrimonio simulado*”, *Actualidad Civil*, Nº 17, octubre 2005, p. 2055).

Otro tanto sucede en España. “Es un hecho constatado que, los llamados “matrimonios de complacencia” son una realidad en creciente aumento en nuestro país. El número de resoluciones dictadas por la DGRN en relación con tales matrimonios es incontable, especialmente desde el año 1995. Desde entonces, serán cientos los casos de los que conoce anualmente y que son calificados de matrimonios simulados. Ahondando en el ámbito estadístico cabe afirmar que desde 1996 a 2004 se han triplicado los matrimonios en los que uno de los contrayentes es extranjero. Así, si en 1996 fueron 9.198, en el año 2004 esta cifra ha ascendido hasta 30.930 alcanzando los 31.884 en el año 2006, según datos facilitados por el Instituto Nacional de Estadística. Puede, por lo tanto, afirmarse que no solo aumenta año tras año el número de extranjeros empadronados en nuestro país, sino que las cifras de matrimonios entre españoles y extranjeros se han disparado creciendo los matrimonios mixtos a niveles sin precedentes en los últimos años (Sonia GARCÍA VÁZQUEZ y Juana GOIZUETA VÉRTIZ: *El “ius connubii” como elemento de controversia constitucional en el marco del derecho de extranjería: la inconstitucionalidad de los controles sistemáticos por razón de nacionalidad* (ruc.udc.es/dspace/bitstream)).

Sobre el mismo punto dijo la Circular 1/2002, de 19 de febrero de la Fiscalía General del Estado: “La proliferación de los denominados matrimonios «blancos» o de complacencia –celebrados con la única finalidad de regularizar la situación en España de uno de los contrayentes, mediante el matrimonio con quien ya se encuentra legalmente en el país– no es una práctica novedosa, sino que es por desgracia ampliamente conocida y utilizada. Frecuentemente, además, como demuestra la experiencia, este tipo de matrimonios son facilitados por redes organizadas que pretenden de este modo retener a sus víctimas en el negocio de la prostitución, a la vez que captan mediante la recompensa de una cantidad de dinero a incautos o personas sin escrúpulos que estén dispuestos a figurar como futuros esposos en el expediente matrimonial seguido al efecto. Ya la Dirección General de los Registros y del Notariado alertó de este fenómeno mediante su Instrucción de 9 de enero de 1995, sobre normas para tramitar el expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes esté domiciliado en el extranjero.” (I§ II).

⁵²⁷ Diario Oficial nº C 382 de 16 de diciembre de 1997

miembro con un nacional de un tercer país, con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y la residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional de un tercer país, un permiso de residencia o una autorización de residencia en un Estado miembro” (§1); y describió los principales factores que permiten presumir cuando un matrimonio es fraudulento (§2).⁵²⁸

En la Asamblea General de Edimburgo de la Comisión Internacional del Estado Civil, reunida en septiembre de 2004, se decidió la formación de un grupo de trabajo para intercambiar las experiencias y medidas adoptadas para combatir el fenómeno de los matrimonios de complacencia en los distintos países miembros y complementar en el ámbito de los matrimonios de complacencia la Recomendación Nº 9 adoptada en Estrasburgo el 17 de marzo de 2005, sobre el fraude documental en materia de estado civil.

Casi 3 años antes de la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 1997, la DGRN ya se había ocupado del tema mediante la Instrucción de 9 de enero de 1995⁵²⁹ cuyo propósito era encarecer a los encargados de los Registros

⁵²⁸ “2. Los factores que pueden permitir que se presuma que un matrimonio es fraudulento son, en particular:

- el no mantenimiento de la vida en común,
- la ausencia de una contribución adecuada a las responsabilidades derivadas del matrimonio,
- el hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio,
- el hecho de que los cónyuges se equivoquen sobre sus respectivos datos (nombre, dirección, nacionalidad, trabajo), sobre las circunstancias en que se conocieron o sobre otros datos de carácter personal relacionados con ellos,
- el hecho de que los cónyuges no hablen una lengua comprensible para ambos,
- el hecho de que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio (a excepción de las cantidades entregadas en concepto de dote, en el caso de los nacionales de terceros países en los cuales la aportación de una dote sea práctica normal),
- el hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios fraudulentos anteriores o irregularidades en materia de residencia.”

⁵²⁹ BOE de 25 enero 1995 , núm. 21, pág. 2316. Entre sus considerandos, la Instrucción expresó: “Son cada vez más frecuentes los casos en los que un español domiciliado en España pretende contraer matrimonio con extranjero domiciliado fuera de España y hay muchos motivos para sospechar que por medio de estos enlaces lo que se pretende exclusivamente es facilitar la entrada y estancia en territorio español de súbditos extranjeros. Aunque la competencia de este centro directivo no alcanza a la materia relacionada con la extranjería, sí que le corresponde dictar instrucciones sobre el Registro Civil (cfr. artículos 9 LRC [RCL 1957\777 y NDL 25893] y 41 RRC [RCL 1958\1957, 2122; RCL 1959\104 y NDL 25895]) y, concretamente, sobre la tramitación del expediente previo a la celebración del matrimonio, que plantea algunas dificultades prácticas en tales casos y en el que han de extremarse las garantías, formales y materiales, para que el encargado llegue a la convicción de que los interesados intentan realmente fundar una familia y que su propósito no es simplemente, en claro fraude de ley, el de beneficiarse de las

Civiles que se cercioren sobre la veracidad del consentimiento de los contrayentes, para lo cual la instrucción 3ª hizo hincapié en que la audiencia reservada y por separado que debe realizarse a cada contrayente (artículo 246 RRC) “puede y debe servir para que el instructor se asegure del verdadero propósito de los comparecientes y de la existencia en ambos de real consentimiento matrimonial.”⁵³⁰

El 19 de febrero de 2002 la Circular 1/2002 de la Fiscalía General del Estado “sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería”, volvió sobre la materia, para relieves una vez más, en el ordenamiento español, “la proliferación de los denominados matrimonios «blancos» o de complacencia”; e interesar a los fiscales para que extremen su celo, cuando existan datos objetivos que permitan sospechar que se trata de un matrimonio simulado e impedir la celebración de estos matrimonios de complacencia.⁵³¹

Los Reales Decretos 178/2003,⁵³² de 14 de febrero, 2393/2004 de 30 de diciembre⁵³³ y 240/2007 de 16 de febrero⁵³⁴ dispusieron medidas para contrarrestar la utilización de matrimonios simulados celebrados con la finalidad

consecuencias legales de la institución matrimonial sobre la base de un matrimonio en el cual no ha habido verdadero consentimiento matrimonial y que es, en rigor, nulo por simulación.

Aunque los casos más graves de tal nulidad podrán ser corregidos «a posteriori» por medio de la acción judicial que puede ser ejercitada por el Ministerio Fiscal (cfr. artículos 73.1.º y 74 CC), es indudable que «a priori», y en la medida de lo posible, es conveniente adoptar las cautelas oportunas para evitar la celebración de matrimonios nulos que, entre tanto no se pronuncie la nulidad, disfrutarán de las ventajas derivadas de la apariencia matrimonial.”

⁵³⁰ “Un interrogatorio bien encauzado –agregó esta Instrucción– puede llegar a descubrir la intención fraudulenta de una o de las dos partes y en tal caso, sin perjuicio del recurso oportuno, el instructor debe denegar la celebración” (artículo 247 RRC).”

⁵³¹ Para este efecto la Circular instruyó a los fiscales que exijan “un riguroso examen de la concurrencia de los requisitos esenciales para contraer matrimonio durante la tramitación del expediente en el Registro Civil; en particular, a través del trámite de audiencia reservada y por separado de ambos cónyuges”; y ejerciten, llegado el caso, la acción de nulidad “a fin de evitar que los efectos jurídicos que nuestro ordenamiento vincula a la celebración del matrimonio –en atención al carácter fundamental que esta institución desempeña en la sociedad– se apliquen igualmente a quienes no han tenido verdadera intención de contraerlo.”

⁵³² Vigente hasta el 28 de marzo de 2007, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

⁵³³ BOE N.º 6, de 7 de enero de 2005.

⁵³⁴ BOE. N.º 51, de 28 de febrero de 2007.

de obtener o conservar la residencia en el país, o la reagrupación familiar, teniendo principalmente en cuenta que la simulación ordinariamente se manifestaba por la circunstancia de no existir convivencia marital luego de las nupcias o por recurrirse al divorcio al poco tiempo de su celebración.

Por ello los RR.DD 178/2003 y 2393/2004 exigieron, para la residencia en el país, que los cónyuges no se encontraran separados legalmente o de hecho.⁵³⁵ Posteriormente el artículo 9.4. del RD 240/2007 dispuso que en los casos de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, separación legal o cancelación de la inscripción como pareja registrada, de un nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, con un nacional de un Estado que no lo sea, debían acreditarse uno de los siguientes supuestos: *"a) Duración de al menos tres años del matrimonio o situación de pareja registrada, hasta el inicio del procedimiento judicial de nulidad del matrimonio, divorcio o separación legal, o de la cancelación de la inscripción como pareja registrada, de los cuales deberá acreditarse que al menos uno de los años ha transcurrido en España."*

El 31 de de enero de 2006 la DGRN emitió una nueva Instrucción enfatizando en la función el consentimiento matrimonial⁵³⁶ y su ausencia en los matrimonios simulados o de complacencia, que "no son «verdaderos

⁵³⁵ En cuanto a la reagrupación familiar, el artículo 39.1. del D.R. 2393/2004 consignó que *el extranjero podrá reagrupar con él en España a los siguientes familiares:*

a) Su cónyuge, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley.

⁵³⁶ "El matrimonio, como acto o matrimonio «in fieri», es aquel negocio jurídico bilateral que da lugar a la relación jurídica matrimonial, o matrimonio «in facto esse». En tanto que negocio jurídico la declaración de voluntad de los contrayentes es el elemento básico del matrimonio «in fieri» por constituir la fuente de la relación jurídica, relación tipificada por el fin práctico definido para la misma por el ordenamiento jurídico, lo cual supone que el objeto y la causa del matrimonio están fijados de forma invariable y estricta por la Ley. Que el consentimiento de los esposos es el elemento esencial del matrimonio, que éste presenta un carácter intrínsecamente consensual, es cuestión pacífica en nuestra doctrina y ampliamente extendida en el Derecho comparado (en el que los autores que afirman el carácter de acto de Derecho público del matrimonio son minoritarios)" (§ III. *El matrimonio como negocio jurídico y el consentimiento como elemento esencial del mismo*).

matrimonios», sino negocios jurídicos simulados o «matrimonios meramente aparentes», pues no existe un verdadero consentimiento matrimonial” (§ II).⁵³⁷

61. Una escasa jurisprudencia nacional

Entre los pocos casos de jurisprudencia nacional (que por sus fechas obviamente no pudieron incluirse en el excelente estudio de Cárcaba Fernández, editado en 1986), están las sentencias de 13 de noviembre de 2008 de la AP de Valencia, N° 239/2010 de 14 mayo de la AP de Asturias y 9 de noviembre de 2010 de la AP de Alicante.

La sentencia de la AP de Asturias se pronunció por la nulidad del matrimonio contraído por una española y un armenio, sustentada en lo que inicialmente calificó como reserva mental (F.J. SEGUNDO: “es decir, ha quedado debidamente acreditado la existencia de reserva mental”), lo que da cuenta de una incongruencia porque su motivación se endereza a establecer más bien una hipótesis de simulación. En efecto, considera la sentencia que dentro de la causal de nulidad del matrimonio del artículo 73.1 Cc., “se incluye según doctrina jurisprudencial la de la reserva mental, es decir, cuando se comprueba en cualquiera de los contrayentes una discordancia entre lo querido y aquello que se manifiesta, entre la voluntad interna y el consentimiento externo, con la finalidad de obtener determinados propósitos ocultos a través de ese consentimiento

⁵³⁷ Un aspecto crucial en las regulaciones que se proponen combatir el matrimonio simulado mediante el expediente de poner trabas o limitaciones a los celebrados por extranjeros, es su eventual conflicto con el sistema de los derechos humanos, en particular el *ius connubi*, considerado desde antiguo uno de los derechos más sagrados e inviolables de la persona (Circular 1/2002 de 19 de febrero, de la Fiscalía General del Estado), que es un derecho subjetivo de toda persona, español o extranjero (Instrucción de 31 de enero de 2006, de la DGRN). Por ello al aplicar esas regulaciones el Oficial del Registro Civil debe alcanzar una “certeza moral plena” respecto de la simulación (Rocío GARCÍA ZÚÑIGA: *Op. cit.*, *Los matrimonios de conveniencia como fraude a la ley*), criterio que se expone igualmente en la Circular de la Fiscalía General del Estado. Para mayor información y bibliografía sobre esta materia, además de los citados, puede consultarse a Sonia GARCÍA VÁZQUEZ y Juana GOIZUETA VÉRTIZ: *El “ius connubii” como elemento de controversia constitucional en el marco del derecho de extranjería: la inconstitucionalidad de los controles sistemáticos por razón de nacionalidad* (ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/7421/1/); y María José HERNÁNDEZ CABALLERO (*El ejercicio del ius connubii por parte de los no nacionales. El matrimonio simulado*. En *Actualidad Civil* N° 17 - 1ª quincena de Octubre de 2005).

matrimonial.” Entre las características esenciales de la reserva mental, la Audiencia Provincial señala “la gestación consciente en el fuero interno de uno de los contrayentes, o de ambos, de la divergencia entre lo internamente querido y lo declarado,” lo que es un error porque la reserva mental sólo se predica en el primer supuesto (divergencia en el fuero interno de uno de lo contrayentes), mientras que hay simulación en el segundo, es decir, cuando la divergencia tiene lugar por acuerdo de las partes del negocio, en este caso los contrayentes. La incongruencia es tanto más abultada cuanto que la sentencia concluye hablando de *matrimonio de complacencia* y de *matrimonio ficticio o simulado*.⁵³⁸

Las de AP Valencia y AP de Alicante, en cambio, si bien negaron lugar a la simulación en los casos concretos sometidos a su resolución, debido a consideraciones de índole exclusivamente probatorio, sus razonamientos se fundaron en la aceptación de la simulación matrimonial.

En el caso de la SAP de Valencia se consideró que en el proceso “existen elementos de juicio que impiden atribuir al consentimiento matrimonial de los codemandados la condición de simulado” que pretendía el actor con el argumento que se había celebrado solamente para facilitar la obtención de la nacionalidad española por su cónyuge. Entre esos elementos la sentencia refiere el reconocimiento del actor de que conocía a su cónyuge desde hacía varios años, la efectiva convivencia conyugal, el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales

⁵³⁸ “Por las consideraciones expuestas, no entiende este Tribunal que haya existido error alguno en la apreciación y valoración de la prueba practicada y, en consecuencia, procede confirmar el pronunciamiento de la sentencia apelada sobre la concurrencia de la falta de consentimiento, al encontrarnos ante un supuesto de los llamados “matrimonios de complacencia”, fenómeno muy común en los países sometidos a fuerte inmigración, que suponen un matrimonio ficticio o simulado, por cuanto si bien se han cumplido las formalidades externas, ninguno de los contrayentes tienen intención realmente de tomar al otro por cónyuge, y el comportamiento ulterior -no consumación carnal y comunidad de vida-, prueba y atestigua que desviando la institución de su fin propio, se persigue exclusivamente una consecuencia secundaria o accesorio de tal institución; así es supuesto característico el matrimonio con ciudadano extranjero para facilitarle el acceso o el establecimiento en un país o la adquisición de la nacionalidad por el cónyuge aparente. Todo ello supone en nuestro derecho que un enlace de esta clase habrá de ser reputado nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial, conforme a los artículos 45 y 73.1 del Código Civil” (F.J. TERCERO).

y la circunstancia de que la mujer reunía los requisitos para obtener la nacionalidad española sin necesidad de recurrir a un matrimonio simulado.

En el segundo caso, la Dirección General de los Registros y del Notariado había negado la inscripción de un matrimonio celebrado en Cuba por considerar que se trató de un matrimonio de complacencia con el propósito de regularizar la situación en España de la cónyuge de nacionalidad cubana. Planteada la demanda contra la Dirección General para la inscripción del matrimonio, fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia de Alicante. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial la revocó, declaró la validez del matrimonio y ordenó su inscripción, estimando que no había prueba suficiente de la simulación. Me parece importante destacar los puntos más relevantes de esta sentencia:

1) La Audiencia Provincial se alineó con la doctrina favorable al matrimonio simulado, calificando como tal al llamado matrimonio de complacencia. Al efecto dijo que “se trata de matrimonios simulados contraídos entre españoles y extranjeros, normalmente mediando precio, y generalmente con la única finalidad de defraudar las leyes sobre nacionalidad o sobre la residencia en España de estos segundos, de ahí la preocupación de poner freno a estas situaciones y especialmente de dos maneras, bien no autorizando la celebración del matrimonio, o bien impidiendo su inscripción en el Registro Civil.”

2) Radicó el vicio de simulación en la ausencia de consentimiento y dio vía a la simulación absoluta y a la relativa en materia de matrimonio: “El matrimonio es simulado cuando el consentimiento matrimonial se emite por una o por ambas partes en forma legal, pero simulada, esto es, sin una voluntad real y efectiva de contraer matrimonio, excluyendo el matrimonio mismo (simulación total) o un elemento o propiedad esencial del mismo (simulación parcial).

3) Valoró la importancia del *ius connubii* como derecho fundamental de la persona y la presunción de buena fe en la celebración del matrimonio, para exigir una prueba contundente de la simulación, lo que no se dio en el caso, entre otra razones, porque “las preguntas formuladas por el encargado del registro civil consular no son suficientes para considerar que el matrimonio contraído (...) sea

simulado, pues únicamente se le pregunta por meros datos de identidad, sobre fechas existiendo discrepancias entre los contrayentes, no siendo suficientes esta disparidad para considerar que el matrimonio celebrado sea de complacencia.”⁵³⁹

62. Prueba de la simulación matrimonial

La prueba de la simulación en el matrimonio no escapa a las dificultades que ofrece en la generalidad de los negocios jurídicos que admiten esta anomalía, y a lo cual se dedica un capítulo especial (*Vid* Cap. Décimo), de modo que en esta oportunidad me limitaré a exponer algunos criterios probatorios que se ajustan a la particular naturaleza del matrimonio y que se han señalado en los cuerpos normativos destinados a disciplinar la materia.

Desde luego, no es probable que se pueda disponer de medios que permitan la prueba directa de la simulación, a menos que se haya utilizado el poco socorrido expediente de dejar constancia escrita del acuerdo simulatorio, en el que se de cuenta de las reales finalidades del consentimiento matrimonial. Por consiguiente, habrá que recurrir normalmente a la prueba indiciaria y así lo han señalado los autores y los textos normativos que se han expedido para combatir esta modalidad de matrimonios.

Entre estos últimos son de particular importancia por su aportes a la doctrina, los ya citados, la Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección

⁵³⁹ Como indicios invocados por la Dirección General de los Registros y del Notariado para justificar su tesis de la simulación obraban el hecho de que el contrayente español viajó a Cuba poco menos de dos meses antes del matrimonio; que antes de viajar ya tenía toda la documentación necesaria para contraer matrimonio; que otorgó el poder para contraerlo dos días después de haber llegado a Cuba; que hubo contradicciones respecto de la fecha en que los contrayentes se conocieron, pues mientras la cónyuge afirmó que lo hicieron a través de una hermana en el año 2002, el marido manifestó que fue en el año 2004; que este último no conocía el apellido de su suegra a la que le confirió el poder matrimonial, ni del hijo de su cónyuge, respecto de la cual declaró que era viuda en circunstancias de que realmente era soltera. La Audiencia Provincial consideró que esta disparidad de datos no era suficiente para concluir la simulación, al comparárseles con otros como la edad de los contrayentes (39 y 35 años), la efectiva comunidad de vida y la decisión de continuar la relación a pesar de la negativa de inscripción, que “permiten considerar que en el momento de contraer matrimonio si existió consentimiento.”

General de los Registros y del Notariado,⁵⁴⁰ sobre los matrimonios de complacencia, que destinó su párrafo IX al tratamiento de *Las presunciones como medio para acreditar la existencia de un «matrimonio simulado»* y que desde el comienzo advierte sobre *la difícil cuestión de la prueba de la simulación*, lo que hace procedente *acudir al sistema de las presunciones judiciales*;⁵⁴¹ y la Circular 1/2002 de 19 de febrero, de la Fiscalía General del Estado *sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería*, en la que se considera que “el convencimiento del carácter simulado del matrimonio puede obtenerse a través de presunciones” (§ II).

Para tal efecto la Instrucción DGRN-2006 señaló que los indicios o hechos objetivos que sirven de soporte a la presunción pueden desprenderse de las declaraciones de los contrayentes o de terceras personas, de informaciones escritas y de cualquier otro dato consistente, los que deben valorarse con un criterio de equilibrio lo suficientemente fino como para lograr el objetivo de evitar la consumación de un matrimonio aparente sin violentar el derecho fundamental de las personas a contraer matrimonio. Con este propósito hizo público un conjunto de *orientaciones prácticas* dirigidas a los Encargados de los Registros Civiles, en las que se planteó como punto de partida que los datos básicos (indicios) de los que cabe inferir la simulación del consentimiento matrimonial son dos:

a) El desconocimiento por parte de uno o ambos contrayentes de los «datos personales y/o familiares básicos» del otro. Para evitar una apreciación muy subjetiva de este factor la Instrucción contempló cinco reglas básicas para

⁵⁴⁰ BOE Nº 41 de 17 de febrero de 2006

⁵⁴¹ *Las «presunciones homini» -agrega la Instrucción- constituyen, en defecto de pruebas directas, un mecanismo legal que permite deducir, a partir de ciertos datos o indicios (hecho base), la existencia de un «hecho presunto», en el caso que ahora nos interesa la concurrencia o no concurrencia de un auténtico consentimiento matrimonial según la Ley española, esto es, si la voluntad de los contrayentes se dirige a crear una comunidad de vida entre los esposos con la finalidad de cumplir, como se ha dicho antes, los fines propios y específicos de la unión en matrimonio, asumiendo los derechos y deberes consustanciales a tal unión con arreglo a la caracterización de los mismos predeterminada por la Ley.*

comprobar el conocimiento suficiente de los contrayentes sobre los datos personales mutuos.⁵⁴²

b) La inexistencia de relaciones previas entre los contrayentes. Para acreditar este punto, la Instrucción incluyó ocho reglas.⁵⁴³

⁵⁴² Para acreditar la existencia de un conocimiento suficiente de los datos personales básicos mutuos de los contrayentes, deben tenerse presentes estas reglas:

1.^a El Encargado dispone de un necesario margen de apreciación para ajustar las normas jurídicas a los caracteres, circunstancias y rasgos del caso concreto, ponderando necesariamente la equidad en la aplicación de las normas jurídicas.

2.^a No puede fijarse una «lista cerrada» de datos personales y familiares básicos cuyo conocimiento es exigido, pues ello puede depender de las circunstancias del caso concreto. Sí puede, sin embargo, proporcionarse una «lista de aproximación» con los datos básicos personales y familiares mutuos más frecuentes que los contrayentes deberían conocer el uno del otro, utilizando, entre otros, los elementos que proporciona la Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas, de 4 diciembre 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos (DOCE C 382 de 16 de diciembre de 1997).

3.^a El conocimiento de los datos básicos personales de un contrayente por el otro contrayente debe ser un conocimiento del «núcleo conceptual» de dichos datos, sin que sea preciso descender a los detalles más concretos posibles.

4.^a En su caso el «desconocimiento» de los datos personales y familiares básicos de un contrayente respecto del otro debe ser claro, evidente y flagrante. Por tanto, el desconocimiento de un solo, singular y aislado dato personal o familiar básico del otro contrayente no es relevante para inferir automáticamente la existencia de un matrimonio simulado.

5.^a Existen otros «datos personales» del contrayente que son meramente «accesorios» o «secundarios» (p. ej., nombres o edades de familiares del otro contrayente), de modo que el conocimiento o desconocimiento de tales datos personales accesorios no es relevante en sí mismo

⁵⁴³ Para acreditar la existencia de auténticas y verdaderas relaciones entre los contrayentes, deben tenerse presentes estas reglas:

1) Las relaciones entre los contrayentes pueden referirse a relaciones habidas antes o después de la celebración del matrimonio.

2) Las relaciones entre los contrayentes pueden ser relaciones personales (visitas a España o al país extranjero del otro contrayente), o bien relaciones epistolares o telefónicas, o por otro medio de comunicación, como internet.

3) Que los contrayentes convivan juntos en el momento presente o tengan un hijo común es un dato suficiente que acredita la existencia de «relaciones personales».

4) El hecho de que los contrayentes no hablen una lengua que ambos comprenden es un mero indicio de que las relaciones personales son especialmente difíciles, pero no imposibles.

5) El hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios simulados anteriores es un poderoso indicio para creer que este también podría serlo.

6) Que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio, siempre que dicho dato quede indubitadamente probado, es, también, un indicio suficiente de que no existe verdadera voluntad matrimonial; quedando exceptuadas, como hemos manifestado anteriormente, las cantidades entregadas en concepto de dote, en el caso de los nacionales de terceros países en los cuales la aportación de una dote sea una práctica normal.

7) El hecho de que el contrayente extranjero resida en España sin la documentación exigida por la legislación de extranjería. No obstante, de este dato no se puede colegir, automáticamente, la intención simulatoria en la celebración del matrimonio.

Como contrapartida de lo anterior la Instrucción DRGN agrega que aquellos datos o hechos (indicios) relativos al matrimonio que no afectan al conocimiento personal mutuo de los contrayentes, ni a la existencia de relaciones previas entre los contrayentes, carecen de relevancia para inferir de los mismos, aisladamente, la existencia de un matrimonio simulado, sin perjuicio de que en concurrencia con las circunstancias antes enumeradas pueda coadyuvar a formar la convicción del Encargado en sentido positivo o negativo respecto de la existencia de verdadera voluntad matrimonial.⁵⁴⁴

En cuanto a la apreciación y valoración de los indicios que pueden dar cuenta de un matrimonio simulado, tanto la Instrucción DGRN-2006 como la Circular 1-2002 FGE, han tenido en cuenta que la calificación de matrimonio simulado, sobre todo para impedir su celebración o registro, es una actividad en extremo delicada que puede derivar en una violación del *ius connubis* de los extranjeros afectados.⁵⁴⁵ Frente a un riesgo de esta naturaleza algunos autores,

8) Que los contrayentes no convivan juntos o nunca hayan convivido juntos cuando existan circunstancias que lo impidan, como la imposibilidad de viajar por razones legales o económicas, no aporta nada concreto a la investigación.

9) Tampoco que un contrayente no aporte bienes o recursos económicos al matrimonio, mientras que sea el otro contrayente el que contribuya al cien por cien de tales recursos.

10) Que los contrayentes se hayan conocido pocos meses o semanas antes del enlace, o que exista una diferencia significativa de edad, no es, e

n absoluto, determinante para concluir que estamos ante un fraude

⁵⁴⁴ Aunque reconoce que tampoco puede proporcionarse una «lista cerrada» de hechos que por sí solos no relevantes, la Instrucción DGRN enumera como los más frecuentes:

1.º El hecho de que el contrayente extranjero resida en España sin la documentación exigida por la legislación de extranjería. De este dato no se puede inferir, automáticamente, la intención simuladora de los contrayentes en la celebración del matrimonio.

2.º El hecho de que los contrayentes no convivan juntos o nunca hayan convivido juntos cuando existan circunstancias que lo impidan, como la imposibilidad de viajar por razones legales o económicas.

3.º El hecho de que un contrayente no aporte bienes o recursos económicos al matrimonio, mientras que sea el otro contrayente el que aporte el cien por cien de tales recursos, pues en sí mismo, este dato nada dice de una posible intención simuladora de los contrayentes o de la autenticidad del consentimiento matrimonial.

4.º El hecho de que los contrayentes se hayan conocido pocos meses o semanas antes del enlace tampoco dice nada, en sí mismo, sobre la intención simuladora de los contrayentes.

5.º El hecho de que exista una diferencia significativa de edad entre los contrayentes tampoco dice nada por sí sólo acerca de la autenticidad y realidad del consentimiento matrimonial.

⁵⁴⁵ Por una circunstancia similar, de conflicto con un derecho fundamental, la sentencia de 10 de junio de 2004 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo (Roj: STS 3999/2004) declaró la

como García Vázquez y Goizueta Vértiz, afirman que “la solución ha de encontrarse, no en el amontonamiento de pruebas y diligencias previas para cerciorarse de la verdadera voluntad de las partes, porque ello equivaldría a obstaculizar de un modo intolerable un derecho de las personas; sino mas bien, en adoptar medidas represivas *a posteriori* tales como el ejercicio publico de la acción de nulidad en casos extremos, y sobre todo, en poner en marcha mecanismos indirectos dirigidos a evitar que el extranjero obtenga los beneficios fraudulentos que quizás persiga.⁵⁴⁶

La eventualidad de una lesión al *ius connubi* ha sido un aspecto crucial en dichas regulaciones, considerando que este derecho es desde antiguo uno de los más sagrados e inviolables (Circular 1/2002 FGE) y que es un derecho subjetivo de toda persona, español o extranjero (Instrucción de 2006 DGRN).⁵⁴⁷

Por este motivo, en el caso de celebración o registro de un matrimonio, en el ámbito de la Instrucción DGRN, la determinación y valoración de los indicios de simulación “se ha de realizar en forma que permita compatibilizar un doble objetivo: por un lado se ha de garantizar el pleno respeto al «ius nubendi» como derecho fundamental de las personas y, de otro lado, se ha de evitar que la falsa apariencia de matrimonio que resulta en los casos en que el consentimiento

nulidad del inciso "y siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con estos" del párrafo primero del artículo 2 del Real Decreto 178/03 de 14 de febrero (sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo), así como el inciso "y se acredite la convivencia en España al menos durante un año", del apartado 4º del artículo 11.3.C del mismo Real Decreto. Consideró el TS que dichas normas eran disconforme con el ordenamiento comunitario “que no exige dicha unidad de convivencia en los términos de estabilidad y permanencia a que se refiere el inciso del *artículo 2* objeto de impugnación que por ello ha de ser anulado”; y que el miembro de la familia del trabajador emigrante tiene derecho a instalarse con el trabajador sin que pueda exigirse que dicho miembro de la familia de que se trate viva con él permanentemente.

Para mayor información y bibliografía sobre este punto puede consultarse a Rocío GARCÍA ZÚÑIGA: *Op. cit., Los matrimonios de conveniencia como fraude a la ley*; Sonia GARCÍA VÁZQUEZ y Juana GOIZUETA VÉRTIZ: *Op. cit., El “ius connubii” como elemento de controversia constitucional en el marco del derecho de extranjería...*; y María José HERNÁNDEZ CABALLERO: *Op. cit., El ejercicio del ius connubii por parte de los no nacionales*.

⁵⁴⁶ Sonia GARCÍA VÁZQUEZ y Juana GOIZUETA VÉRTIZ: *Op. cit., El “ius connubii” como elemento de controversia constitucional en el marco del derecho de extranjería*.

⁵⁴⁷ *Cfr. Ibidem* y María Isabel DE LA IGLESIA MONJE: *Nulidad del matrimoniod e complacencia como supuestode reserva mental*. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 724, Marzo 2011, p. s/n.

matrimonial se simula pueda acceder al Registro Civil como si de una verdadera unión matrimonial se tratase” (Instrucción DGRN). En consecuencia, el Oficial del Registro Civil debe alcanzar una “certeza moral plena” respecto de la simulación. Este criterio se expone *igualmente en la Circular 1-2002 FGE: “para denegar la celebración (de un matrimonio) se requiere una certeza racional absoluta de la ausencia de consentimiento, sin que basten las meras sospechas susceptibles de ser contradichas por otros indicios igualmente dignos de ser valorados.”*⁵⁴⁸

⁵⁴⁸ Para GARCÍA ZÚÑIGA debe tenerse presente “que existe una presunción general de buena fe y que el «ius nubendi», como derecho fundamental de la persona, no debe ser coartado, postergado o denegado, más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo o impedimento legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido, por lo que « ha de ser preferible, aun en caso de duda, no poner trabas, a la celebración o inscripción del enlace” (*Op. cit., Los matrimonios de conveniencia como fraude de ley*).

CAPÍTULO OCTAVO

Simulación y negocio fiduciario

Summa.- 63. Concepto de negocio fiduciario. 64. Caracteres del negocio fiduciario; paralelo con la simulación. 65. El negocio fiduciario es un negocio real y querido por las partes: 1) Doctrina que asimila el negocio fiduciario con el relativamente simulado; 2) Doctrina que distingue entre *fiducia* y simulación relativa.- 66. La complejidad del negocio fiduciario; la doctrina del doble efecto. 67. Crítica a la doctrina del doble efecto.- 68. La tesis del negocio complejo con finalidad unitaria.- 69. El reflejo de la controversia en los derechos de fiduciante y fiduciario: 1) Tesis de la titularidad del fiduciario; 2) Tesis que niega la transferencia efectiva del dominio al fiduciario; 3) Tesis del dominio compartido; 4) ¿Un derecho pleno resoluble?.- 70. El negocio fiduciario es válido.- 71. La causa fiducia y el Real Decreto Ley 5/2005: a) El debate tradicional; b) La *revolución* del Real Decreto Ley 5/2005.- 72. La divergencia entre el fin económico perseguido y el medio jurídico empleado.- 73. La fiducia excluye la hipótesis de fraude.- 74. La calificación de simulado o fiduciario del negocio es una cuestión de hecho.-

63. Concepto de negocio fiduciario.

El tratamiento del paralelismo entre el negocio simulado y el fiduciario se ha convertido en capítulo ineludible del estudio de la simulación, habida cuenta de que ambas figuras comparten rasgos que, en ocasiones, hacen sumamente difícil calificar, en uno u otro sentido, un negocio jurídico concreto. La jurisprudencia no ha pasado por alto esas similitudes y las dificultades que provocan, como lo hizo notar la STS de 28 de octubre de 1988.⁵⁴⁹

⁵⁴⁹ RJ 1988/7746. Esta dificultad no se presenta solamente con relación al negocio simulado. La jurisprudencia da cuenta de las muchas confusiones que pueden producirse, con mayor o menor justificación, en esta materia. DE CASTRO Y BRAVO (*Op. cit., El negocio jurídico...*, pp. 440-441) menciona los siguientes casos en los que el Tribunal Supremo ha debido separar el negocio fiduciario de otras hipótesis, como las de mera simulación (22 de noviembre de 1935, 4 de marzo de 1955 y 2 de marzo de 1961), de una mera venta con o sin pacto de retro (22 de mayo de 1953, 7 de junio de 1955 y 23 de marzo de 1957), de una novación (28 de enero de 1946), de una dación o una adjudicación en pago de mero efecto solutorio (10 de junio de 1959, 25 de mayo de

Ello se da en buena medida por las circunstancias de que una y otra son especies de *negocios indirectos* o, mejor aún, de hipótesis de “utilización indirecta de la intención negocial”, para utilizar la acertada caracterización que hace Barbero.⁵⁵⁰

Por cierto este género de negocios, los indirectos, y particularmente el fiduciario, no constituyen una categoría negocial nueva y autónoma, un tipo diferente que pueda agregarse con estructura y caracteres propios al nutrido catálogo de los negocios conocidos. La doctrina es bastante uniforme en tal sentido. Se trata más bien de *formas de negociar*, procedimientos que, en el caso específico del negocio fiduciario, sin burlar la letra ni espíritu de la ley, ni pretender engañar a terceros, desconectan la voluntad declarada con el propósito final de las partes, el negocio con lo que suele denominarse la *finalidad económica*. Por ejemplo, la declaración contenida en el contrato de compraventa y su incongruencia con la finalidad que se persigue, que no es propiamente el efecto radical de transferir el dominio de la cosa vendida, sino ponerla en el poder jurídico del acreedor para algo menos trascendente (en cuanto a la radicalidad de los efectos) como es garantizar el cumplimiento de una obligación; o en la cesión de un crédito cuyo propósito es que el cesionario lo cobre.

Sin embargo, hay que advertir desde ya que esta *desconexión* que se observa en la fiducia difiere de aquella otra discordancia de voluntades que tiene lugar en el contrato simulado. Al referirse a ella, Betti la describe como una discrepancia (que él plantea entre causa e intención), que tiene una *medida* distinta a la de la simulación, pues en esta última “asume carácter de incompatibilidad”, lo que naturalmente incide en su ineficacia, mientras en el

1965, 20 de enero de 1966), de préstamo (28 de diciembre de 1955), de mandato (4 de enero de 1956), de arrendamiento (11 de mayo de 1962), de sociedad irregular (7 de octubre de 1965), etc.

⁵⁵⁰ D. BARBERO: *Op. cit., Sistema del Derecho privado...*, Tomo I, p. 554. El negocio fiduciario es una modalidad de negocio indirecto, que M. GETE ALONSO, refiriéndose en particular al contrato indirecto, ha descrito como una forma que “utiliza la estructura, función, disciplina y resultado de un contrato típico para conseguir otro resultado (económico) distinto del típico y además de éste. Junto a la finalidad del contrato medio se halla la nueva que se añade sin producir una modificación en la estructura del negocio medio (*Op. cit., Teoría general del contrato...*, p. 662).

negocio indirecto y en el fiduciario se presenta como una simple incongruencia”,⁵⁵¹ perfectamente compatible con la producción de sus efectos.

Por tanto, diferenciar fiducia de simulación no es asunto de menor cuantía ni un mero ejercicio teórico de esos que, a fuerza de alardes retóricos, muchas veces consiguen nublar el panorama de las instituciones jurídicas. Fijar la frontera divisoria entre las dos entidades, que en ocasiones se vuelve peligrosamente tenue, es cuestión que tiene ver con la propia eficacia del negocio, pues en un caso –la simulación- de tesitura ilícita, nos pone de cara con la inexistencia o la nulidad, según como se la aprecie, en tanto que en el otro –negocio fiduciario- esencialmente lícito, fundado en la confianza (*fiducia*), se muestra una realidad cuya eficacia muy pocos cuestionan. La jurisprudencia se ha hecho cargo de esta necesidad y si alguna vez declaró que “resulta irrelevante la calificación de si se trata de una fiducia, testaferros o prestanombres, o de una simulación”, como lo hizo la sentencia 1120/2004 de 29 noviembre (RJ\2005\1874), ello ocurrió porque se había establecido la ilicitud del negocio por otra causa, de modo que, en efecto, parecía innecesario calificar si era simulado o fiduciario.⁵⁵²

⁵⁵¹ E. BETTI: *Op. cit.*, *Teoría general...*, p. 301.

⁵⁵² En lo que por ahora interesa a este trabajo, porque el pleito presentaba otros puntos en un debate que resultó bastante complejo, se trataba de la pretensión de nulidad radical de varios contratos, entre ellos, el de pignoración de las acciones de la compañía Inmobiliaria Fidi SA a favor del Banco Exterior de España en garantía de las operaciones mercantiles de Mateu y Mateu, SA -declarada en quiebra-, y el de posterior transmisión de dichas acciones a dos empleados de Mateu y Mateu SA, hecha por los demandados D. Juan Carlos y D. Miguel al día siguiente de la operación de garantía, con la conformidad del Banco acreedor, sin haberse justificado pago alguno por dicha transmisión. Además, los actores pedían declarar que una finca ubicada en Barcelona, puesta a nombre de Inmobiliaria Fidi SA, fiduciaria de Mateu y Mateu SA., debía reintegrarse a la masa de la quiebra de esta última, por ser ella la verdadera propietaria.

Aunque en la demanda se atribuía la calidad de “fiduciarios” a los pignorantes y enajenantes de las acciones, la AP de Barcelona los calificó como “prestanombres” o “testaferros”, es decir, partícipes de una *simulación*, motivo por el cual el demandado y casacionista, Banco Exterior de España, alegó que la sentencia recurrida había decidido sobre cosa distinta de las que habían sido sometidas a su conocimiento, aportando de oficio un hecho nuevo y transformando el problema planteado en otro distinto, violando la jurisprudencia del TSE según la cual el tribunal tiene como límite infranqueable el respeto a los hechos debatidos.

El Juzgado de Primera Instancia Nº 7 de Barcelona declaró la nulidad demandada, en sentencia de 2 de noviembre de 1994, confirmada por la AP de Barcelona (Secc. 15ª, 21 de abril de 1998). El fundamento de ambas sentencias fue que siendo los pignorantes y enajenantes fiduciarios de Mateu y Mateu SA, las acciones de I. Fidi SA pertenecían realmente a esta última (fiduciante), por lo que las operaciones dispositivas eran nulas pues se celebraron durante el período de retroacción de la quiebra de la propietaria. Del mismo modo, la finca de Barcelona, registrada a

La configuración básica de esta modalidad operativa del negocio está constituida por la transferencia de un derecho –p.ej., la propiedad o un crédito-, de manera que el adquirente queda obligado a restituirlo en una determinada oportunidad (Von Thur).⁵⁵³ El pandectista Ferdinand Regelsberger, a quien se atribuye su denominación y construcción dogmática, lo caracterizó como un negocio en el que “las partes eligen para su fin práctico un negocio jurídico, cuyos efectos jurídicos –como ellos saben- exceden de aquel fin.”⁵⁵⁴ Este concepto ha tenido fortuna. Cariota Ferrara dice lo mismo con otros términos: se trata de negocios “en los que una parte (fiduciante), para un fin reducido, da un amplio poder jurídico a la otra (fiduciario), que asume la obligación (personal) de usar de la posición jurídica real constituida sólo dentro de los límites de aquel fin.”⁵⁵⁵

nombre de su fiduciaria I. Fidi SA, era realmente de propiedad de Mateu y Mateu SA, y debía restituirse a la masa de su quiebra.

De paso, estos fallos se inclinaron por la tesis de que en el contrato fiduciario no hay una efectiva transferencia del dominio al fiduciario.

Siendo esto lo fundamental del debate, el demandado y casacionista Banco Exterior de España, derivó la cuestión al hecho de que en la demanda se sostuvo que los pignorantes de las acciones eran “fiduciarios” de Mateu y Mateu SA, en tanto la Audiencia Provincial de Barcelona los calificó posteriormente de “prestanombres” o “testaferros”, motivo por el cual, se alegó, la sentencia recurrida había decidido sobre cosa distinta de las sometidas a su conocimiento, aportando de oficio un hecho nuevo y transformando el problema planteado en otro distinto.

El Tribunal Supremo desestimó esta motivación por considerar, entre otras razones, que la sentencia recurrida no alteró la *causa petendi* y que tampoco se cambiaron los planteamientos jurídicos fundamentales, “ni con incidencia en el objeto del proceso, ni con el efecto sorpresivo que pudiera dar lugar a indefensión material”, pues la expresión “fiducia” –para referirse a la calificación que utilizaron los actores- “no es vinculable exclusivamente a la denominada “cum amico”, ni al negocio fiduciario en general, porque puede corresponder a diversas situaciones”, de manera que en el supuesto enjuiciado “no resulta trascendente identificar con puridad el ropaje jurídico, máxime habida cuenta la pluralidad de operaciones jurídicas y de sujetos intervinientes, que dan lugar a una complejidad y opacidad en armonía con el resultado ilícito perseguido, que dificulta el perfecto encaje de las maniobras realizadas.” Es en este contexto que la sentencia en cuestión calificó la operación de pignoración y la posterior transmisión de las acciones pignoradas como reveladora de falta de realidad jurídica y “hace irrelevante la calificación de si se trata de una fiducia, testaferros o prestanombres, o de una simulación, porque lo que importa es que se trató de aparentar una situación jurídica distinta de la real, con una finalidad ilícita.”

⁵⁵³ A. VON THUR: Op. cit., *Derecho civil...*, Vol. II, p. 506.

⁵⁵⁴ En DE CASTRO Y BRAVO: Op. cit., *El negocio jurídico...*, p. 381.

⁵⁵⁵ L. CARIOTA FERRARA: Op. cit., *Il negozio giuridico...*, p. 237. Para MESSINEO el contrato fiduciario “tiende a realizar el fin práctico de dar lugar a la efectiva transferencia de un derecho real, por parte de un sujeto (fiduciante) a otro sujeto (fiduciario) (relación externa) pero con el pacto (relación interna) de que el derecho debe ejercitarse por este último de una manera determinada y no de otra, de modo que la eficacia de la primera relación, queda limitada por la presencia de la segunda: es decir, rige entre las partes la obligación personal de que el fiduciario use el derecho real, como si el derecho real perteneciese aún al fiduciante o perteneciera a terceros (*fiducia cum*

Esta transferencia de derecho (Ferrara) u otorgamiento de poder jurídico (Cariota Ferrara), no obstante su eficacia real, en tanto se trata de negocios existentes y válidos, tienen sin embargo una función puramente instrumental,⁵⁵⁶ porque con ellos no se agota o satisface el interés jurídico de las partes, o su finalidad económica, como prefiere llamársele, sino que se los utiliza simplemente como medios para alcanzar estos últimos. Efectivamente, si tomamos el caso de la *fiducia cum creditore*, el propósito del fiduciante-vendedor no es transferir el dominio, sino garantizar un crédito (finalidad económica), ni el del fiduciario-comprador es hacerse propietario de la cosa recibida sino que se le asegure el pago de su acreencia.

En relación con esta particularidad el Tribunal Supremo ha declarado que se trata de una atribución patrimonial en la que “uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza en favor del otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o el derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista” (SS. 1012/1996 de 2 de diciembre,⁵⁵⁷ 814/2004 de 26 julio).⁵⁵⁸

A partir de este punto que exhibe sus perfiles más generales y menos controvertidos, la construcción fina del concepto de negocio fiduciario se dificulta por el debate sobre su naturaleza jurídica, que pone en tensión una explicación ya tradicional conocida como *doctrina del doble efecto* del negocio fiduciario-, que ve en esta modalidad la combinación de dos negocios distintos, de efectos diferentes e incommunicables; y otra más moderna que atribuye a esa estructura bipolar del negocio fiduciario una finalidad unitaria. La jurisprudencia nacional no ha sido

amico); o bien con el acuerdo de que un bien se transfiera en propiedad al fiduciario pero simplemente con una función de garantía (*fiducia cum creditore*)” (*Op. cit., Doctrina general...*, Tomo II, pp. 61-62).

⁵⁵⁶ Me parece ilustrativa la figura del *negocio instrumental*, a la que acude A. WEGMANN STOCKEBRAND para definir el negocio indirecto: “aquel que, por voluntad de las partes, se emplea de modo tal que desempeña una función instrumental destinada a la consecuencia de un fin ulterior, ajeno a su tipicidad” (*Op. cit., Fiducia cum creditore...*, p. 599).

⁵⁵⁷ RJ 1996/8784.

⁵⁵⁸ RJ 2004\6633. En similar sentido la STS. de 16 de julio de 2001 (RJ 2001, 5226), citada por la STS. 814/2004 de 26 julio.

ajena a esta discusión y aunque se encuentran bastantes fallos que acogen la tesis del doble efecto, en el último tiempo la mayor parte de las sentencias del Tribunal Supremo se han inclinado por la doctrina de la finalidad unitaria, y es por esa línea que discurren sus mejores conceptos, entre ellos, como se señaló más arriba, que el negocio en cuestión es un convenio anómalo, “un acto formal mixto” en el que concurren dos contratos independientes, pero “de finalidad unitaria” (SS de 8 de marzo de 1963⁵⁵⁹ y 8 de marzo de 1988,⁵⁶⁰), uno de ellos real, de transmisión del dominio, eficaz “erga omnes”, y otro obligacional, válido inter partes, destinado a compeler al adquirente a actuar de forma que el fiduciario no impida el rescate de los bienes por el fiduciante cuando se dé el supuesto obligacional pactado a cargo de éste (SS. 23 de febrero de 1951,⁵⁶¹ 3 de mayo de 1955,⁵⁶² 18 de febrero de 1965,⁵⁶³ 9 de diciembre de 1981,⁵⁶⁴ 19 de junio de 1997,⁵⁶⁵ 16 de noviembre de 1999, RJ 1999/8612; 7 de junio de 2002,⁵⁶⁶ 30 de marzo de 2004,⁵⁶⁷ 814/2004 de 26 julio.⁵⁶⁸

Ahora bien, a pesar de su reconocido abolengo románico,⁵⁶⁹ los ordenamientos positivos no han registrado este procedimiento negocial, por lo

⁵⁵⁹ RJ 1963/1628.

⁵⁶⁰ RJ 1988/1607.

⁵⁶¹ Tomada de J. CASTÁN TOBEÑAS. *Op. cit.*, *Derecho civil...*, Tomo I, Vol. II, p. 680.

⁵⁶² *Ibidem*, p. 681.

⁵⁶³ Tomada de F. de CASTRO Y BRAVO: *Op. cit.*, *El negocio jurídico...*, p. 381. También en M. CÁRCABA FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, *La simulación...*, p. 53-54.

⁵⁶⁴ RJ 1981/5153.

⁵⁶⁵ RJ 1997/5418.

⁵⁶⁶ RJ 2002/4875.

⁵⁶⁷ RJ 2004/ 2603.

⁵⁶⁸ RJ 2004/6633.

⁵⁶⁹ Era conocida desde antiguo la figura de la *fiducia*, como “contrato formal y real al mismo tiempo, que consiste en la transferencia que el dueño de una *res mancipi*, al que llamamos fiduciante, hace a un fiduciario, mediante *mancipatio* o in *iure cessio*, contrayendo éste la obligación de comportarse de determinada manera con la cosa y frecuentemente de restituir el dominio de ella al fiduciante (o a un tercero) en un momento posterior predeterminado, mediante una *remancipatio* o in *iure cessio*.” En los negocios formales de adquisición del dominio “se introducía la cláusula *fidei fiduciae causa* en las respectivas fórmulas que el adquirente debía recitar para cumplirlos”, cláusula en la que “fides alude a la “fe” que ofrece el fiduciario y la *fiducia*, a la “confianza” que pone el fiduciante.” (A. GUZMÁN BRITO: *Op. cit.*, *Derecho Privado romano...*, Tomo II, p. 108). Se la empleaba en la modalidad *cum amico contracta*, del que era ejemplo típico aquel en que el *accipiens* del esclavo mancipado se obligaba a manumitirlo; y de *fiducia cum creditore contracta*, en la que el deudor o un tercero en consideración a él, transmitía por *mancipatio* el dominio de una cosa al acreedor, y a tal transferencia de propiedad se acompañaba

menos no en su formato de contrato fiduciario, porque si se lo encuentra con frecuencia tratándose de la *sustitución fideicomisaria*, en materia sucesoria;⁵⁷⁰ y, en algunas ocasiones, en la llamada *propiedad fiduciaria* o *fideicomiso civil*, tipificado en los códigos que adoptaron el modelo de Andrés Bello, como los de Chile (artículo 733 CC), Colombia (artículo 794 CC) y Ecuador (artículo 748 CC).⁵⁷¹ Comentando esta escasez de tratamiento positivo y su ausencia de antecedentes en el derecho común, De Castro y Bravo, que no oculta su escasa simpatía por este instituto, especialmente en su formato del doble efecto, se refiere al contrato fiduciario como “figura sin los cuarteles de nobleza de la elaboración medieval. Puede calificársela a la vez de advenediza y de forastera a nuestro Derecho.”⁵⁷²

Sin embargo de esta omisión legislativa, en los hechos el negocio fiduciario tiene una singular vitalidad, porque, como señala Fueyo Laneri, más allá de las variadas causas que lo justifican, hay una general que es la necesidad de subsanar el desajuste que se presenta entre el Derecho y la vida de las relaciones humanas, siempre más dinámica que el primero, con fórmulas que ponen a aquél al servicio de estas últimas, “tutelando el derecho a dichas relaciones, en vez del absurdo que significaría limitar las posibilidades de las relaciones humanas en los marcos de las fórmulas consagradas.”⁵⁷³ En palabras de Ferrara, este expediente negocial “sirve para hacer posible la realización de fines que el orden jurídico no satisface, para templar ciertas durezas que no se compadecen con las exigencias

un *pactum fiduciae* por el cual el *mancipio accipiens* acreedor se comprometía a devolver el dominio de la cosa al *mancipio dans* deudor o un tercero, cuando la obligación se cumpliera (ARIAS RAMOS y ARIAS BONET: *Op. cit., Derecho romano...*, Tomo I, p. 311). Excluida la figura de la recopilación justinianea, como producto de la evolución del formalismo al espiritualismo, no fue conocida por los glosadores y comentaristas (DE CASTRO Y BRAVO, *Op. cit., El negocio jurídico...*, p. 393), para ser revivida modernamente por los pandectistas, a uno de los cuales –Ferdinand REGELSBERGER– se debe su moderna denominación (*fiduziarisches Rechtsgeschäft*).

⁵⁷⁰ En virtud de ella, se encarga a un heredero *que conserve y transmita a un tercero todo o parte de la herencia* (artículo 781 CC)

⁵⁷¹ En ellos se define esta modalidad dominical como aquella *que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición.*

⁵⁷² F. de CASTRO Y BRAVO, *Op. cit., El negocio jurídico ...*, p. 380.

⁵⁷³ Fernando FUEYO LANERI: *Algunos aspectos del negocio fiduciario*. En *Doctrinas esenciales, Derecho Civil, Contratos*, Tomo II (Raúl Tavorari Oliveros, Director). Ed. Jurídica de Chile, Puntotex, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2010, pp. 868-869.

de los tiempos, para facilitar y acelerar el movimiento de la actividad comercial.”⁵⁷⁴ Bien mirada la experiencia práctica, en la mayoría de los casos se recurre a este expediente negocial no tanto porque el ordenamiento jurídico carezca de caminos directos para obtener la finalidad deseada, que generalmente los tiene, sino lisa y llanamente para facilitar el logro de dicha finalidad que por las vías directas resultaría más complejo o menos efectivo.

He aquí, en la voz del maestro italiano, la clave de su importancia práctica que rebasa con mucho las dificultades teóricas que plantea a la doctrina jurídica. Por ejemplo, un deudor necesita ofrecer una fuerte garantía a su exigente acreedor, al que no satisfacen una prenda o una hipoteca porque, de no cumplirse la obligación, lo colocan en la necesidad de iniciar indeseables procesos judiciales. Parece una buena y lícita solución que el deudor transfiera a su acreedor el dominio de un bien, con el compromiso de que este lo restituirá cuando la obligación quede solucionada, modalidad conocida como *fiducia cum creditore*. Otra persona desea otorgar un mandato para la negociación y venta de un inmueble de su propiedad sin que el mandatario tenga las limitaciones propias de este contrato, para lo cual resulta un camino adecuado transferirle el dominio del inmueble para que una vez perfeccionada la compraventa el fiduciario le transfiera el precio recibido (*fiducia cum amico*). De este último tipo es también la cesión de un crédito con la única finalidad que el cesionario lo cobre y transfiera el pago al cedente.

64. Caracteres del negocio fiduciario. Paralelo con la simulación.

En la sentencia de 28 de octubre de 1988 del Tribunal Supremo, luego de destacar las dificultades que, en ocasiones, surgen para diferenciar los negocios

⁵⁷⁴ F. FERRARA: *Op. cit.*, *Simulación...* p. 83. Una justificación similar se lee en BETTI respecto del negocio indirecto, cuyo problema práctico, señala el autor, “radica en la necesidad de aprovechar un tipo de negocio para la consecución de un fin distinto de aquel que su causa típica representa; necesidad que nace de la carencia de tipos más adecuados a disposición de la autonomía privada” (*Op. cit.*, *Teoría general...*, p. 235).

fiduciarios de los simulados, resumió las principales características del primero y remarcó, respecto de cada una, sus diferencias con el negocio simulado:

a) el simulado es un negocio ficticio, no real, aunque, en algún caso, puede ocultar uno verdadero; el fiduciario es un negocio serio, querido con todas sus consecuencias jurídicas, aun sirviendo a finalidad económica distinta de lo normal;

b) el simulado es un negocio simple, mientras que el otro es complejo, al resultar de la combinación de dos negocios distintos; y,

c) el simulado es absolutamente nulo, sin llevar consigo transferencia alguna de derecho, y el fiduciario es válido.

La relación anterior es correcta, pero insuficiente. Una visión completa sobre esta materia exige agregar otros rasgos significativos del negocio fiduciario, que refuerzan sus diferencias con el simulado, a saber:

d) En el negocio fiduciario existe una simple divergencia, jurídicamente tolerable, entre el fin económico perseguido y el medio jurídico empleado para ello, mientras que en la simulación se produce una divergencia radical e incompatible entre lo querido y lo declarado.

e) El negocio fiduciario excluye la figura del fraude, en tanto la simulación se propone precisamente engañar y perjudicar a terceros.⁵⁷⁵

65. El negocio fiduciario es un negocio real y querido por las partes.

El negocio fiduciario, como dijera Regelsberger, es un negocio “a cartas descubiertas”,⁵⁷⁶ franco, seriamente querido. Está llamado a producir efectiva y objetivamente los efectos que le son propios conforme a su naturaleza y tipicidad, y no puede, por tanto, motejárselo “de contrato ficticio, aparente o simulado o

⁵⁷⁵ Una descripción parecida ya había hecho la STS de 3 de mayo de 1955 (RJ 1988/774), según la cual el negocio fiduciario se caracteriza a) por ser un negocio complejo formado por otros dos independientes, uno real y otro obligacional; b) por existir una evidente desproporción entre el medio empleado y el fin realmente querido; c) la consiguiente posibilidad de que quiebre la confianza puesta por el fiduciante en el fiduciario; d) el uso de un medio indirecto y fuera de los cuadros típicos de la ley para obtener un resultado que pudo obtenerse por el medio normal del afianzamiento previsto en el Ordenamiento jurídico.

⁵⁷⁶ En F. FERRARA: *Op. cit.*, *Simulación...*, p. 86.

disimulado” como dijo el Tribunal Supremo, por todas, en la sentencia de 8 de marzo de 1988. Su particularidad radica en que las partes lo han utilizado como un camino alternativo y sinuoso para lograr particulares finalidades, diferentes a aquellas que son propias o típicas del negocio instrumental escogido por ellas, produciéndose entonces esa desconexión a la que ya se aludió entre el fin perseguido y el medio jurídico utilizado para tal efecto. Así, en el caso de la *fiducia cum creditore*, en la que el deudor vende una cosa a su acreedor para que la tenga como dueño hasta el cumplimiento de la obligación, el contrato de compraventa, que es el instrumento utilizado, operará efectivamente su función de título translaticio en la adquisición del dominio de la cosa vendida, porque esa es la intención inmediata de las partes, aunque en realidad el propósito que las anima sea garantizar con ella el cumplimiento de una obligación, que es el fin perseguido. Lo mismo ocurre en la cesión de acciones de una compañía, cuando se la hace con la finalidad de que el cesionario represente los intereses del cedente en la compañía (*fiducia cum amico*).

A partir de esta característica, Ferrara destacaba una primera diferencia con la simulación: “el negocio simulado es un contrato *fingido*, no *real*; el fiduciario es un negocio *querido y existente*,”⁵⁷⁷ serio, concluido realmente entre las partes para obtener un efecto práctico determinado. Los contratantes quieren el negocio con todas sus consecuencias jurídicas, aunque se sirvan del mismo para una finalidad económica distinta. Por consiguiente, produce todos los efectos ordinarios, si bien entre los contratantes se da la obligación personal de usar de

⁵⁷⁷ *Id.*, p. 94. En esta línea de pensamiento, FERRARA critica la opinión de GOLTZ para quien los negocios fiduciarios ocupan una situación intermedia entre los negocios reales y los negocios simulados, pues son una mezcla de verdad y apariencia. Este modo de formular la cuestión – plantea el maestro italiano– es inexacto, porque si bien es cierto que las partes ocultan la finalidad económica de su negocio, porque económicamente persiguen un efecto distinto del que expresa el medio jurídico empleado para alcanzarlo, “eso no impide que el negocio sea serio y real en su envoltura jurídica y que el fin particular con que contratan las partes carezca de importancia desde el punto de vista del derecho. Se tendrá, a lo sumo, un disimulo en cuanto a lo económico, ya que el patrimonio del fiduciario aparece aumentado cuando, en realidad, por el efecto de la obligación negativa que neutraliza el de la transferencia, queda como estaba –pero ello no puede tener influencia ninguna para decidir el carácter jurídico del negocio. La venta sigue siendo venta, aunque el precio sea tan mínimo que no guarde una verdadera equivalencia con la cosa.” (*Id.*, pp. 85-86).

los efectos obtenidos sólo para el fin que entre aquéllos se estableció,⁵⁷⁸ El fiduciario, agregaba el maestro italiano, “no es un sujeto simulado del negocio jurídico, un titular que aparece en escena y se desvanece una vez evidenciada la apariencia, sino un contratante efectivo, un verdadero propietario, aunque económicamente parezca un *médium* sin importancia”⁵⁷⁹

Esa característica del negocio fiduciario y su alejamiento del simulado, particularmente en casos de simulación absoluta, es reconocida sin mayores vacilaciones por los autores y la jurisprudencia.⁵⁸⁰ El Tribunal Supremo ha fallado que “el negocio fiduciario se ofrece perfectamente diferenciado del contrato simulado en su especie de simulación absoluta, pues mientras el primero ha sido real y auténticamente querido, con soporte en una causa verdadera, el segundo es un negocio ficticio, no querido, irreal, una simple apariencia falaz, en el que con la declaración fingida se agota todo el intento de engaño a terceros, generalmente fraudulento...” (SS. de 18 de febrero de 1965 y 28 de octubre de 1988).

Pero si bien es cierto que esta característica del negocio fiduciario contrasta radicalmente con la ficción rampante de la simulación *absoluta*, que carece de sustancia oculta, no ocurre lo mismo tratándose de la simulación relativa donde la ficción encubre un negocio que las partes realmente quieren celebrar, tanto como se quiere en el negocio fiduciario aquel que constituye su finalidad económica (p. ej., la garantía, en la fiducia *cum creditore*). Aquí se deja ver un cierto parentesco entre ambas figuras, que la doctrina no ha descuidado, dando lugar a una interesantísima discusión entre posiciones que van desde las que asimilan el negocio fiduciario con el relativamente simulado, hasta aquellas que defienden su radical diferenciación, quedando cobijadas entre ellas algunas propuestas de fórmulas intermedias.

⁵⁷⁸ *Id.*, p. 82.

⁵⁷⁹ *Id.*, p. 88.

⁵⁸⁰ Así, CÁRCABA FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, *La simulación*, p. 55; WEGMANN STOCKEBRAND: *Op. cit.*, *Fiducia cum creditore...*, p. 606.

1) Doctrina que asimila el negocio fiduciario con el relativamente simulado.

Entre los autores que plantean esta asimilación, Mosset Iturraspe destaca a Butera, en Italia, Demogue, en Francia, y Cámara en Argentina, que coinciden, con leves diferencias, en presentar al negocio fiduciario como una subespecie del negocio simulado. Para Butera las diferencias entre ambos no confieren al negocio fiduciario una categoría autónoma, merecedora de una disciplina propia, y su estudio “puede enclavarse en la doctrina de la simulación relativa por coincidir ambos en un terreno común que es la alteración de la verdad.”⁵⁸¹ Cámara fundamenta una conclusión similar en el artículo 958 del Código civil argentino (*Quando en la simulación relativa se descubriese un acto serio, oculto bajo falsas apariencias, no podrá ser éste anulado desde que no haya en él la violación de una ley, ni perjuicio a terceros*).⁵⁸²

En España, De Castro y Bravo, quien ha hecho uno de los estudios críticos más importantes sobre esta materia, expone una tesis similar cuando analiza la causa de la *fiducia cum creditore* en la que el *acreedor-fiduciario* no paga un precio por la venta que le hace el fiduciante, y concluye, por lo mismo, que tal negocio de compraventa se revela como contrato simulado: “Por mucha fuerza taumatúrgica que se vea en el término negocio fiduciario, nunca llegará hasta convertir lo falso en verdadero. Puede la compraventa encubrir otro negocio. Este negocio disimulado será el de garantía.”⁵⁸³

La sentencia 542/1999 de 15 de junio⁵⁸⁴ del Tribunal Supremo incursionó en esa dirección y sostuvo que no obstante haber mantenido la Sala la doctrina del negocio fiduciario, en su consideración del doble efecto, real y obligacional, “la

⁵⁸¹ A. BUTERA: *Della simulazione*, p. 65. En M. CÁRCABA FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, *La simulación...*, p. 55.

⁵⁸² H. CÁMARA: *Régimen jurídico de la simulación*. En J. MOSSET ITURRASPE: *Op. cit.*, *Contratos simulados...*, Tomo I, pp. 175-176. Una posición similar, si bien más atemperada, expone E. ZANNONI, refiriéndose genéricamente al negocio indirecto, del cual el fiduciario es su expresión más característica: “sin embargo es posible sostener que, aunque la distinción, tajante, sea indiscutible al contraponer el negocio indirecto al absolutamente simulado (es decir, cuando tras la simulación no existe otro negocio real, oculto), no es correcta en los casos de simulación relativa” (*Op. cit.*, *Ineficacia y nulidad...*, p. 357).

⁵⁸³ F. DE CASTRO Y BRAVO: *Op. cit.*, *El negocio jurídico*, p. 408.

⁵⁸⁴ RJ 1999/4474.

doctrina española más especializada discute su autonomía, niega la existencia de la llamada “causa fiduciae” y cada vez más lo asimila, en muchos casos, al negocio jurídico simulado, con simulación relativa, cuyo negocio disimulado será válido si reúne los elementos precisos para su validez.”⁵⁸⁵ En apoyo de esta tendencia, que marcaría una evolución en la materia, el fallo cita, entre otras, las sentencias de 6 de abril de 1992,⁵⁸⁶ 5 de abril de 1993, 22 de febrero de 1995⁵⁸⁷ y

⁵⁸⁵ “En el presente caso –dijo esta sentencia- por más que se hable de negocio jurídico fiduciario, en la Sentencia de instancia, que no le aplica los efectos que según la doctrinas le eran propios, no hay sino un negocio jurídico simulado. Las partes celebran sendos contratos de compraventa y en documento privado, reconocido por todas ellas, manifiestan que lo han celebrado “sin verdadero animo vendendi” La simulación es relativa, en el sentido de que encubre, disimula, el verdadero negocio jurídico, el cual es, como dicen en el mismo documento “garantía de la devolución de las cantidades adeudadas.” Como consecuencia, dice el documento, tras la compraventa se concede a los pseudo-vendedores el derecho de retracto sobre las fincas pseudo-vendidas. El negocio disimulado es, pues, la garantía del préstamo y ésta no consiste sino en hacer suyas las fincas dadas en garantía: lo cual no es otra cosa que el pacto comisorio prohibido, con antiguos precedentes, en nuestro Derecho en los artículos 1859 y 1884 del Código Civil.” En sus líneas principales, el caso era que el 28 de noviembre de 1985 los cónyuges demandados (Anastasio y Asunción) habían vendido cinco fincas rústicas a Ernesto R. e Ignacio M. En la misma fecha, las partes suscribieron un documento privado en el que se declaró que la venta fue realizada “a fin de compensar las deudas que los vendedores mantenían con los compradores, pero sin verdadero “animo vendendi”, y sí tan sólo como garantía de la devolución de las cantidades adeudadas,” motivo por el cual se concedió a los vendedores un derecho de retracto convencional por seis años, para cuyo efecto debían efectuar los pago que se pactaron. El 18 de diciembre de 1986 los compradores devolvieron a Anastasio algunas fincas, bajo la forma de una compraventa con precio inexistente; y en la misma fecha el comprador M transfirió otras fincas a la demandante Ma. Luz. Como Anastasio continuaba en posesión de las fincas vendidas, los actores propusieron demanda reivindicatoria. En su reconvencción los demandados alegaron que las ventas en cuestión se había celebrado en garantía de la devolución de las cantidades que uno de los compradores (M) debía abonar a bancos acreedores de uno de los vendedores (Anastasio), por lo que reclamaban su restitución.

El Juez del Juzgado de Primera Instancia de Haro estimó parcialmente la demanda y declaró, en lo principal, el dominio de los actores sobre las fincas litigiosas (9 de febrero de 1994). En nivel de apelación, la AP de Logroño revocó la sentencia del inferior con todos sus pronunciamientos (3 de octubre de 1994).

Vistos los antecedentes disponibles, que no son más que la expuestos en la propia sentencia de casación, parece claro que se estaba ante una *fiducia cum creditore* y que la posición del Tribunal Supremo no fue tanto la de calificar la figura controversial como negocio simulado o fiduciario, lo que habría implicado analizar si se daban en el caso los elementos constitutivos de uno u otro, sino de desconocer simplemente la entidad del negocio fiduciario, por lo menos en su modalidad *cum creditore*, para subsumirla en la simulación relativa. Sólo así se explica que por no haber un verdadero *animo vendendi* y no haberse pactado un precio, la sentencia concluya que “se simuló con la compraventa con pacto de retro la garantía de un crédito, consistente en un pacto comisorio, ilícito, por lo que el negocio jurídico simulado adolece de causa ilícita y es nulo”; en circunstancias de que tales ausencias de *animus* y precio son comunes en esta clase de fiducia, donde la causa radica en la prestación recibida por el fiduciante y que justifica la celebración del contrato fiduciario.

⁵⁸⁶ RJ 1992/6186.

19 de junio de 1997.⁵⁸⁷ La primera de ellas reiteró la doctrina de que el fiduciario «no puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante», pues «el instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia...» Los conceptos expuestos fueron reiterados recientemente en la sentencia 1364/2007 de 20 diciembre.⁵⁸⁹

⁵⁸⁷ RJ 1995/1700.

⁵⁸⁸ RJ 1997/5418.

⁵⁸⁹ RJ 2007/9057. Me parece interesante, por la información que aporta, transcribir los siguientes pasajes de dicha sentencia: "Tal como recuerda la sentencia de 15 de junio de 1999 (RJ 1999, 4474), esta Sala ha mantenido la doctrina del negocio fiduciario, en su consideración del doble efecto, real y obligacional, que fue importado incluso en su terminología de la doctrina alemana, pese a ser distintos los presupuestos básicos del Derecho civil en este extremo; pero la doctrina española más especializada discute su autonomía, niega la existencia de la llamada causa fiduciae y cada vez más lo asimila, en muchos casos, al negocio jurídico simulado, con simulación relativa, cuyo negocio disimulado será válido si reúne los elementos precisos para su validez; la propia jurisprudencia no ha sido ajena a esta evolución y en ocasiones apunta la existencia de la simulación: la sentencia de 6 de julio de 1992 SIC (RJ 1992, 6186) dice que "la actora, propietaria formal, no puede obtener más que la devolución de lo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, al no ser esa la finalidad perseguida, que sólo quiso la garantía, sin voluntad de comprar o vender"; la de 5 de abril de 1993 (RJ 1993, 2791) dice: "lo que sitúa el caso que nos ocupa en el ámbito jurídico de la simulación (absoluta o relativa) pero no en el de la fiducia"; la de 22 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1700) dice, refiriéndose a un negocio fiduciario, que "no puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante" y añade: "el instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia..."; la de 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8784) se refiere expresamente a la "simulación de la (compraventa) referente a los recurrentes..."; la de 19 de junio de 1997 (RJ 1997, 5418), tras exponer la doctrina del contrato fiduciario, declara "ineficaz la compraventa que configura el contrato real del negocio jurídico fiduciario contemplado en el mismo".

Lo cual es palpable cuando, como en el caso presente, en la cadena que compraventas jamás pretendieron vender, comprar y, por ende, transmitir el derecho de propiedad (ni siquiera la posesión), sino garantizar un préstamo. Los sujetos de los negocios jurídicos no vendían ni compraban, sino que la función objetiva de los mismos -es decir, la causa- era la garantía de un préstamo, lo cual era evidente a la vista de los hechos admitidos y de los documentos privados que añadían a la aparente compraventa el pacto de retro, dándose la clásica "venta a carta de gracia".

Por tanto, no se trataba de una fiducia de tipo *cum creditore* (ni mucho menos *cum amico*) sino de una clara simulación, negocio jurídico simulado, compraventa, con simulación relativa, en el sentido de que encubría un préstamo con garantía y la garantía era, nada menos, que el acreedor (que fue querellado por usura) hacía suyas las fincas si no devolvía el capital prestado y sus intereses, lo cual no es otra cosa que el pacto comisorio, consistente en que el acreedor hace suya la cosa si se incumple la obligación y el artículo 1859 (y 1884 en la anticresis) dispone que el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas.

La jurisprudencia ha mantenido la nulidad del pacto comisorio y, si se da el supuesto, la del negocio jurídico que lo disimula. La sentencia de 15 de junio de 1999 (RJ 1999, 4474), antes citada, contempla un caso bien parecido al presente con jurisprudencia precedente (sentencias de 25 de septiembre de 1986 [RJ 1986, 4789], 26 de diciembre de 1995 [RJ 1995, 9398], 29 de enero de 1996 [RJ 1996, 734], 18 de febrero de 1997 [RJ 1997, 1003] y posterior (27 de abril de 2000

2) Doctrina que distingue entre *fiducia* y simulación relativa.

En el extremo opuesto, la mayor parte de los autores defiende la distinción entre ambas figuras, aunque con diferentes argumentos. Para algunos autores, entre los que destaca Ferrara, la diferencia radica en que en la simulación relativa la voluntad de las partes se dirige al negocio disimulado y no hay intención real y sería respecto del negocio aparente o simulado, lo que no sucede en el negocio fiduciario donde las partes se proponen seriamente el medio empleado, por ejemplo, la compraventa con finalidad de garantía (*fiducia cum creditore*) o para la gestión de uno o más asuntos que interesan al fiduciante (*fiducia cum amico*).

Messineo, a su turno, instala la diferencia preferentemente en la causa del contrato, señalando que en el fiduciario “la forma jurídica elegida por las partes excede el fin material (causa) que ellas persiguen (lo que no ocurre en el contrato simulado).”⁵⁹⁰ Auricchio, con una apreciación distinta sobre la función de la causa en estos casos, llega a una conclusión similar, pues luego de señalar que la alteración de la causa es un elemento común a la simulación y a la fiducia, agrega

[RJ 2000, 2676], 16 de mayo de 2000 [RJ 2000, 5082], 26 de abril de 2001 [RJ 2001, 2037], 5 de diciembre de 2001 [RJ 2001, 9934], 10 de febrero de 2005 [RJ 2005, 1405]).

Por tanto, siguiendo con el caso presente, la cadena de compraventa fueron siempre, no negocios fiduciarios (que no fue alegado por las partes en sus escritos de la fase de alegaciones) sino simulados (esencia de la posición de la parte demandada recurrente en casación), con simulación relativa, que disimula un préstamo con garantía de pacto comisorio, lo cual (conforme a la reiterada jurisprudencia) da lugar a la nulidad. Nulidad que no puede ser saneada por la fe pública registral, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886).

⁵⁹⁰ F. MESSINEO: *Doctrina general...*, Tomo II, p. 62. En nota al pie, el autor agrega que “El hecho de que se niegue, en el derecho italiano, la admisibilidad del contrato (o, más en general, del negocio) fiduciario no justifica por otra parte, la asimilación, más aún, la identificación de la fiducia con la simulación. El segundo es un problema de orden *conceptual* que no puede ser influido en su solución por el primero, que es un problema de orden *normativo*. Se trata de dos cuestiones completamente distintas, tanto que, en otros ordenamientos jurídicos como el alemán vigente en el que la fiducia se admite sin lugar a duda, se ha impuesto la necesidad de establecer en qué relación –si de identidad o de distinción– se encuentra la fiducia con la simulación; y desde dos célebres escritos de KOLHER (...) y de REGELSBERGER (...) en adelante, se ha concluido en el sentido de la neta distinción” (p. 63, nota 71).

que naturalmente ello no es suficiente para atribuir a ambos institutos una identidad de situación.⁵⁹¹

Betti cuestiona que la distinción se lleve al plano de la pretendida voluntad de las partes dirigida a los efectos jurídicos del negocio,⁵⁹² y busca, como ya se anticipó, un criterio diferenciador “en la distinta medida de la discrepancia entre causa e intención” que en la simulación “asume carácter de incompatibilidad mientras en el negocio indirecto y en el fiduciario se presenta como una simple incongruencia.”⁵⁹³ Es esa incompatibilidad lo que explica que normalmente “el fin disimulado no se haga visible en el contenido del negocio (porque sería contradictorio decir que la venta se concluye sin un precio efectivo o la sociedad se constituye sin contribución social por parte de uno de los participantes”, mientras que en el negocio indirecto, como sucede también en el fiduciario, de una manera análoga, la simple incongruencia expuesta, hace que los fines, aunque distintos, son compatibles entre sí.⁵⁹⁴

Von Thur reconoce que en ciertos casos es difícil distinguirlos pero no duda en afirmar que “la disposición fiduciaria no es un negocio simulado; lo cual hoy reconocen todos los autores (...) puede servir para diversas finalidades; para garantizar un crédito, facilitar el cobro, engañar a los terceros sobre el estado del patrimonio (así, cuando para evitar la aprehensión de los acreedores cierto objeto se transfiere a X con el pacto de que éste devolverá después de algún tiempo o en cuanto haya pasado el peligro de la ejecución forzosa). En estos últimos casos

⁵⁹¹ ALBERTO AURICCHIO: *La simulazione nel negozio giuridico. Premesse generale*. Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell'Università di Napoli. Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1957, pp. 187-188.

⁵⁹² E. BETTI: *Op. cit., Teoría general...*, p. 300.

⁵⁹³ *Id.*, p. 301. “Certo es –continúa BETTI- que al distinto grado de discrepancia corresponde una diferente postura subjetiva de las partes. Pero tal postura no se refiere ni a la voluntad de la declaración (que en la simulación no falta en absoluto) ni a una pretendida voluntad de los efectos (que no existe ninguna necesidad de invocar) sino, justamente, a la consideración del acto como vinculante, la que, salvo exclusión o reserva, acompaña a la conciencia del significado del acto mismo, es inmanente a tal conciencia y, en cierto sentido, se identifica con ella (...), siendo a veces impropriamente calificada como voluntad de lo declarado.”

⁵⁹⁴ *Id.*, pp. 235-236.

la enajenación fiduciaria se asemeja tanto al negocio simulado, que los factum apenas pueden diferenciarse.”⁵⁹⁵

De las sentencias que se han citado hasta aquí, puede apreciarse que el Tribunal Supremo ha seguido regularmente esta línea teórica, con la que concuerda la mayor parte de los autores españoles. Puede agregarse a ellas, la sentencia de 23 de febrero de 1951 que entre otras, destacó como diferencias entre ambos negocios, el hecho de que mientras el simulado es simple y y tiene a producir un engaño, el fiduciario reviste una forma compleja y, salvo probarse la existencia de fraude, es un negocio válido.⁵⁹⁶ Sin embargo de esa relativa coincidencia entre los autores, las diferencias asoman a la hora de identificar el elemento distintivo, cuestión que, por lo demás, poco tiene de extraño en el debate jurídico. Gete-Alonso, por ejemplo, sitúa la diferencia entre ambos negocios en la existencia de *voluntad negocial*: “en el contrato fiduciario no se quiere una apariencia que luego se destruye en el acuerdo simulatorio, sino que existe auténtica voluntad de provocar el efecto querido (la transmisión de menor alcance), mientras que en la simulación el contrato no es querido (los problemas

⁵⁹⁵ A., VON THUR: *Op. cit.*, *Derecho civil...*, Vol. II, p. 506. Debe observarse que en el criterio de la mejor doctrina los ejemplos propuestos por VON THUR de negocio encaminado a engañar sobre el estado del patrimonio, particularmente la compraventa para burlar acreedores, son hipótesis, cuando no de fraude pauliano, de simulación absoluta, de manera que en este caso, superada la confusión, no existiría la dificultad que acusa el autor alemán para distinguir entre fiducia y simulación, problema que solamente se da en los casos de simulación relativa.

⁵⁹⁶ La posición jurisprudencial, sin embargo, no siempre ha sido clara. Ejemplo de ello es la STS 550/1997 de 19 junio (RJ 1997\5418) que, por decir lo menos, resulta particularmente confusa. En su Fundamento de Derecho Primero expresa que “como bien dice la sentencia recurrida (AP de Segovia, 9.12.1992), es que la relación contractual entre las partes antedichas, se debe calificar y tipificar como la de un contrato fiduciario (...) Dicho lo anterior, hay que resaltar que la prueba del núcleo de dicho contrato encierra, a veces, gran dificultad, ya que siempre se tiene mucho cuidado de que el mismo tenga todos los requisitos legales, tanto sustantivos como formales, para dar una apariencia de verosimilitud.” Sin embargo de dichas calificación y advertencia, la resolución considera a continuación que “los causantes de los recurrentes y antes demandados habían sido interpuestos contractualmente como simples «testaferros», y que lo que trataban era de ocupar el puesto de los causantes de los recurridos antes demandantes, actuando como compradores, sin tener tal voluntad y sin dar el importe del precio, con el fin de que, éstos, obtuvieran la adjudicación de unas viviendas de protección oficial, a la que no podían optar, por tener otra de las mismas características ya en propiedad. Y en base a dichos hechos estimados probados, es por lo que hay que calibrar los efectos reales de tal contrato fiduciario, que llevan ineludiblemente a deshacer la apariencia de protección jurídica que lo configuraba, por lo que la «norma de cobertura» que lo amparaba no le será aplicable, sino que debe prevalecer el contrato lo que se deriva del contrato obligacional antedicho, que se puede denominar «inter amigos».

de delimitación sólo surgen cuando la finalidad fiduciaria no consta claramente).⁵⁹⁷ Muñoz Sabaté, con mucho acierto, pone el énfasis en el *animus fraudendi*, implícito en la simulación pero que resulta impensable en el negocio fiduciario que se sustenta en la confianza.⁵⁹⁸

Cárcaba Fernández esgrime tres razones de las que deriva que las normas propias de la simulación son inaplicables a los negocios fiduciarios, y que sintetizan los diferentes argumentos que se han planteado por los seguidores de esta doctrina:

a) el contenido de la voluntad de las partes, que en el negocio fiduciario se dirige a transmitir realmente la propiedad del bien objeto de contratación, lo que no ocurre en la simulación;⁵⁹⁹

⁵⁹⁷ M. GETE-ALONSO: *Op. cit.*, *Teoría general...*, pp. 659-660.

⁵⁹⁸ Luis MUÑOZ SABATÉ: *La prueba de la simulación. Semiótica de los negocios jurídicos simulados*. Ed. Hispano Europea, Barcelona, 1972, p. 122. En Argentina, A. SPOTA sitúa la diferencia en la *atribución patrimonial* a favor del fiduciario o de un tercer beneficiario (*Op. cit.*, *Contratos...*p. 444).

⁵⁹⁹ El punto expuesto es acertado en tanto se refiera a la simulación absoluta, porque tratándose de la relativa también se da la voluntad de transmisión del dominio, aunque a título diferente, como ocurre con la compraventa simulada que encubre un contrato de donación. En tal caso pueden producirse confusiones a la hora de calificar el contrato, como se aprecia en la STS 89/2003 de 13 de febrero. Se trataba de una demanda en la que el actor pretendía la declaración de su dominio sobre una vivienda que había comprado por instrumento privado y pagado su precio y respecto de la cual, tres años después, los vendedores, por expresa petición de aquél, otorgaron la escritura pública de compraventa a nombre de su conviviente. El Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Palma de Mallorca desestimó la demanda y con fundamento en varios indicios, entre otros, la convivencia extramatrimonial entre las partes y la renuncia de sus derechos sobre la vivienda que hiciera el actor a favor de la adquirente, declaró que se trataba de un caso de simulación relativa mediante la apariencia de una compraventa que encubría una donación que declaró válida y que excluye la figura de *fiducia cum amico*. En nivel de apelación, la AP de Palma de Mallorca desestimó la calificación del Juez *a quo* por no cumplir la escritura de compraventa el requisito legal relativo a la esencialidad de la escritura pública de donación, además de faltar en aquella escritura el *animus donandi* y no existir coincidencia entre las partes otorgantes del contrato simulado de compraventa con el pretendido de donación; y consideró que el negocio de autos comportaba una *fiducia cum amico*. El Tribunal Supremo, luego de hacer un prolijo análisis sobre el contenido y caracteres del negocio fiduciario, alguno de cuyos pasajes se han citado en distintos lugares de este trabajo, resolvió casar la sentencia de la AP de Palma de Mallorca y confirmar la calificación de simulación relativa hecha por el Juzgado de Primera Instancia. En uno de sus partes más relevantes y certeros, la sentencia del Tribunal Supremo expresa: "Calificar como hace la Sala "a quo" de que, en este conjunto de actos y circunstancias acontece una "fiducia cum amico", supone forzar los canales de la interpretación y, sin más, encontrar un voluntarismo negocial, por completo inexistente en el litigio, porque, esa fiducia presupone unos vínculos entre fiduciante y fiduciario para que por éste se cumpla el encargo confiado, y por tanto su propiedad formal desaparezca y se reintegre o la reintegre a la real de la fiduciante y, mal puede ello predicarse, cuando tras la adquisición primitiva por la compradora, ésta mantiene su titularidad con

b) la finalidad del negocio, que en la simulación es esencialmente el engaño de terceros, lo que no ocurre en el negocio fiduciario; y

c) la causa del negocio que, como explica Betti, en el caso de la simulación configura una verdadera incompatibilidad, en tanto en el negocio fiduciario se presenta como una simple discordancia. A ello la autora española agrega el hecho de que en la simulación cualquiera de las partes puede atacar la eficacia del negocio simulado, que solamente se presenta como una apariencia, mientras que en el negocio fiduciario el fiduciante sólo tiene acción para perseguir del fiduciario el cumplimiento de su obligación de confianza.⁶⁰⁰

3) Entre los extremos descritos, se posiciona una tendencia ecléctica que sin desconocer las diferencias entre los negocios fiduciarios y los simulados, no descarta la posibilidad de que los primeros puedan ser tan bien reales como simulados, ocurriendo esto último, según Jordano Barea, cuando la *causa fiduciae* se realiza bajo la “apariencia” de un negocio causal típico traslativo de dominio.⁶⁰¹

66. La complejidad del negocio fiduciario. La doctrina del doble efecto.

Para la doctrina *tradicional* en esta materia, que viene del *pactum fiduciae* del derecho romano y se reconstruyó modernamente por Ferdinand Lederberger, para ser desarrollada, entre otros, por Ferrara y Cariota Ferrara, en Italia, Von Thur, en Alemania y Castán Tobeñas en España,⁶⁰² el negocio fiduciario resulta

la aquiescencia del supuesto fiduciante y hasta inscribe su derecho patrimonial con total autonomía.”(FJ 6º b).

⁶⁰⁰ M. CÁRCABA FERNÁNDEZ: *Op. cit., La simulación...*, pp. 56-57. Sin embargo, la autora admite la posibilidad de una simulación relativa en la que el negocio disimulado sea fiduciario y ello ocurre cuando la *causa fiduciae* es disimulada, es decir, querida bajo la apariencia de un negocio causal distinto. También M. GETE-ALONSO se refiere a esta posibilidad: “El contrato fiduciario puede realizarse también simuladamente, es decir (y el supuesto no es infrecuente), en lugar de que aparezca al exterior la finalidad fiduciaria buscada (la limitación de la propiedad transmitida) se concluye un contrato bajo el que se amaga la finalidad en que consiste la fiducia. Cuando haya simulación habrá que aplicar, desde luego, las reglas de ésta y examinar, en su caso, si ha habido una simulación absoluta o relativa” (*Op. cit., Teoría general del contrato...*, p. 659).

⁶⁰¹ En J. MOSSET ITURRASPE: *Op. cit., Contratos simulados...*, Tomo I, p. 175

⁶⁰² En Chile la sostiene FUEYO LANERI: *Op. cit. Algunos aspectos del negocio fiduciario...*, p. 869-870.

de la combinación de dos negocios distintos, “de índole y efectos diferentes, colocados en oposición recíproca” (Ferrara). Esta estructura compleja consta:

1º, de un *contrato real positivo*, la transferencia de la propiedad o del crédito, que se realiza de modo perfecto e irrevocable;

2º, de un *contrato obligatorio negativo*, la obligación del fiduciario de usar tan sólo en una cierta forma el derecho adquirido, para restituirlo después al transferente o a un tercero.”⁶⁰³

El *doble efecto* de la figura consiste, el primero, en la *perfecta* transferencia dominical de la cosa *sub fiducia* al fiduciario, con el consiguiente desprendimiento de la propiedad del fiduciante; y el segundo, inspirado en el *pactum fiduciae* romano, en todo distinto al anterior, que genera únicamente las obligaciones relativa al uso pactado de la cosa y a la de restitución por el fiduciario, pero que, según Ferrara, no afecta a la eficacia real de la transferencia, no la imita ni subordina. Como consecuencia de ello, el fiduciante no puede reclamar dominio sobre la cosa, sino que dispone solamente del derecho a reclamar al fiduciario su restitución. Visto de esta manera, resulta obvio que en la operación fiduciaria se produce un efecto jurídico de notable amplitud, mejor aún, de amplitud máxima (la transferencia del dominio) para conseguir una finalidad económica o práctica más restringida (la garantía o la gestión que motiva el negocio); o como lo presenta Santos Briz, rescatando otro dicho de Ferrara,⁶⁰⁴ un efecto fuerte frente a un efecto débil, dándose el caso de que, “tal como lo predica la doctrina jurisprudencial, el efecto débil sigue teniendo la misión de enfrentarse y prevalecer sobre el más fuerte.”⁶⁰⁵ Mientras el primer negocio, por su naturaleza real, es eficaz *erga omnes*, el segundo, por su carácter obligacional, sólo lo es

⁶⁰³ F. FERRARA: *Op. cit.*, *Simulación...*, pp. 83-84. J. SANTOS BRIZ se ha referido a esta particularidad como “la paradoja del contrato fiduciario” pues consiste “en apelar a la libertad de contratación, a la autonomía de la voluntad, para sostener que los contratantes han pretendido lo que sin duda les resultaría más difícil de concebir: que hay que combinar la transmisión de un derecho real con la imposición de una obligación personal al adquirente para que se puedan lograr los resultados prácticos perseguidos.” (*Op. cit.*, *Tratado de Derecho Civil...*, Tomo III, p. 513).

⁶⁰⁴ F. FERRARA: *id.*, p. 84.

⁶⁰⁵ J. SANTOS BRIZ *et al:* *id.*, p. 509. M. CÁRCABA FERNÁNDEZ, al comentar la *fiducia* romana, habla de un medio empleado que sobrepasa los fines perseguidos (*Op. cit.*, *La simulación*, p. 53).

inter partes, como lo precisó el Tribunal Supremo en la S. de 18 de febrero de 1965.

Castán Tobeñas asume la tesis del doble efecto con algunas variaciones que tocan preferentemente al efecto de la transferencia dominical,⁶⁰⁶ idea que plasmó en la sentencia de 25 de mayo de 1944 del Tribunal Supremo, de la cual fue ponente. Al decir de De Castro y Bravo, formidable crítico de esta tesis, Castán y esa sentencia introdujeron en España la doctrina del doble efecto en su formulación más extremada.⁶⁰⁷

Como ya se expuso en las primeras líneas de este Capítulo, son varias las sentencias del Tribunal Supremo que se han pronunciado por el doble efecto del negocio fiduciario, nacido de dos contratos, uno de ellos real, de transmisión del dominio, eficaz "erga omnes", y otro obligacional, válido *inter partes*, destinado a compeler al adquirente a actuar de forma que el fiduciario no impida el rescate de los bienes por el fiduciante cuando se dé el supuesto obligacional pactado a cargo de éste (SS. 23 de febrero de 1951;⁶⁰⁸ 3 de mayo de 1955;⁶⁰⁹ 18 de febrero de 1965;⁶¹⁰ 9 de diciembre de 1981, RJ 1981/5153; 19 de junio de 1997, RJ 1997/5418; 16 de noviembre de 1999, RJ 1999/8612; 7 de junio de 2002, RJ 2002/4875; 30 de marzo de 2004, RJ 2004/ 2603); 814/2004 de 26 julio, RJ2004\6633). La sentencia 89/2003 de 13 de febrero recogió esos conceptos y se refirió a la recepción jurisprudencial de esta tesis para destacar que el Tribunal Supremo la aplicó en muy pocos casos, como en la S. de 18 de febrero de 1965 (RJ 1965, 882), y que "esa doctrina con los enérgicos efectos que de ella

⁶⁰⁶ J. CASTÁN TOBEÑAS: *Op. cit.*, *Derecho civil español...*, Tomo I, Vol. II, p. 677.

⁶⁰⁷ F. DE CASTRO Y BRAVO: *Op. cit.*, *El negocio jurídico...*, p. 404. No parece muy claro aquello de que CASTÁN TOBEÑAS representa una versión extremada de la doctrina del doble efecto, sobre todo cuando se observa su conclusión acerca de la naturaleza del derecho del fiduciario que corresponde más bien a un enfoque de la tesis del negocio complejo con finalidad unitaria que ha sido considerada, por el propio DE CASTRO Y BRAVO, como una fórmula que evita las "repugnantes injusticias que origina la doctrina del doble efecto." (*Vid infra*, §69.3).

⁶⁰⁸ Tomada de J. CASTÁN TOBEÑAS. *Id.*, p. 680.

⁶⁰⁹ *Id.*, p. 681.

⁶¹⁰ Esta sentencia icónica de la tesis del doble efecto, es citada regularmente por los autores españoles que abordan el tema; entre otros, F. DE CASTRO Y BRAVO: (*Id.*, p. 381), J. L. DE LOS MOZOS (*Op. cit.*, *Negocio jurídico...*, p. 482) y M. CÁRCABA FERNÁNDEZ (*Op. cit.*, *La simulación...*, p. 53-54). DE LOS MOZOS dice de ella que "acepta con implacable y peligrosa lógica la teoría del "doble efecto" (*Ibidem*).

lógicamente derivan, ha evolucionado en un sentido que viene a descartar aquella concepción de la fiducia que, en sistema, como el de nuestro ordenamiento jurídico, resulta de difícil adecuación dada la relevancia de la causa en los contratos, de forma que se ha llegado, no sin críticas de orden conceptual, a entender que el fiduciario ostenta sobre los bienes una titularidad formal, o una titularidad que se califica de fiduciaria o de dominio impropio, como si se produjera una especie de división del dominio en una parte formal y otra material, conservando el fiduciante la titularidad real y material de los bienes, quedando aquella formal del fiduciario en estricta dependencia de los pactos que la originan y con el alcance de ellos derivado.”

67. Crítica a la doctrina del doble efecto.

Posiblemente la crítica más profunda y documentada que se ha hecho en España a la tesis del doble efecto, es la formulada por De Castro y Bravo en su capital estudio sobre el negocio jurídico, en el que la disecciona minuciosamente para objetarla desde diversos frentes, que van de la lectura de sus antecedentes históricos hasta el examen de la causa, aspecto este último que la pone en entredicho con el sistema causalista español, pasando por el cuestionamiento de lo que se ha venido manejando, a su juicio arbitrariamente, como interpretación de la voluntad de las partes, para citar solamente las críticas que me parecen más relevantes, puesto que no es posible ni pertinente, en un trabajo como el presente, abarcar el interesante y extenso análisis del maestro español.

a) Respecto de lo primero, De Castro y Bravo pone en duda la fundamentación de esta teoría en la *fiducia* romana, aunque de inmediato aclara que su cuestionamiento se refiere a la fiducia evolucionada por obra de los jurisprudentes, porque originariamente “podría decirse, con razón, se separaba en dos negocios bien distintos.⁶¹¹

⁶¹¹ F. DE CASTRO Y BRAVO: *Op. cit.*, *El negocio jurídico...*, p. 390.

b) Sobre el frecuente argumento de una supuesta voluntad de las partes en el sentido de utilizar conscientemente una vía indirecta para conseguir ciertas ventajas no alcanzables por los caminos normales, De Castro y Bravo la ataca por infundada: “Quien hace una venta para garantizar al prestamista la devolución de lo prestado, quiere conseguir el préstamo y, porque no puede otra cosa, pasa por aquella imposición. Ni dice ni cabe presumir que quisiera desprenderse definitivamente de su propiedad.”⁶¹²

c) En lo que dice relación con la causa, observa que aquel negocio utilizado como medio carece de causa real y trae a cuento el contrato de compraventa celebrada en la *fiducia cum creditore* en el que el *acreedor-comprador* no paga precio alguno, de manera que falta la contraprestación propia de los contratos con causa onerosa. A la vez, descarta una posible *causa fiduciae* como causa atípica que pueda reemplazarla.⁶¹³ A partir de allí formula la que ha devenido en objeción usual, en el sentido de que la tesis del doble efecto puede sostenerse en el sistema abstracto del derecho alemán, pero que es indefendible en un sistema causal como el español.⁶¹⁴ De los Mozos se suma a la crítica de De Castro y Bravo, particularmente a su argumentación sobre la *causa fiduciae*, creación artificiosa que no puede satisfacer las exigencias que del ordenamiento hace a este respecto; y a la circunstancia de que el sistema español, que no contempla el *contrato real abstracto*, priva de base a la doctrina del doble efecto.⁶¹⁵ También lo hace Lacal Fuentes, esencialmente desde la perspectiva del fraude a la ley. Este autor considera absurdo creer que se pueda recurrir a transmisiones plenas del dominio utilizando un medio jurídico que está fuera de la intención de las partes, en circunstancias de que el acreedor dispone de los medios normales para la garantía del crédito; y concluye que “cuando se adultera el contrato para asegurar un crédito mediante traspaso de la cosa en propiedad al

⁶¹² *Id.*, p. 385.

⁶¹³ *Id.*, pp. 407-408.

⁶¹⁴ *Id.*, p. 408.

⁶¹⁵ J. L. DE LOS MOZOS: *Op. cit.*, *Negocio jurídico...*, pp. 476-477.

acreedor (...), es con toda evidencia un negocio “in fraudem legem” o un contrato simulado o simplemente disimulado.”⁶¹⁶

Sentencias del Tribunal Supremo, como la 89/2003 de 13 febrero,⁶¹⁷ y 814/2004 de 26 de julio, abordaron directamente esta cuestión, refiriéndose a “la ya superada tesis del doble efecto” advirtiendo que si bien el Tribunal Supremo “la aplicó en muy pocos casos, como en la S. de 18 de febrero de 1965,⁶¹⁸ esa doctrina con los enérgicos efectos que de ella lógicamente derivan, ha evolucionado en un sentido que viene a descartar aquella concepción de la fiducia que, en sistema, como el de nuestro ordenamiento jurídico, resulta de difícil adecuación dada la relevancia de la causa en los contratos.”

¿Dónde está la reciprocidad de las prestaciones propia del contrato con causa onerosa?, se pregunta De Castro y Bravo con ocasión de la *fiducia cum creditore*. “Las obligaciones asumidas por el fiduciario no pueden ser valoradas como contraprestación de la pérdida de la propiedad que sufriría el fiduciante; no son un “quid pro quo”. El fiduciante no ha recibido nada por lo que ha dado (...) El fiduciario recibe la propiedad, recibe también la garantía y en contraprestación nada ha dado, de nada se ha desprendido; el fiduciante pierde la propiedad, se desprende de ella para garantizar a otro y nada ha recibido, ni por lo uno ni por lo otro. En la venta en garantía, por tanto, no parece posible encontrar una causa que merezca el calificativo de onerosa y que así justifique el paso pleno y definitivo de la propiedad al fiduciario.”⁶¹⁹

Sin embargo la jurisprudencia del Tribunal Supremo no lo ha visto así, aunque no siempre su visión ha sido muy uniforme, cosa que no provoca extrañeza cuando se trata de la escurridiza causa contractual. Las sentencias de 22 de febrero de 1995,⁶²⁰ 89/2003 de 13 febrero⁶²¹ y 814/2004 de 26 julio,⁶²²

⁶¹⁶ P. LACAL FUENTES: *El tema del negocio simulado*. En Revista de Derecho Privado, N° 403, p. 782. Cit. por FUEYO LANERI: *Op. cit. Algunos aspectos del negocio fiduciario*, pp. 872-873.

⁶¹⁷ RJ 2003/1046.

⁶¹⁸ RJ 1965/882.

⁶¹⁹ *Id.*, pp. 407-408.

⁶²⁰ RJ 1995/1700.

⁶²¹ RJ 2003/1046.

⁶²² RJ 2004/6633.

estimaron, contradiciendo la objeción de De Castro y Bravo, que en estos negocios la causa está “en la concesión de facultades dispositivas al fiduciario para alcanzar una determinada y prevista finalidad, con el riesgo inherente en estos negocios de que el fiduciario abuse de su posición jurídica y emplee aquellas facultades no en utilidad o beneficio del fiduciario.” Es, en otras palabras. lo que plantea Ferrara cuando afirma que si bien el patrimonio del fiduciario aparece aumentado por la transferencia, ese efecto se neutraliza con la obligación negativa que el impone el mismo negocio fiduciario.⁶²³ En otra oportunidad -S. de 8 de marzo de 1988- el Tribunal Supremo optó, en cambio, por la aceptación de la discutida *causa fiduciae* y dijo que el fiduciario es “en su conjunto un contrato causal (...) en el que la “causa fiduciae” no consiste en la enajenación propiamente, sino en la garantía o afianzamiento del débito a que al relación obligatoria responde.”

Este debate no hace sino confirmar, una vez más, la forma en que el tema de la causa enrarece el panorama negocial, y obliga, puesto que un ordenamiento positivo causalista así lo demanda, a entrar con o sin gusto en la liza. Parece razonable pensar, como lo hace De Castro y Bravo, que las obligaciones de aplicar a un fin y de restituir la cosa, no sean causa suficiente del contrato por el cual se transfiere su dominio al fiduciario. Pero hasta aquí llega la coincidencia, porque creo que sí lo es la ventaja efectiva y de valor más o menos considerable que el fiduciante obtiene con el negocio fiduciario; de lo contrario ¿para qué lo celebraría? También es cierto que en el caso de la venta en garantía normalmente el *deudor-fiduciante* no tiene alternativas para escoger, pero no por ello se puede desconocer que el préstamo recibido, de ser ese el caso, es su ventaja y la esquivada contraprestación; y en el caso de la *fiducia cum amico* lo es la gestión a que, en beneficio del fiduciante, se obliga el fiduciario. En ambos casos se trata de la prestación de *una cosa o de un servicio* que pueden ser causa suficiente, en general, de un contrato oneroso, según el artículo 1274 CC, aunque ninguna de ellas corresponda, en rigor, a la llamada *causa típica* del contrato de

⁶²³ F. FERRARA: *Op. cit., Simulación...*, pp. 85-86.

compraventa. Ahora bien, como las contraprestaciones señaladas no se incorporan definitivamente al patrimonio del fiduciante (p. ej., el préstamo debe devolverlo, el servicio prestado es transitorio), tampoco la transferencia fiduciaria debe ser definitiva, de allí que sea menester pensar en un mecanismo que ponga término al derecho de propiedad del fiduciario, una vez lograda la finalidad económica que se perseguía con el negocio instrumental. Si aquello no se acepta, parecería necesario entonces recurrir a una posible *causa fiduciae*, propia de este mecanismo negocial y autónoma respecto de la causa del negocio utilizado como medio.⁶²⁴

68. La tesis del negocio complejo con finalidad unitaria.

Como reacción a las dificultades que plantea la tesis del doble efecto, y a lo que suele calificarse como sus consecuencias jurídicas desmesuradas, se ha hablado del negocio fiduciario como un negocio unitario, concepto que tampoco convence a De Castro y Bravo; o más frecuentemente, en el lenguaje que ha hecho suyo del Tribunal Supremo, de un negocio mixto o complejo *con finalidad unitaria*. Es decir, de la combinación de los negocios real y obligacional que explican tradicionalmente la estructura del negocio fiduciario, y de la que es difícil prescindir, pero no en el sentido que describió Ferrara, de negocios paralelos e

⁶²⁴ Para A. SPOTA (*Op. cit.*, *Contratos...*, Tomo I, p. 444-445), en el Derecho argentino no es “decisiva la argumentación de que se trataba de un acto abstracto y que sólo proceden, en materia de contratos, los contratos causados: se transmite el derecho “por causa” de compraventa, permuta, cesión, donación, mutuo, como lo ha pretendido una parte de la doctrina italiana. Esto, porque no sólo la ley permite la abstracción impropia o procesal (art. 500), sino también, porque dentro del marco de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual (arts. 21, 944, 953, 1137, 1197 y 1198), caben todos los acuerdos que cuenten con objeto-fin social, y no puede negarse que la fiducia responde a objetivos no repudiados por el ordenamiento legal –la donación, la garantía del acreedor, el mandato, etc.–, y ello un cuando el contrato o el negocio jurídico sea abstracto.” De las disposiciones legales citadas por el tratadista argentino, posiblemente la que mejor sustenta su opinión es la del artículo 953 que se refiere a las cualidades del objeto de los actos jurídicos: *El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que no perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto.*

independientes, al punto de que el segundo no afecta la eficacia real que ocasiona el primero, sino articulados por una conexión que los hace interdependientes; o si se prefiere, dependientes pero con vocación unitaria, de suerte tal que el derecho del fiduciario sobre la cosa coexiste con el del fiduciante sobre la misma, en una relación que varía en el concepto de los diferentes autores. Esta parece ser la doctrina predominante del Tribunal Supremo, de la que dan cuenta, por todas, las SS. de 8 de marzo de 1963,⁶²⁵ 18 de febrero de 1965,⁶²⁶ y 8 de marzo de 1988.⁶²⁷

Ahora bien, cualquiera sea la tesis que se tenga en cuenta, la configuración indiscutiblemente compleja del negocio fiduciario, y aunque en ocasiones la apariencia pueda sugerir lo contrario, sienta una profunda diferencia, a veces difícil de percibir, con el negocio simulado, que se presenta como una operación única en la que no hay cabida para dos negocios con vitalidad jurídica. En efecto, o se trata del negocio simulado o de la nada, en las hipótesis de simulación absoluta; y del aparente o el disimulado, en los de simulación relativa, pero en ningún caso los dos. Lo dicho, claro está, con la opinión disidente de De Castro y Bravo que, como ya se vió, no acepta la tesis del doble efecto ni la del efecto único, lo que significa, ni más ni menos, desconocer la entidad del negocio fiduciario al que, negada toda forma de causa, lo considera simplemente un negocio simulado.

69. El reflejo de la controversia en los derechos de fiduciante y fiduciario.

La concurrencia de negocios que construyen la *mixtura* del negocio fiduciario, que Betti prefiere denominar *momentos* (real o externo y obligatorio o interno), plantea, según dicho autor, la necesidad de un adecuado reparto, entre

⁶²⁵ RJ 1963/1628.

⁶²⁶ Sentencia de singular importancia, usualmente citada por los autores que tratan este tema, como DE CASTRO Y BRAVO (*Op. cit., El Negocio jurídico...*, p. 381), CÁRBABA FERNÁNDEZ (*Op. cit., La simulación...*, pp. 53-54) y VALLET DE GOYTISOLO (*Op. cit., Negocios en fraude de ley...*, p. 218), entre otros.

⁶²⁷ RJ 1988/1607.

fiduciante y fiduciario, de la legitimación sobre la cosa confiada o derecho concedido, para lo cual, desde un punto de vista abstracto, hay varias soluciones posibles, en lo que se refiere al poder del fiduciario: derecho pleno del fiduciario, legitimación conjunta de fiduciante y fiduciario, subordinación del poder de este último a una condición resolutoria, o bien, disponibilidad propia del derecho ajeno consiguiente a una simple concesión de poderes.⁶²⁸

1. Tesis de la titularidad del fiduciario.

En el debate abierto entre las doctrinas anotadas palpita un tema de fondo que dice relación con la naturaleza del derecho del fiduciario respecto de la cosa recibida. En su versión más radical la tesis del doble efecto supone que el fiduciante se desprende efectivamente de su propiedad (de la cosa material o del derecho que transfiere) a trueque de un derecho personal que sólo le autoriza para exigir al fiduciario, nuevo titular del dominio, además de la aplicación a un fin determinado, la restitución cuando se haya logrado esa finalidad, con el consiguiente riesgo de que aquello no se cumpla. Es la tesis de Ferrara, para quien el fiduciario “se convierte en titular del derecho frente al mismo enajenante, sin que el fin económico de la transmisión se desenvuelva fuera de la relación obligatoria”, de tal manera “que cuando ese fin se realiza, la propiedad o el crédito no vuelven *ipso iure* al transmitente o cedente, sino que éste puede tan sólo exigir la retrocesión”;⁶²⁹ y ello ocurre precisamente porque “el enajenante o cedente transmite sus derechos de propiedad o de crédito al comprador o cesionario; y queda a la fe—fiducia— de éste —de aquí el nombre de negocios fiduciaros— el servirse del derecho adquirido únicamente para el fin que se convino.”⁶³⁰

Este planteamiento del profesor italiano es consecuente con su concepto principal de independencia de los efectos real y obligacional del negocio fiduciario,

⁶²⁸ E. BETTI: *Op. cit., Teoría general...*, p. 233.

⁶²⁹ F. FERRARA: *Op. cit., Simulación...*, pp. 90-91.

⁶³⁰ *Id.*, pp. 82-83. “Es pues inexacta —agrega FERRARA— la concepción de Dernburg, que distingue en el negocio fiduciario dos relaciones, una externa y otra interna, y mientras reconoce la plena titularidad del fiduciario respecto a los terceros, considera que respecto al fiduciante, el fiduciario no pasa de ser un simple mandatario” (*Id.*, p. 90).

de tal manera que en el pensamiento ferrariano, el segundo, propio del contrato obligatorio, tiene una influencia “puramente indirecta” en el primero –el contrato real- debido a que “la convención negativa no afecta a la eficacia real de la transferencia; no la limita ni la subordina –el traspaso de la propiedad o del crédito subsiste puro e incondicionado-, sino que se trata de proteger indirectamente al favorecido, por medio de una obligación personal del fiduciario.”⁶³¹

Messineo y Cariota Ferrara sustentan criterios similares. Para el primero el negocio fiduciario produce una transferencia efectiva del derecho *aun respecto de los terceros*.⁶³² El segundo sostiene que el fiduciario puede disponer válidamente del bien transferido, contradiciendo inclusive la obligación asumida (*anche in contraddizione dell'obbligo assunto*), violación que sólo daría lugar al resarcimiento de perjuicios.⁶³³ Guastavino ha planteado lo propio en Argentina: “el fiduciario es propietario de la cosa no sólo ante los terceros, sino frente al mismo fiduciante.”⁶³⁴ En otro pasaje, citado por Noemí L. Nicolau, que sigue su pensamiento, el autor argentino explica que ello ocurre porque “el fiduciante transmite al fiduciario, de manera plena, su derecho de dominio o cualquier otro derecho, y este último asume la obligación de devolver al fiduciante el derecho recibido, una vez cumplidos los fines que se hayan contemplado en el contrato (...) Por tanto, el fiduciario tiene *potestad de abuso*, es decir, la posibilidad “de transmitir plenamente a terceros el derecho recibido, de modo que el titular originario no tenga acción contra ellos.”⁶³⁵ La tesis es compartida radicalmente por Fueyo Laneri, en Chile, que se refiere a la titularidad plena del fiduciario, “que adquiere la calidad de señor y dueño “*erga omnes* (...) no solamente ante los terceros, ajenos al negocio fiduciario, sino ante el propio fiduciante (...) el derecho real ha desaparecido en el fiduciante y, situado en patrimonio de aquél, es posible su disposición libre, sin derecho a reivindicación en manos de terceros

⁶³¹ *Id.*, p. 84.

⁶³² F. MESSINEO: *Op. cit.*, *Doctrina general*..., Tomo II, p. 62.

⁶³³ L. CARIOTA FERRARA: *Op. cit.*, *Il negozio giuridico*..., p. 237.

⁶³⁴ Tomado de MOSSET ITURRASPE: *Op. cit.*, *Contratos simulados*..., Tomo I, p. 177.

⁶³⁵ Lidia Noemí NICOLAU: *Fundamentos de Derecho contractual*. Tomo I. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, pp. 182-183.

adquirentes por algún título translaticio, o en manos de los acreedores del fiduciario.”⁶³⁶

En España esta doctrina no ha ganado muchos adeptos. De Diego se inclina por ella y plantea que mirada hacia afuera la relación jurídica que nace del negocio fiduciario, es decir, respecto de terceros, el fiduciario goza del poder que corresponde a su posición jurídica –de propietario- sin limitación alguna.⁶³⁷

2. Tesis que niega la transferencia efectiva del dominio al fiduciario.

La radicalidad de la tesis anterior ha dado lugar, como suele ocurrir con las actitudes extremas, a una reacción de radical oposición, que desconoce una efectiva transferencia del dominio al fiduciario y que puede apreciarse en algunas sentencias del Tribunal Supremo. En efecto, la sentencia de 8 de marzo de 1988 se refirió a “la limitada eficacia real de la venta en garantía que no pudiendo oponerse al fiduciante por no haberse operado una verdadera transmisión del dominio “inter partes” (...) de todo lo cual se concluye que la actora (el fiduciario, en un caso de *fiducia cum creditore*), propietaria formal, no puede obtener más que la devolución de lo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, al no ser esa la finalidad perseguida, que sólo quiso la garantía, sin voluntad de comprar y vender.”

El Tribunal Supremo volvió a insistir sobre estos conceptos en la sentencia de 6 de abril de 1992⁶³⁸. El argumento de la no integración al patrimonio del fiduciario (“no puede integrar el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante”) se ha utilizado no pocas veces por la jurisprudencia, pudiendo citarse al efecto, además de las ya expuestas, las SSTS

⁶³⁶ F. FUEYO LANERI: *Op. cit. Algunos aspectos del negocio fiduciario...*, p. 870.

⁶³⁷ Clemente DE DIEGO. En A. ALESSANDRI Y M. SOMARRIVA: *Op. cit., Derecho Civil...*, Tomo I Vol. I, p. 460.

⁶³⁸ RJ 1992/6186.

de 22 de febrero de 1995,⁶³⁹ 89/2003 de 13 de febrero ⁶⁴⁰ y 814/2004 de 26 de julio.⁶⁴¹

Y es que, no se dude -dijo en la sentencia 814/2004 de 26 julio-⁶⁴² la razón de esa doctrina radica en que, en rigor, si se admite que por el incumplimiento de sus obligaciones por parte del vendedor-fiduciante, se produce ese efecto traslativo de propiedad a favor del comprador, se está, crasamente, infringiendo la clásica prohibición del pacto comisorio, el que, sin una expresiva regulación en nuestro Código Civil (LEG 1889, 27) –salvo la línea sancionadora de los arts. 1859 y 1884 CC–, responde a elementales razones de justicia impeditiva que se permitan supuestos negociales en los que por penurias o carencias económicas, los deudores, en su caso, y en evitación de reclamaciones de sus acreedores, para el pago de sus créditos, se vean forzados a enajenar en contratos de compraventa sus bienes en garantía de pago de esos débitos, con el consiguiente devalúo del precio convenido.“

3. Tesis del dominio compartido.

Las posiciones encontradas que se han expuesto, especialmente la de transferencia del dominio efectivo y pleno al fiduciario, han incomodado a la doctrina moderna que, cada vez más, juzga desorbitado esto último. Al abrigo de esta preocupación se ha abierto paso una vía argumental que atempera el rigor de la tesis del doble efecto, aunque en ocasiones las fórmulas empleadas parezcan bastante forzadas y pensadas con el único propósito de evitar las exageradas consecuencias de la doctrina del doble efecto (de lo contrario, ¿cómo entender que el fiduciante no transfiera el dominio al fiduciario, sino solamente un dominio formal?).

Obsérvese, por ejemplo, la STS. de 8 de marzo de 1988 según la cual en el caso frecuente de la compraventa que opera como *fiducia cum creditore*, hay

⁶³⁹ RJ 1995/1700.

⁶⁴⁰ RJ 2003/1046.

⁶⁴¹ RJ 2004/6633.

⁶⁴² RJ 2004/6633.

un contrato real, de transmisión del dominio, eficaz *erga omnes*, junto a otro de tipo obligacional, válido inter partes, destinado a compeler al adquirente a actuar de forma que el fiduciario no impida el rescate de los bienes por el fiduciante cuando se de el supuesto pactado, pues “constrañe la devolución de lo adquirido para cuando la obligación crediticia, que el primero asegura, para añadir luego que no puede oponerse al fiduciante “por no haberse operado una verdadera transmisión del dominio.”⁶⁴³

En esencia, se plantea que fiduciante y fiduciario tienen, cada uno, una especie o modalidad diferenciadas de dominio sobre la cosa transferida, cuyas denominación y contenidos exactos varían de un autor a otro, pero que finalmente coinciden en el punto nodal de que ni el fiduciante se desprende absolutamente de su derecho de propiedad, ni el fiduciario está privado del todo de prerrogativas dominicales. Se habla entonces de dominio impropio, titularidad fiduciaria, titularidad formal, *ius retinendi* del fiduciario, posesión equívoca, etc. Este punto

⁶⁴³ Esta sentencia es muy importante pues ha tocado los aspectos más relevantes del negocio fiduciario. Además del ya expuesto, define el *pactum fiduciae cum creditore*, describe la realidad del negocio fiduciario, su estructura mixta o compleja, su causalidad expresada en una *causa fiduciae*, el *ius o titulus retinendi* del fiduciario, la pertinencia de fundar el *pactum fiducia* en el amplio criterio de la libertad de contratación (artículo 1255 CC), y finalmente distingue el negocio fiduciario del negocio simulado.

El caso, según lo que se resume en el fallo de casación, era el de varias escrituras de compraventa y una de opción de compra hechas por don Blas F.V., otorgadas todas ante el mismo notario y el mismo día (27 de noviembre de 1978), y un documento privado de compraventa de 17 de enero de 1980 en la que don Blas F.V. se comprometía a pagar la deuda que la empresa Hermanos Fernández, de la que fue socio, tenía con la Sociedad Blascomar S.A. por un total de 4.704.021 pesetas, haciendo figurar este valor como precio de la compraventa de 17 de enero de 1980. Posteriormente la garantía se amplió a otras obligaciones contraídas por la empresa Hermanos Fernández, de la que era representante don Juan F.T., ahora con Intermagra S.A., representada también por don Juan F.T. Blascomar S.A. demandó la resolución de dichos negocios y los demandados reconvinieron pidiendo la nulidad de los mismos, por causa de simulación, lo que fue aceptado por el Juzgado de 1ª Instancia Nº 7 de Valencia. Apelado el fallo, la Audiencia Territorial de Valencia calificó como reales los contratos en cuestión, estimándolos como instrumentos jurídicos utilizados para conseguir una finalidad de garantía de la deuda existente y resolvió que “si bien las partes pretenden obtener distintas consecuencias (...) todos ellos están informados por la misma voluntad de conseguir un fin económico de aseguramiento del pago de una deuda, mediante el medio jurídico inadecuado de transmitir, o mantener, la titularidad de los bienes afectados a nombre del acreedor, pero subsistiendo el acuerdo de reintegrar esa titularidad al transmitente inicial, una vez satisfecha la obligación garantizada.” El Tribunal Supremo acogió la calificación de contrato fiduciario que hizo AT de Valencia, dejando sentado que este tipo de contrato no puede “motejarse de contrato ficticio, aparente o simulado, sino real y existente y querido por las partes contratantes.”

intermedio de desdoblamiento dominical es sumamente esquivo y con síntomas algo esquizoides, pero en definitiva quiere señalar generalmente que el fiduciario carece de un *auténtico* derecho real sobre la cosa, que pueda oponerse al propio fiduciante.⁶⁴⁴

Para De Castro y Bravo, que de mala gana la asume como mal menor, “esta importante dirección teórica ha venido a disminuir la discordancia que existe entre el verdadero título constitutivo y la consecuencia real atribuida al negocio fiduciario; sobre todo tiene el mérito de que con ella se evitan las repugnantes injusticias que origina la teoría del doble efecto.”⁶⁴⁵

A manera de resumen de la posición mayoritaria actual de la doctrina respecto de la *fiducia cum creditore*, Lacruz Berdejo se refiere a que, *inter partes*, el fiduciario goza de una *posesión equívoca* que le da derecho a los frutos y accesorios de la cosa entregada en fiducia, lo hace responsable de las contribuciones y deterioros, pero que, por regla general, no lo habilita para la usucapir ni para disponer de ella sin intervención del fiduciante. Respecto de terceros, es un propietario con las limitaciones y precariedades que se deducen de la *causa fiduciae*.⁶⁴⁶

Castán Tobeñas, que en este punto ha modulado las consecuencias de su adhesión a la tesis del doble efecto, y De los Mozos, enclavan esta fórmula ecléctica en el principio de la buena fe. Para el primero, por la buena fe “se produce, en este caso, a favor del fiduciario, mediante el negocio realizado, la adquisición no de un *títulus adquirendi*, sino de un simple *títulus retinendi*, como,

⁶⁴⁴ El artículo 2661 del Código civil de Argentina se refiere al *dominio imperfecto* (correlato de un *dominio perfecto*), como *el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil*. Mas la doctrina no entiende esta figura como dos estados contrapuestos del dominio sobre una misma cosa, sino simplemente como la desmembración del dominio que tiene lugar cuando el propietario de un bien constituye sobre él un derecho real limitado (p. ej., usufructo o servidumbre) o uno de garantía (p. ej., prenda o hipoteca) en favor de terceros (Mariano OTERO. En *Op. cit., Código Civil comentado, Derechos reales...*, Tomo II, pp. 108-109).

⁶⁴⁵ F. DE CASTRO Y BRAVO: *Op. cit., El negocio jurídico...*, p. 409.

⁶⁴⁶ J. L. LACRUZ BERDEJO: *Op. cit., Elementos...*, Tomo II, Vol. I, pp. 449-450.

con otros argumentos, vino a decir la sentencia de 21 de marzo de 1969.”⁶⁴⁷ Pueden sumarse a ella la STS de 2 de junio de 1982 (RJ 1982/3402) que asoció el *ius o titulus retinendi* del fiduciario a su titularidad formal, fundada en la validez de lo acordado por la partes, que “ocasiona una transmisión basada en la buena fe”; y la STS de 25 febrero 1988,⁶⁴⁸ según la cual “la extinción de la obligación en que el fiduciante se halla mediante el pago de lo reconocidamente adeudado, arrastrará la titularidad del fiduciario; pero, en tanto no se produzca el cumplimiento, le asiste a éste un «ius» o «títulus retinendi» que no permite que se le imponga, sin más, la restitución.”

De este modo, tratándose de una fiducia *cum creditore*, mientras el fiduciante no devuelva el préstamo, se le niega frente al fiduciario, la acción reivindicatoria, pero no la acción declarativa de dominio.”⁶⁴⁹ De los Mozos plantea “que la composición del negocio fiduciario, al menos inter partes y para los terceros que conozcan la existencia de la fiducia, impide que se produzcan los efectos que se derivan del medio actuado por las partes (negocio de finalidad traslativa, por ejemplo), sin un atemperamiento de tales efectos, lo que es típico

⁶⁴⁷ J. CASTÁN TOBEÑAS: *Op. cit., Derecho civil español...*, Tomo I, Vol. II, p. 687. “De este modo – dice el autor citado– el *negocio fiduciario*, en vez de tener un doble efecto, tendría un solo efecto, modificado por la fiducia. Es decir, lo que se trata de apuntar es que el negocio fiduciario ha de ser construido como un negocio de *buena fe*. Esto quiere decir que la composición del *negocio fiduciario*, al menos *inter partes* y para los *terceros* que conozcan la existencia de la *fiducia*, impide que se produzcan los efectos que se derivan del medio actuado por las partes (negocio de finalidad traslativa), sin un atemperamiento de tales efectos, lo que es típico de la modificación, en general, de los efectos jurídicos normales cuando interviene la buena fe (...) El negocio fiduciario tiene que ser, necesariamente, un *negocio indirecto*, pues solamente así se puede explicar el juego de la autonomía privada, actuando frente al desenvolvimiento normal de la *norma dispositiva* que desarrolla toda su eficacia en el negocio utilizado por las partes, salvo cuando, o mejor dicho, en tanto en cuanto se ha manifestado su *voluntad contraria*, no en la forma que previene el artículo 1.258 C.c., sino mediante el *pactum fiduciae*, que queda ajeno, propiamente, al negocio realizado por las partes (especialmente en la fiducia *cum creditore*); por el contrario, si esa voluntad contraria formara parte del negocio mismo utilizado por las partes, como en cierto sentido pasa en la fiducia *cum amico*, habría que pensar, seriamente, en la *causa fiduciae*, o en la elevación del *pactum fiduciae* a condición, pero esto es extraño a la estructura interna del negocio fiduciario; por eso, existiendo un antagonismo (*Id.*, Tomo I, Vol. II p. 688) entre el efecto desarrollado por el negocio y el fin indirecto, fiduciario, querido por las partes, no siendo cuestión de invocar aquí la prevalencia de la voluntad interna sobre la voluntad manifestada (art. 1.281 C.c.) no hay más remedio que acudir al criterio de la buena fe, con base en el propio art. 1.258 C.c., para paliar los efectos desplegados por el negocio que las partes han llevado a cabo.” (*Id.*, 689).

⁶⁴⁸ RJ 1988/1305.

⁶⁴⁹ J. CASTÁN TOBEÑAS: *Id.*, Tomo I, Vol. II, p. 689.

de la modificación, en general, de los efectos jurídicos normales cuando interviene la buena fe.”⁶⁵⁰

Gete-Alonso aborda la cuestión desde el observatorio de la causa, lo que permitiría hablar, “junto a la propiedad ordinaria (que sería la que corresponde al modelo normal), de una propiedad o titularidad *fiduciaria*, que sería la que ostenta el fiduciario. Esta titularidad *fiduciaria*, configurada por la causa del contrato, se caracteriza porque autoriza al fiduciario para manifestarse, frente a terceros, *como propietario*, pero un propietario limitado, pues lo es temporal (...) lo que supone que (...) si transmite sus adquirentes tendrán la misma posición jurídica (derecho) que él, es decir, limitada temporalmente por la existencia de la causa (...) “El fiduciante no pierde su derecho de propiedad, sino que transmite determinadas utilidades de éste al fiduciario; de manera que deviene como una suerte de nudo propietario.”⁶⁵¹ También Lacruz Berdejo habla de la transmisión de una *propiedad limitada*, pero difiere de Gete-Alonso en cuanto a la facultad dispositiva porque, a su juicio, el adquirente no puede enajenarla “pues no la tiene para eso, sino en garantía, o a los efectos de asistir a la junta general. La enajenación a terceros, hecha por el fiduciario, no es válida, a menos que se trate de tercero de buena fe que crea comprar a un propietario pleno, ignorando la finalidad y limitaciones con que adquirió las fincas o las acciones el fiduciario infiel.”⁶⁵² En una línea similar, Jordano Barea expone que “la enajenación de la cosa sub fiducia, a semejanza de lo que ocurre en la prenda e hipoteca, no puede hacerse libremente por el fiduciario sin intervención alguna del fiduciante; de lo contrario habría violación indirecta (*fraus legis*) de la prohibición del *pactum commisorium* (artículo 1858 y

⁶⁵⁰ J. L. DE LOS MOZOS: *Op. cit., Negocio jurídico...*, pp. 480-481. Agrega el autor que “Entonces, modificado el alcance normal de los efectos del negocio que las partes han configurado por la buena fe, se produce, en este caso, a favor del fiduciario, mediante el negocio realizado, la adquisición a lo sumo de un *titulus retinendi*, no de un *titulus acquirendi* (...) De este modo, tratándose de una *fiducia cum creditore*, mientras el fiduciante no devuelva el préstamo, se le niega frente al fiduciario la acción reivindicatoria, pero no la acción declarativa de dominio (...) De este modo, el negocio fiduciario, en vez de tener un “doble efecto”, tendría un “solo efecto” modificado por la fiducia...Esto hay que relacionarlo, indudablemente, con lo que dispone el artículo 908 del Código de c, que viene a dejar fuera de la masa los derechos que en ello (sic) pudieran corresponder al fiduciario” (*Id.*, p. 478).

⁶⁵¹ M. GETE-ALONSO: *Op. cit., Teoría general...*, p. 659.

⁶⁵² J. L. LACRUZ BERDEJO: *Op. cit., Elementos...*, Vol. III, p. 205.

1859 del Código civil).⁶⁵³ Vallet de Goytisolo se refiere a una transmisión *aparente* de la titularidad sea por tradición (en bienes muebles y títulos al portador), por endoso (en letras de cambio y demás títulos endosables), o por escritura pública (necesaria si se trata de inmuebles).⁶⁵⁴

Santos Briz se inclina por la idea de un dominio impropio (*dominium impropie dictum*) y afirma que en el negocio fiduciario lo que se transmite y adquiere no es una propiedad o titularidad plena y perfecta, sino un dominio impropio” como si se produjera una división del dominio en una parte formal y otra material.”⁶⁵⁵ Ello no impide, agrega, “que los actos dispositivos del fiduciario sean plenamente eficaces en favor de tercero de buena fe por título oneroso, pues el fiduciante ha creado esta posibilidad con sus actos.”⁶⁵⁶ En el caso específico de la *fiducia cum creditore*, el fiduciario goza del *ius retinendi*, que le permite retener la cosa en su poder hasta que la obligación asegurada se haya extinguido, como lo declaró la STS de 21 de marzo de 1969 que reconoció el *ius retinendi* “en tanto en cuanto no extingan las obligaciones del prestatario-fiduciante, derivadas del contrato de mutuo, por lo que los fiduciarios demandados no podían ser condenados a entregar a las actora las fincas litigiosas sin el previo pago por aquélla de lo adeudado.”⁶⁵⁷

La STS de 5 de diciembre de 1959 se refirió a una propiedad del fiduciario “desprovista de poder de disposición;”⁶⁵⁸ y las SSTs 89/2003 de 13 febrero⁶⁵⁹ y 814/2004 de 26 julio,⁶⁶⁰ se pronunciaron por una titularidad formal, fiduciaria o *dominium impropie dictum* del fiduciario, que opera “como si se produjera una especie de división del dominio en una parte formal y otra material, conservando el fiduciante la titularidad real y material de los bienes, quedando aquella formal

⁶⁵³ En SANTOS BRIZ *et al*: *Op. cit.*, *Tratado de Derecho Civil...*, Tomo III, pp. 515-516.

⁶⁵⁴ J. VALLET DE GOYTISOLO: *Op. cit.*, *Negocios en fraude de ley...*, p. 220.

⁶⁵⁵ SANTOS BRIZ *et al*: *Id.*, p. 513.

⁶⁵⁶ *Id.* p. 514.

⁶⁵⁷ *Id.* p. 516.

⁶⁵⁸ Tomada de J. CASTÁN TOBEÑAS: *Op. cit.*, *Derecho civil español...* Tomo I, Vol. II, pp. 683 y 689
nota 1247

⁶⁵⁹ RJ 2003/1046.

⁶⁶⁰ RJ 2004/6633.

del fiduciario en estricta dependencia de los pactos que la originan y con el alcance de ellos derivado, con la particularidad de que es inoponible al fiduciante “por no haberse producido una verdadera transmisión del dominio”, aserto que también está presente, entre otras, en las SSTS. de 8 de marzo de 1963,⁶⁶¹ 28 de diciembre de 1973,⁶⁶² 2 de junio de 1982 (RJ 1982/3402), 9 de octubre de 1987 (RJ 1987/6769), 8 de marzo de 1988 (RJ 1988/1607), 19 de marzo de 1989, 5 de julio de 1989, 30 de enero de 1991 (RJ 1991/349), 30 de abril de 1992 (RJ 1992/4474), 5 de julio de 1993 (RJ 1993/5794), 22 de febrero de 1995 (RJ 1995/1700), de suerte tal que, aunque eficaz frente a esos terceros de buena fe y por título oneroso, entre las partes obliga a reconocer la titularidad real que conserva el fiduciante (SSTS. de 9 de octubre de 1987 y 8 de marzo de 1988), pues entre ellos no puede prevalecer la apariencia creada por el negocio directo (STS. de 19 de mayo de 1989, RJ 1989/3780). La S. 518/2009 de 13 de julio⁶⁶³ insistió en que “no hay transmisión del dominio por el fiduciante al fiduciario, sino sólo de una titularidad formal, “fiduciaria”; y la S. 349/2011 de 17 mayo⁶⁶⁴ volvió a hacerlo afirmando que “el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica, de modo que el dominio sigue perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza.”⁶⁶⁵

Como consecuencia del carácter formal de su derecho de propiedad, agregó la S. de 13 de febrero o de 2003, el fiduciario “no puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante.” Recientemente el Tribunal Supremo volvió a pronunciarse sobre este desdoblamiento del dominio, incorporando a su reflexión un nuevo elemento: la doctrina de la apariencia. La S. 349/2011 de 17 de mayo decidió que “en esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es auténtico

⁶⁶¹ Tomada de J. CASTÁN TOBEÑAS: *ibidem*.

⁶⁶² RJ 1973/4984.

⁶⁶³ RJ 2009/4446.

⁶⁶⁴ RJ 2011\3973.

⁶⁶⁵ *ibidem*.

dueño, teniendo sólo una titularidad formal, sin perjuicio del juego de la apariencia jurídica, de modo que el dominio sigue perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza.”

4. ¿Un derecho pleno resoluble?

Parece interesante la fórmula de la propiedad fiduciaria a la que se refiere Gete-Alonso que lamentablemente se quedó a medio camino, porque no se detuvo en un par de reflexiones que, a mi juicio, son fundamentales para completar el perfil de la figura.

Una modalidad como la sugerida supone reconocer un auténtico derecho de propiedad del titular (el fiduciario en este caso) pero resoluble, en tanto queda sujeto a la condición resolutoria (artículo 1113) consistente en la realización del hecho futuro e incierto que motiva su constitución (p.ej., el pago de la obligación garantizada o el cobro del crédito) y en virtud de la cual, producido ese acontecimiento, la propiedad se restituye al anterior titular (el fiduciante) o a un tercero. *Pendente conditione*, el titular disfruta de todos los atributos dominicales cuyo ejercicio no entorpezca la eventual restitución, entre los cuales está la facultad de disposición del bien a favor de terceros, pero con la particularidad de que se transfiere con la carga condicional, de suerte que llegado el momento, el beneficiario (fiduciante o un tercero) puede reclamar la restitución al tercer adquirente de mala fe. A una conclusión similar se llega si en lugar de suponer transferida la condición junto con la propiedad, se aplican simplemente las reglas de la resolución contractual de los artículos 1124, párr. final y 1295 párr. segundo. En todo caso, quedan a salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe, con fundamento en la tutela que dimana de la doctrina de la apariencia, salvedad que no debe llamar la atención porque la misma tutela se predica en el caso de la simulación y con mucho mayor intensidad pues se alteran las rígidas consecuencias de la nulidad; y consecuentemente negarse respecto de ellos la pretensión restitutoria, de manera que en esta hipótesis el asunto se reduce al recurso sustitutivo de la indemnización de perjuicios por parte del fiduciario

(artículo 1295, pár. final). Es apenas lógico suponer que para estos efectos el tercero está de mala fe cuando conocía la existencia de la condición, es decir, la operación fiduciaria que constituyó el derecho resoluble de su *tradens*.

La figura no es del todo extraña, pues tiene similitud con lo que sucede en el pacto de retracto o de retro en la compraventa (artículos 1507 y 1510).⁶⁶⁶ Como se vió mas arriba, también Betti aludió, aunque sin desarrollarlo ni adherirse a la tesis, a la posible solución de subordinar el poder del fiduciario a una condición resolutoria.

En derecho comparado, se encuentra expresamente regulada, con el *nomen iuris* de *propiedad fiduciaria* o *fideicomiso*, en los códigos civiles de Chile (artículo 733), Colombia (artículo 794) y Ecuador (artículo 748), y de *dominio fiduciario* en el Código argentino (artículo 2662).⁶⁶⁷

⁶⁶⁶ Tanta es la similitud que con ocasión del retracto convencional C. LASARTE precisa que “más que un retracto propiamente dicho es una venta con pacto de retro o una venta en garantía...” (*Op, cit., Principios...*, Tomo III, p. 199).

⁶⁶⁷ Obsérvese, por ejemplo, los artículos 748 y 764 del Código ecuatoriano. El primero define esta especie de propiedad en los siguientes términos: *Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición. Se trata de una propiedad plena que puede enajenarse entre vivos y transmitirse por causa de muerte, pero, en uno y otro caso, con el cargo de mantenerla indivisa y sujeta al gravamen de restitución, bajo las mismas condiciones que antes* (artículo 764). Para Juan LARREA HOLGUÍN, “en el Ecuador no cabe duda de que el fiduciario es verdadero propietario” (*Derecho civil del Ecuador*. Tomo VIII. *Derechos reales*. 1ª edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1995, p. 119). En este régimen el fiduciario es un propietario pleno que goza de todas las facultades dominicales, sin otra restricción que la indivisión y una eventual prohibición de enajenar que puede imponer el constituyente (Luis PARRAGUEZ RUIZ: *Manual de Derecho civil ecuatoriano. Derechos reales*, Vol. I. 3ª edición, Ed. U.T.P.L., Loja, 2004, p. 306).

El artículo 2662 del Código argentino se refiere al dominio fiduciario como aquel *que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley*. A pesar de que OTERO (*op. cit., Código civil...*, Tomo II, p.115) afirma que en esta modalidad el fiduciario dispone de “la mayor cantidad de facultades posibles sobre una cosa, pero limitadas temporalmente por la sujeción a una condición o plazo resolutorios”, a reglón seguido agrega otras limitaciones como las de constituir usufructos y la de enajenar y gravar solamente cuando lo requieran los fines del fideicomiso. Por ello Marina MARIANI DE VIDAL resulta más precisa cuando advierte que “las facultades del propietario fiduciario son prácticamente nulas” (*Derechos reales*, Tomo 2. 7ª edición actualizada, Ed. Zavalia, Buenos Aires, 2004, p. 76).

Algo parecido ocurre en la figura del *trust* del derecho angloamericano, que guarda más similitud con el régimen de la propiedad fiduciaria contemplada en aquellos códigos y con el fideicomiso mercantil, pero que bien puede compararse, *mutatis mutandi*, con la figura del negocio fiduciario. En el *trust* se distingue una propiedad legal (*legal ownership*) de carácter formal, que corresponde al fiduciario; y una propiedad beneficiosa (*beneficial ownership*) que, como su nombre lo indica,

La STS de 14 de marzo de 1964 incursionó en esta tesis del derecho condicional, si bien lo hizo con una mira diferente y desde la perspectiva de la obligación del fiduciario; y declaró que el reintegro de la cosa transmitida se confía “a una obligación de carácter personal, que asume el comprador, si bien sujeta a la condición suspensiva de que se le devuelva la cantidad que entregó, antes o al tiempo de perfeccionarse el negocio jurídico concertado.”⁶⁶⁸

Se dirá que no hay fundamentos positivos para desplegar esta modalidad de propiedad fiduciaria en el sistema civil español, lo que, además de no parecer tan relevante,⁶⁶⁹ sólo es relativamente cierto porque se emparenta con los efectos normales de la resolución y del retracto convencional. Mas aunque así no fuera, admítase que tampoco lo hay para proponer un *dominium impropie dictum* o el desdoblamiento del dominio en uno material y otro formal. En ambos casos se trata de construir conceptos tutelares de derechos con fundamento en la equidad y la buena fe, pero con la diferencia, creo yo, de que estas últimas formulaciones doctrinarias, que han sido bien vistas por la jurisprudencia, parecen bastante más artificiosas.

70. El negocio fiduciario es válido.

El negocio fiduciario se propone la producción de determinados efectos jurídicos efectivamente queridos por las partes, aunque esos efectos jueguen una

corresponde al beneficiario, es decir, la persona a quien finalmente debe pasar el dominio de la cosa una vez que se cumpla la condición, que en el caso del negocio fiduciario es la realización de la finalidad perseguida, y que puede ser el mismo propietario primitivo o un tercero. La *legal ownership* está regulada por el *common law*, mientras que la *beneficial ownership* se gobierna por la *equity*. Hay pues, la coexistencia de dos derechos de propiedad respecto de una misma cosa y la doctrina discute si el beneficiario tiene sobre la cosa fideicomitida un *ius in re* que le permitiría perseguirla, o simplemente un derecho personal para exigir la transferencia.

⁶⁶⁸ Aranzadi, 1422. En J. SANTOS BRIZ *et al*: *Op. cit., Tratado de Derecho Civil...*, Tomo III, p. 517.

⁶⁶⁹ En su tratamiento del negocio fiduciario, BETTI se ha referido críticamente a la tendencia dogmática, “la vieja mentalidad individualista, incapaz de justificar un efecto jurídico no adecuado y homogéneo con el interés práctico determinante”, que llama la atención sobre todo aquello que no se corresponde con la tipicidad legal. Se refiere concretamente a la caracterización que se hace de este negocio en el sentido de que opera una atribución en virtud de un “fin atípico, un fin fuera de la ley” (*Op. cit., Teoría general...*, pp. 234-235).

función eminentemente instrumental en relación con los finales objetivos económicos que aquellas se proponen. Hay pues, en su estructura, prestaciones reales, efectivas, que sin duda satisfacen la exigencia de causa del artículo 1274 Cc. Súmese a ello que no se lo celebra con el propósito de engañar y perjudicar a terceros, ni tiene objeciones desde el punto de vista de su apego a la ley, la moral o el orden público (artículo 1255 CC). Por consiguiente, nada se opone a su validez por lo que debe producir aquellos efectos previstos por las partes y tolerados por el ordenamiento jurídico.

Con salvedades tan autorizadas como la De Castro y Bravo, que se refiere a las dudas sobre la eficacia de esta clase de negocios, según la teoría del doble efecto,⁶⁷⁰ la doctrina y la jurisprudencia son relativamente uniformes en orden a reconocer la validez del negocio fiduciario.

El Tribunal Supremo, en efecto, no ha dudado sobre la eficacia del negocio fiduciario en los casos, claro está, que no evidencien *fraus legis*. En este sentido, entre otras, las SS. de 25 de mayo de 1944, 28 de enero de 1946, 23 de febrero de 1951, 3 de mayo de 1955, 10 de noviembre de 1958, 8 de mayo de 1963, 14 de marzo de 1964, 18 de febrero de 1965, 28 de octubre de 1988,⁶⁷¹ 1012/1996 de 2 diciembre,⁶⁷² 15 de marzo de 2000,⁶⁷³ 5 de marzo y 16 de julio de 2001,⁶⁷⁴ 17 de septiembre de 2002, 10 y 13 de febrero⁶⁷⁵ y 31 de octubre de 2003, 30 de marzo de 2004, 23 de junio y 27 de julio de 2006, 7 de mayo de 2007,⁶⁷⁶ 518/2009 de 13 julio⁶⁷⁷ y 349/2011 de 17 mayo.⁶⁷⁸ La S. 739/2005 de 18 octubre⁶⁷⁹ enfatizó que “los negocios fiduciarios no son inválidos por la sola estructura de la fiducia o por contener una causa fiduciae”, resolución importante precisamente por validar

⁶⁷⁰ F. DE CASTRO Y BRAVO: *Op. cit.*, *El negocio jurídico...*, p. 405.

⁶⁷¹ RJ 1988/7746.

⁶⁷² RJ 1996/8784.

⁶⁷³ RJ 2000/1837.

⁶⁷⁴ RJ 2001/5226.

⁶⁷⁵ RJ 2003/1046.

⁶⁷⁶ RJ 2007/3559

⁶⁷⁷ RJ 2009/4466.

⁶⁷⁸ RJ 2011/3973.

⁶⁷⁹ RJ/2005/7218.

la posible existencia y eficacia de una *causa fiduciae* distinta de la causa típica del negocio empleado como medio, tema asaz polémico.

He aquí otra importante diferencia con la simulación que, por el defecto que encierra, en lo relativo a la voluntad y la causa, lleva asociada o la inexistencia o la nulidad del negocio, según la tesis que se adopte sobre la materia.

71. La *causa fiduciae* y el Real Decreto Ley 5/2005.

a) El debate tradicional.

El causalismo que informa buena parte de los sistemas jurídicos occidentales, el español entre ellos, ha dificultado la comprensión, y en algunos casos la aceptación, del negocio fiduciario, habiéndose transformado en moneda corriente, no exenta de razón, la afirmación de que esta figura es propia de regímenes que admiten el negocio incausado o abstracto, como el alemán, cuya doctrina lo modernizó a partir de la fiducia romana y puso en boga con notable suceso. Ya se hizo mención a la formidable crítica de De Castro y Bravo sobre este aspecto, que ha sido continuada por importantes autores españoles.

El punto es que una venta fiduciaria que tiene como único propósito garantizar un crédito o encomendar una determinada gestión patrimonial, parece estar desprovista de la contraprestación que constituye su causa típica (artículos 1274 y 1445), es decir, el pago de un precio (*en dinero o signo que lo represente*) que, adicionalmente, es uno de los elementos esenciales pues forma parte del objeto contractual (artículo 1261).⁶⁸⁰

Se ha intentado justificar esta causa típica, argumentando que la contraprestación de la venta está constituida por la obligación de aplicar la cosa a la finalidad pactada y restituirla cuando se haya cumplido con la finalidad que justifica el negocio. Personalmente he expuesto que si bien no es la típica de la

⁶⁸⁰ Para la mayor parte de la doctrina española la falta de precio es una cuestión que interesa a la causa del negocio. Así, DÍEZ-PICAZO: “En los contratos típicos habrá falta de causa cuando el negocio carezca de algunos de los elementos esenciales de su estructura formal. Por ejemplo: no será tenida por compraventa la celebrada sin precio cierto (...) faltando también la causa cuando esos elementos se den sólo nominalmente” (*Op. cit., Fundamentos...T.I*, pp. 281-282).

compraventa, constituye una contraprestación la obligación garantizada, en el caso de la *fiducia cum creditore*, o el servicio prestado, en la *fiducia cum amico*.

Sin embargo, lo más frecuente es sostener la existencia de una causa propia de esta clase de negocios, distinta de la típica del negocio medio o instrumental: la llamada *causa fiduciae*. Lacruz Berdejo sostiene que “el negocio fiduciario constituye siempre un tipo distinto del adoptado como base, y las atribuciones realizadas mediante él tienen su propia causa (S. 2 junio 1982). Por ejemplo: en la venta de una finca en garantía de un préstamo, la transmisión del dominio tiene como causa para el transmitente la obtención del préstamo.”⁶⁸¹ Cárcaba Fernández, avanzando hacia su contenido, ha dicho de ella que “consistiría genéricamente en la confianza del fiduciante sobre el real comportamiento del fiduciario, y específicamente en la creación de una posición fiduciaria, que se concretaría en la utilización de la titularidad de un derecho real con un fin más restringido de aquel que tal titularidad comporta. No sería el fin de mandato o de garantía aislada o genéricamente tomados, sino tal fin en cuanto anima y justifica la transferencia (medio que excede del fin) y se refleja en la relación obligatoria, consistiendo especialmente en el deber del fiduciario de realizar una nueva transferencia en beneficio del fiduciante o de la persona indicada por éste.”⁶⁸²

No hay una jurisprudencia uniforme sobre la admisibilidad expresa de esta particular causa. En la sentencia 542/1999 de 15 junio, el Tribunal Supremo se refirió a que la doctrina española más especializada “niega la existencia de la llamada «causa fiduciae» de manera que cada vez más asimila el negocio fiduciario, en muchos casos, al negocio jurídico simulado, con simulación relativa. En el sentido de esa asimilación, en cuyo fondo se encuentra una desestimación de una *causa fiduciae*, se pronunciaron, entre otras, las SS. de 2 de junio de

⁶⁸¹ J. L. LACRUZ BERDEJO: *Op. cit.*, *Elementos...*, Tomo II, Vol. I, p. 449.

⁶⁸² M. CÁRCABA FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, *La simulación...*, p. 54. En Chile, FUEYO LANERI sostiene que “el negocio fiduciario tiene causa, que es la “causa fiduciae”, y por tanto no falta el requisito general de “una causa real y lícita” (...) y reside en el contrato obligacional, esto es, en el segundo de los contratos de su estructura. Es una causa justificativa y, a la vez, constitutiva del negocio abstracto de transferencia.” (*Op. cit. Algunos aspectos del negocio fiduciario...*, p. 879).

1982,⁶⁸³ 6 de abril de 1992⁶⁸⁴ (“la actora, propietaria formal, no puede obtener más que la devolución de lo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, al no ser ésta la finalidad perseguida, que sólo quiso la garantía, sin voluntad de comprar o vender”), 5 de abril de 1993⁶⁸⁵ y 22 de febrero de 1995.⁶⁸⁶ (“no puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante (...) el instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia”).

El cuestionamiento doctrinario a la *causa fiduciae* está fuertemente marcado por la impronta de De Castro y Bravo, como se observa en Santos Briz y Vallet de Goytisolo. El segundo señala que “...en caso alguno la causa puede ser abstraída del negocio en nuestro Derecho,⁶⁸⁷ por lo que el negocio transmisivo no puede independizarse de su causa verdadera. Para determinar esta es preciso penetrar más allá de la *causa fiduciae*” y observar que hay “un amplísimo abanico de causas incluidas en los tipos de negocios fiduciarios encubiertos en diversas atribuciones *mortis causa* y más o menos ampliamente definidas.”⁶⁸⁸

A pesar de los fallos que avalan esta doctrina, posiblemente no sea tan cierto que exista una tendencia creciente en el sentido señalado por la sentencia de 15 de junio de 1999. La realidad parece indicar lo contrario: la doctrina mayoritaria admite el negocio fiduciario y su causa autónoma, y lo mismo acontece con las sentencias del Tribunal Supremo, entre las que puede citarse, por todas, la 739/2005 de 18 octubre,⁶⁸⁹ en la que se sostuvo que el Tribunal ha “declarado repetidamente que los negocios fiduciarios no son inválidos por la sola estructura de la fiducia o por contener una causa fiduciae.”

b) La *revolución* del Real Decreto Ley 5/2005.

⁶⁸³ RJ 1982/3402.

⁶⁸⁴ RJ 1992/6186.

⁶⁸⁵ RJ 1993/2791.

⁶⁸⁶ RJ 1995/1700.

⁶⁸⁷ Obra citada, p. 221.

⁶⁸⁸ Ib. 222/223.

⁶⁸⁹ RJ 2005/7218.

Ahora bien, todo lo que se ha expuesto hasta aquí es una visión del problema, necesaria por cierto, con los instrumentos positivos y teóricos que estaban disponibles hasta el Real Decreto Ley 5/2005 que transpuso la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002,⁶⁹⁰ sobre acuerdos de garantía financiera, al ordenamiento jurídico español.

Aunque esta nueva normativa tiene un ámbito *de aplicación* muy limitado, porque se circunscribe a los acuerdos de garantía financiera (artículo tercero) cuyo objeto son dinero o valores negociables, otros instrumentos financieros y todo derecho directo o indirecto sobre aquellos (artículo séptimo), exhibe, sin embargo, un *ámbito dogmático* de espectro muchísimo más amplio, en tanto trae al campo del negocio jurídico una renovada doctrina que supera el anterior debate sobre la causa y permite un ejercicio teórico progresivo capaz de alcanzar a otras hipótesis similares. ¿Qué impide, en efecto, que aquello que se dice para las garantías financieras y ciertas especies muebles pueda valer asimismo para otro tipo de garantías y bienes? Con razón dice Carrasco Parera que esta nueva normativa “ha supuesto una revolución a nuestro sistema de garantías reales mobiliarias sobre activos financieros.”⁶⁹¹

Para los efectos que nos interesan, el punto central de esta doctrina *revolucionaria* está constituido por su artículo 6º.1 según el cual las operaciones de garantía financiera pueden realizarse *mediante la transmisión de la propiedad del bien dado en garantía o mediante la pignoración de dicho bien*, de suerte tal, agrega el artículo 6º.2, que esta transmisión comprende *la plena propiedad* del bien objeto de la garantía financiera a un beneficiario.

Este concepto de garantía mediante transmisión de la propiedad, abre una formidable brecha en el tradicional obstáculo de la causa típica de la compraventa, pues puede afirmarse ahora que en el sistema español esa *causa*

⁶⁹⁰ Según su Considerando 13, la Directiva *pretende proteger la validez de los acuerdos de garantía financiera basados en la transmisión de la propiedad de la garantía financiera*. El artículo 1.b. define el «acuerdo de garantía financiera con cambio de titularidad» como aquel, *incluidos los pactos de recompra, en virtud del cual un garante transfiere la plena propiedad de una garantía financiera a un beneficiario a efectos de garantizar o dar otro tipo de cobertura a las obligaciones financieras principales;*”

⁶⁹¹ *Op. cit.*, *Derecho de los contratos...*, p. 167.

típica ya no lo es tanto o, mejor aún, es una de las posibles causas del contrato; al tiempo que otorga carta oficial a la posibilidad de utilizar válidamente este contrato con la *exclusiva* finalidad de garantía, que es lo que se busca precisamente en la *fiducia cum creditore*, con lo que se legitima positivamente la que hasta la expedición de este cuerpo normativo era una controvertida *causa fiduciae*.

72. La divergencia entre el fin económico perseguido y el medio jurídico empleado.

Para buena parte de los autores esta es la característica emblemática del negocio fiduciario, la que le proporciona un carácter particular de figura que se materializa a través de un procedimiento elíptico, lo que llevó a que Ferrara a calificarla como “ondulante y equívoca.”⁶⁹² Al mismo tiempo este rasgo de incongruencia es uno de los puntos de posible contacto con la simulación. Ya se han avanzado algunas ideas sobre esta cuestión en párrafos anteriores, pues era necesario adelantarlas por la forma en que se imbrican las distintas facetas de este expediente negocial, de manera que en esta ocasión el propósito es reordenar lo dicho para dar el relieve que se merece a este notable aspecto de la fiducia.

Ya lo destacó Ferrara, citando a Kolher: en el negocio fiduciario se produce una “incongruencia entre el aspecto económico y el aspecto jurídico del negocio. Se quiere un negocio, pero con fines económicos que no son homogéneos con las consecuencias jurídicas del negocio mismo,”⁶⁹³ siendo que el negocio utilizado, medio o instrumental, produce “un efecto jurídico más amplio para conseguir un fin económico más restringido. Se transfiere el dominio para obtener el fin limitado de la garantía. Se cede el crédito para obtener el fin de la cobranza.”⁶⁹⁴ Tomando como referencia una sentencia de 25 de octubre de 1960 de la Cour d’appel de Naples, Dagot se refiere al *excès quantitatif des effets* del

⁶⁹² F. FERRARA: *Op. cit.*, *Simulación...*, p. 85.

⁶⁹³ *Ibidem*.

⁶⁹⁴ *Id.*, p. 84.

acto al que las partes han recurrido.⁶⁹⁵ Lo mismo expuso Castán Tobeñas⁶⁹⁶ y fue recogido por el Tribunal Supremo: “las partes se proponen obtener un efecto distinto y más restringido del que es propio del medio jurídico puesto en juego” (SS. 28 de octubre de 1988,⁶⁹⁷ 7 de marzo de 1990,⁶⁹⁸ 5 de abril de 1993,⁶⁹⁹), 28 de octubre de 1988;⁷⁰⁰ 7 de marzo de 1990⁷⁰¹ y 5 de abril de 1993.⁷⁰²

Por efecto de esta divergencia, y para ser fiel a la finalidad unitaria del negocio, el fiduciario que recibe la titularidad de los bienes se obliga a emplear las facultades dispositivas que la adquisición le confiere en el cumplimiento de las finalidades de la fiducia; y como lo dijo la STS 89/2003 de 13 febrero,⁷⁰³ no puede integrar permanentemente en su patrimonio el objeto sobre el que recae, como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante.

Es esta divergencia entre fin y medio, que importa igualmente una discordancia entre intención (garantizar) y declaración de voluntad (vender), lo que aproxima al negocio fiduciario con la simulación, donde también observamos un fin económico perseguido (p. ej., donar) que se logra con un medio que no es el jurídicamente específico para el efecto (compraventa). No obstante, esta aproximación no es tanta como para llagar a la asimilación, pues, como señaló Betti, la divergencia es de naturaleza distinta en ambas figuras, de suerte que se

⁶⁹⁵ M. DAGOT: *Op. cit., La simulation...*, p. 33. El autor se detiene en el examen de las donaciones disimuladas (*donation déguisée*) e informa sobre la tendencia de la jurisprudencia a considerar que en casos de dudas debe considerarse que hay donación de este tipo; y que, al parecer, no es sino en época relativamente reciente que la jurisprudencia ha distinguido de manera científica las donaciones indirectas de las donaciones disimuladas. Sin embargo, agrega, la Corte de Casación se ha cuidado de señalar un criterio de distinción y de optar por una calificación cuando no ha sido absolutamente necesario (p. 36), siendo esta distinción un aporte de la jurisprudencia de los tribunales inferiores, como la Cour d’appel d’Agen que en un notable fallo de 5 de diciembre de 1849 dijo que entre la donación disimulada y la indirecta *il y a toute la distance qui sépare la vérité du mensonge*.

⁶⁹⁶ *Op. cit., Derecho civil...*, Tomo I, Vol. II, p. 674. Consecuentemente al autor citado define estos negocios, tomando el concepto de ENNECCERUS, como aquellos que contienen “la transmisión de un derecho para un fin (económico) que no exige tal transmisión.”

⁶⁹⁷ RJ/1988/7746.

⁶⁹⁸ RJ 1990/1674.

⁶⁹⁹ RJ 1993/2791.

⁷⁰⁰ RJ 1988/7746.

⁷⁰¹ RJ 1990/1674.

⁷⁰² RJ 1993/2791.

⁷⁰³ RJ/2003/1046.

hace incompatible en la simulación mientras que en el negocio fiduciario permanece como simple divergencia (*Vid supra* §65.2).

73. La fiducia excluye la hipótesis de fraude.

Al contrario de lo que ocurre en el negocio simulado, en el fiduciario no hay el propósito de engañar a tercero ni existe, por lo mismo, un concierto fraudulento. De entre las muchas diferencias que se han planteado entre ambas figuras, posiblemente esta sea la más claramente perceptible, lo que hace, al mismo tiempo, que sea el propósito de perjudicar el elemento que mejor se preste para la calificación del negocio. Al revisar el perfil del negocio fiduciario Lacruz Berdejo ha puesto el acento en este elemento para afirmar que “no es un negocio simulado aunque se le parezca, porque aquí está ausente la idea de fraude; el propósito fiduciario del contrato no se oculta, como la simulación, sino que puede ser público y notorio.”⁷⁰⁴ Otro tanto hace Muñoz Sabaté al referirse a las comparaciones que hace Ferrara entre ambos institutos. Ellas, dice el autor, “no impiden que los ingredientes fácticos sean casi idénticos entre la simulación y la fiducia, pues si se excluye el *animus fraudendi* que generalmente informa a la primera, al concebirla como operación tendente a engañar a terceras personas, amén de la falta de seriedad del negocio aparente (...) veremos que en la sustancia fáctica restante sería altamente difícil encontrar demasiados datos históricos de índole diferente.”⁷⁰⁵ Coronel Jones lo expresa muy bien cuando dice que más que las notas diferenciales que señala Ferrara, “el aspecto fundamental está en el *animus fraudendi*. Porque siendo el elemento fraude “implícito en la simulación”, resulta “incompatible con la confianza y la realidad del negocio fiduciario.”⁷⁰⁶

Así pues, el propósito de engañar con perjuicio de terceros o de defraudar la ley, excluyen la hipótesis de negocio fiduciario y se estará, en el primer caso,

⁷⁰⁴ J. L. LACRUZ BERDEJO, *et al*: *Op. cit.*, *Elementos...*, Tomo I, Vol. III, p. 205.

⁷⁰⁵ L. MUÑOZ SABATÉ: *Op. cit.*, *La prueba...*, p. 121.

⁷⁰⁶ C. CORONEL JONES: *Op. cit.*, *La simulación...*, p. 59.

ante un negocio simulado, y en el segundo, de *fraus legis*, ambos con consecuencia de ineficacia.

Si el deudor vende un bien a su acreedor para asegurar el cumplimiento de una deuda, a efecto de que este último lo restituya cuando se cumpla la obligación, el negocio es típicamente fiduciario, con sus caracteres de realidad y eficacia; pero si lo hace para disminuir su patrimonio en perjuicio de los demás acreedores, con el acuerdo secreto de que se le restituya el bien cuando pase el peligro de ejecución, la venta es simulada, citándose entre los supuestos emblemáticos de simulación absoluta. Por ello no tiene razón von Thur cuando presenta este último caso como un ejemplo de negocio fiduciario: “La disposición fiduciaria puede servir para diversas finalidades; para (...) engañar a los terceros sobre el estado del patrimonio (así, cuando para evitar la aprehensión de los acreedores cierto objeto se transfiere a X con el pacto de que este devolverá después de algún tiempo o en cuanto haya pasado el peligro de la ejecución forzosa).”⁷⁰⁷

En lo que toca al fraude a la ley, ya se señaló que es nutrida la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que el negocio fiduciario es válido cuando no envuelve este tipo de fraude.⁷⁰⁸ (*Vid supra* §70).

⁷⁰⁷ *Op. cit.*, *Derecho civil...*, Vol. II, p. 506.

⁷⁰⁸ FERRARA distinguió con afortunada frase la diferencia radical entre negocio fiduciario y fraude a la ley, diciendo que mientras los primeros persiguen un fin *fuera de ley*, los negocios fraudulentos persiguen un fin económico *contra ley* (*op. cit.*, *Simulación...*, p. 95). Dicho de otra forma, que corresponde a un enfoque desde el punto de vista del acuerdo fraudulento, este tiene lugar “cuando las partes se valen del uso indirecto de un esquema contractual para perseguir finalidades elusivas de una norma de carácter imperativo”, como lo define PIETRO RESCIGNO con referencia al artículo 1345, sobre el motivo ilícito, del Código civil italiano (*Contratto, accordo, convenzione, patto. La terminología legislativa italiana en materia de contratos*. En Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil Italiano (Selección, traducción y notas de Leysser L. León). 2ª edición, Ed Ara, Lima, 2004, p. 167).

Necesario es diferenciar también entre en fraude de ley y acto contrario a la ley, como lo hizo Paulo en su sentencia *legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit* (“Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe; y en fraude, el que salvadas las palabras de la ley elude su sentido.” D, L.I, T.III, §29).

Es precisamente la idea recogida por el artículo 6.4 Cc que priva de eficacia, como hipótesis de *fraudem legis*, a los actos realizados *al amparo* de una norma (y por lo mismo no *contrarios* a la ley) pero que persiguen *un resultado prohibido* por la ley, no en el sentido de que el acto es ineficaz, sino en el de que dicho fraude no impide la aplicación de la norma que se trató de eludir. En palabras de VALLET DE GOYTISOLO, en estos supuestos se impone “la reconducción al cauce de

74. La calificación de simulado o fiduciario del negocio es una cuestión de hecho

Como ocurre con la simulación y, en general, respecto de todos los negocios jurídicos, tanto su calificación como su interpretación son una cuestión de hecho, pues suponen siempre una valoración de los hechos de la causa o para adecuarlos a los supuestos fácticos de la figura negocial, o para inferir de ellos la intención de las partes. Por tal motivo la jurisprudencia del Tribunal Supremo es uniforme en cuanto a considerarlas como cuestiones sometidas a la libre apreciación del juzgador de instancia que normalmente escapan, por lo mismo, al control de legalidad que es la función del recurso de casación (por todas, la sentencia de 28 de octubre 1988⁷⁰⁹).

la norma imperativamente aplicable” (*op. cit.*, *Negocios en fraude...*, p. 201). Una aplicación de esta regla general, es la norma del artículo 12.4. CC., que considera fraude a la ley *la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española.*

⁷⁰⁹ RJ 1988/7746.

CAPÍTULO NOVENO

La acción de simulación

Summa.- 75. Concepto y fundamento.- 76. A la acción de simulación puede acumularse la pretensión de perjuicios.- 77. Naturaleza jurídica de la acción de simulación.- I. LEGITIMACIÓN ACTIVA.- 78. El interés tutelable como fundamento de la acción.- 79. Requisitos del interés tutelable.- II. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS PARTES.- 80. Alcance del concepto de parte del negocio.- 81. El aparente obstáculo del principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, para alegar la simulación *inter partes*: a) Posición que limita el ejercicio de la acción simulatoria entre las partes, con fundamento en este principio; b) Tesis que excluye la aplicación del principio *nemo auditur* en el caso de simulación, y admite la legitimación de las partes.- 82. El argumento *venire contra factum proprium*. III. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LOS TERCEROS DE BUENA FE.- 83. Situación normal de los terceros.- 84. Situación de los acreedores posteriores a la simulación.- 85. No se requiere que el daño sea actual, en el sentido de efectivamente producido.- 86. La buena fe del tercero se presume.- IV. POSICIÓN DE LOS TERCEROS DE MALA FE.- V. LEGITIMACIÓN PASIVA.- 87. La acción de simulación debe dirigirse contra el o los partícipes del negocio.- 88. Posible extensión de la acción a ciertos terceros.- VI. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN.- 89. La tesis de la imprescriptibilidad.- 90. Tesis que admite la prescripción.- 91. La doctrina de la prescriptibilidad de la acción de simulación en la jurisprudencia española.- 92. Una variante para el caso de la simulación relativa.-

75. Concepto y fundamento.

Enseñaba Ferrara que es indudable que debe existir una acción de simulación, “que deduzca consecuencias jurídicas de la ficción del contrato” y cuyo objeto “es la comprobación en vía judicial de la verdadera realidad jurídica,

oculta bajo una falsa apariencia,⁷¹⁰ porque existe un “interés legítimo de remover la apariencia del contrato, y sus dañosas derivaciones.”⁷¹¹

Esta función de develizar lo escondido para dar a luz lo que la sombras encubren, la toma también De Castro y Bravo que atribuye a la acción en comento la finalidad de “que se ponga al descubierto mediante sentencia firme, lo que se oculta bajo la falsa apariencia de un negocio”;⁷¹² Lacruz Berdejo explica su *ratio essendi* “en la conveniencia de que se compruebe la verdadera realidad jurídica oculta bajo una falsa apariencia y (...) su fundamento estriba en el interés legítimo de remover la apariencia del contrato y sus dañosas consecuencias.”⁷¹³ Verdera y Tuells da un paso más y se refiere concretamente a “la necesidad de suprimir el fraude y, como paso previo, la necesidad de desenmascararlo.”⁷¹⁴

Dagot presenta esta acción como aquella por medio de cual toda persona interesada puede pretender que se establezca que la situación real es diferente a aquella *qui a été apparemment voulue*.⁷¹⁵ Ella permite, por tanto, *le rétablissement de la réalité*,⁷¹⁶ que es su objeto específico, con todas las consecuencias de derecho que ello comporta.⁷¹⁷

El procesalista colombiano Devis Echandía la describe como la acción que “consiste en pedir la prevalencia de la verdad del contrato sobre la apariencia del documento que lo disfraza;”⁷¹⁸ y la Corte Suprema de Colombia ha dicho que constituye un instrumento dirigido “en general a obtener el reconocimiento

⁷¹⁰ F. FERRARA: *Op. cit.*, *Simulación...*, p. 413.

⁷¹¹ *Id.*, p. 415.

⁷¹² F. de CASTRO Y BRAVO: *Op. cit.*, *El negocio...*, p. 356.

⁷¹³ J. LACRUZ BERDEJO *et al.*: *Op. cit.*, *Elementos...*, Tomo II, Volumen Primero, p. 402.

⁷¹⁴ E. VERDERA Y TUELLS: *Op. cit.*, *Algunos aspectos...*, p. 49.

⁷¹⁵ M. DAGOT: *Op. cit.*, *La simulation...*, p. 269.

⁷¹⁶ *Ibidem*.

⁷¹⁷ *Id.* 273.

⁷¹⁸ *Op. cit.*, *Teoría general...* Tomo II, p. 192. Cfr. María CARCABA FERNÁNDEZ, *Op.cit.*, *La simulación...*, p. 10; y L. DIEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Op. cit.*, *Sistema...*, Vol. 1, pp. 515-516. Quienes ven en la simulación una disconformidad entre la voluntad real y la declarada, patentizan este conflicto en el concepto de la acción, como ocurre en Ecuador con César CORONEL JONES: “la acción de simulación tiene por objeto establecer la voluntad real de las partes y hacerla primar sobre la voluntad falsamente expresada.” (*Op. cit.*, *La simulación de los actos jurídicos...*, p. 184).

jurisdiccional de la verdad oculta tras el velo de la ficción, es decir de la prevalencia de lo oculto respecto de lo aparente.”⁷¹⁹.

Más radical en sus consecuencias y coherente con su concepto de los severos efectos de la simulación, Llambías define esta acción como aquella “que compete a las partes del acto simulado o a los terceros interesados, a fin de que se reconozca judicialmente la inexistencia del acto ostensible, y con ello queden desvanecidos los efectos que se imputaban a dicho acto;”⁷²⁰ y cita, al efecto, un pronunciamiento en ese sentido de la jurisprudencia argentina, según el cual el fin de la acción de simulación es obtener la declaración judicial de que un acto jurídico fue realizado sólo en apariencia, que no existe acto alguno si la simulación es absoluta, o que el acto verdadero no es el aparente sino otro distinto de aquél, ya en su naturaleza o en sus cláusulas o en las personas, si la simulación es relativa.⁷²¹

Con lo dicho se describe un rasgo capital de la acción de ataque a la simulación que es, en efecto, la necesidad de desnudar aquello que los simuladores se han encargado de ocultar, aspecto que la doctrina y la jurisprudencia destacan unánimemente. Podemos decir entonces que se trata de la herramienta procesal aplicada para poner en evidencia, mediante el procedimiento judicial correspondiente, que entre las partes del supuesto negocio jurídico no se ha celebrado realmente negocio alguno, como lo sugiere el concepto de Llambías, o que se ha celebrado uno diferente al que efectivamente quisieron; o, finalmente, que el negocio celebrado contiene disposiciones o cláusulas aparentes que encubren aquellas que efectivamente se quisieron o

⁷¹⁹ Sala de Casación Civil, julio 13 de 1992. En Gustavo CONTRERAS RESTREPO: *Op. cit.*, *Código civil...*, p. 1106. En otra oportunidad, señaló que “el sustrato de la acción de simulación estriba en obtener la revelación del acto secreto u oculto contenido de la verdadera expresión de voluntad de las partes contratantes” (23 de abril de 1998. *Ib.*, p. 1110).

⁷²⁰ Jorge J. LLAMBÍAS: *Op. cit.*, *Código civil...* Tomo II-B, p. 123. DAGOT cuestiona que se la trate como acción de inexistencia o de nulidad. Una acción de nulidad o de inexistencia –afirma el autor francés– supone un acto verdadero, sin duda defectuoso, pero que se ha concluido real y sinceramente; ese no es el caso en la hipótesis de simulación (*Id.* 272).

⁷²¹ C. 1ª Mercedes, LL 58-225.

pactaron. He allí la pretensión principal que, como enseña Gimeno Sendra, define el objeto del proceso simulatorio.⁷²²

En la esencia de la acción se descubre el principio romano citado por Verdura y Tuells: *plus valere quod agitur quam quod simulatur conceptur* (la realidad debe prevalecer sobre la simulación); y la necesidad de evitar que de la mentira pueda derivarse algún perjuicio para un tercero, como lo plantea Cárcaba Fernández.⁷²³

76. A la acción de simulación puede acumularse la pretensión de perjuicios.

Hacer valer un negocio simulado para reclamar los supuestos derechos que nacen de él o bien para excepcionarse frente a la legítima demanda de un tercero, generalmente ocasionará perjuicios al demandado o al accionante, según el caso. De darse este supuesto, estaríamos ante una hipótesis de *responsabilidad extracontractual*, derivada de un acto ilícito, a la que se refiere el artículo 1902 Cc., y que da derecho a la reparación del daño causado.

El hecho dañoso, en la hipótesis que nos ocupa, no es propiamente la celebración del negocio simulado, la que en sí misma no ocasiona un perjuicio concreto. En opinión de Llambías el perjuicio se consuma por el hecho de oponer activa o pasivamente la simulación para afectar el derecho o interés legítimo del tercero.⁷²⁴

La observación del tratadista argentino es acertada. Supóngase un contrato de compraventa celebrado para encubrir una donación. Al momento de suscribirse la compraventa simulada no puede hablarse de un perjuicio a los futuros y eventuales herederos legitimarios del vendedor, como tampoco lo causaría una franca donación, por la sencilla razón de que técnicamente todavía

⁷²² VICENTE GIMENO SENDRA: *Op. cit., Derecho Procesal Civil..., Tomo I*, p. 206. Esta determinación objetiva del juicio simulatorio importa principalmente para precisar lo que el autor citado describe como el “ámbito cognoscitivo de la decisión judicial”, que deberá guardar congruencia única y exclusivamente con lo solicitado; enmarca el efecto negativo de la litispendencia; y define la compatibilidad para efectos de una eventual acumulación de acciones.

⁷²³ M. CÁRCABA FERNÁNDEZ: *Op. cit., La simulación...*, p. 103.

⁷²⁴ J. J. LLAMBIÁS: *Op. cit., Código civil...*, Tomo II-B, p. 123

no existen ni herederos ni derechos hereditarios, de manera que tampoco habrá acción para desmontar la simulación, como lo declaró la sentencia 6-1998 de 24 enero del Tribunal Supremo.⁷²⁵ (*Vid infra* §80) Pero si el donatario era un legitimario que una vez abierta la sucesión del simulado vendedor se niega a colacionar el bien ocultamente donado (artículo 1035 Cc) alegando precisamente que lo adquirió vía compraventa y no de donación, es esa concreta invocación, mas no el contrato simulado, lo que impide la recomposición del caudal hereditario y ocasiona perjuicio a sus coherederos. Algo similar ocurre en el caso de que el disimulado donatario sea un extraño (no legitimario), pues entonces el perjuicio tiene lugar únicamente si la donación encubierta resulta inoficiosa o excesiva (artículo 819 Cc).

De lo que se trata ahora es de establecer la posibilidad y oportunidad de resarcir los perjuicios ocasionados a los legitimarios, adicionalmente a la obligación de colacionar o a la declaración de donación inoficiosa o excesiva.

A lo primero, Llambías responde positivamente. En su opinión, además de la declaración de inexistencia del acto ostensible –que es su tesis en cuanto al efecto objetivo de la simulación-, el demandante puede solicitar el resarcimiento de los daños y perjuicios que la actitud de la contraparte le haya ocasionado al pretender hacer valer su derecho aparente, particular sobre el que también se ha pronunciado favorablemente la jurisprudencia argentina.⁷²⁶ La solución no puede ser otra y, como se dijo más arriba, tiene apoyo positivo en el artículo 1902 Cc., vista la simulación fuera del marco de las relaciones contractuales, simplemente como una *acción que causa daño a otro*, que es como se presenta la figura ante los terceros afectados.

Sin duda, como también señala Llambías, se conjugan en este caso dos acciones diferentes que apuntan, una, a la declaración de ineficacia del negocio (acción de simulación), y otra, a la indemnización de los perjuicios.⁷²⁷

⁷²⁵ RJ 1998/152.

⁷²⁶ C. Civ., Sala A, ED 49-737.

⁷²⁷ *Id.*, p. 127.

Este ejercicio simultáneo de dos acciones distintas en una misma demanda, con causas de pedir diferentes pero interconectadas, y que configura el instituto procesal de la *acumulación de acciones*, está permitido y reglado en el ordenamiento español por los artículos 71 a 73 LEC; y se apoya sobre un doble andamiaje de principios: de una parte, la economía procesal, que apunta a reducir la elongación de los litigios; y de otra, la necesidad de la tutela efectiva de los derechos. Limitar la posibilidad de ejercicio conjunto sin razones de evidente derecho, ha fallado el Tribunal Supremo, “pugna con la flexibilidad que, para el régimen de acumulación de acciones, viene admitiendo la doctrina jurisprudencial y, en alguna medida, implica una cierta denegación del derecho constitucional a la tutela efectiva, que debe eludir cualquier formalismo estéril” (Sentencia 60/1997 de 7 de febrero).⁷²⁸

Pues bien, en el caso que ocupa nuestra atención se cumplen a cabalidad los presupuestos que contemplan los artículos 71 y 73 LEC para que tenga lugar esta acumulación. Efectivamente, existen: 1) identidad de partes (artículo 71.2); 2) compatibilidad de las acciones, pues la de simulación y la de perjuicios no son contrarias ni se excluyen mutuamente, al tenor de lo que dispone el artículo 71.3; 3) competencia del juez ante el cual se proponen, en razón de la materia y del territorio (artículo 73.1), 4) comunidad de procedimiento (artículos 73.1.2º y 249); y 5) inexistencia de una norma legal que la prohíba (artículo 73.1.3º).⁷²⁹

⁷²⁸ La sentencia expuso además: “...la acumulación de las acciones que varios individuos tengan contra uno, viene posibilitada por el artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no sólo cuando tales acciones nazcan de un mismo título sino también cuando se funden en una misma causa de pedir, siempre que, claro es, no sean incompatibles entre sí, es decir, cuando entre las acciones ejercitadas exista conexidad jurídica, cuyo requisito concurre en el presente supuesto litigioso, pues las acciones subjetivamente acumuladas, que aquí se ejercitan, aunque fundadas en los respectivos y distintos contratos de compraventa (títulos), se basan, sin embargo, en las mismas causas de pedir (con la indudable conexión jurídica entre ellas), cuales son, como antes se ha dicho y volvemos a repetir, el hecho, por un lado, del supuesto incumplimiento contractual por parte de la entidad demandada (vendedora de los pisos) que ha impedido a los actores, según afirman ellos, percibir las subvenciones que legalmente les correspondían.”

⁷²⁹ M ALBALADEJO plantea la posibilidad de acumulación con otras acciones, como las de colación, reducción de donaciones inoficiosas, etc. (*Op. cit.*, *Simulación jurídica...*, p. 190).

77. Naturaleza jurídica de la acción de simulación

Se trata de una acción subsidiaria, personal y declarativa.

Lo primero, porque procede únicamente cuando el negocio de que se trata no puede ser invalidado por otra causa, como sería la omisión de algunos de los requisitos legales para su eficacia.⁷³⁰ Esto es apenas lógico. Si el negocio simulado no cumple con la forma legal, o es celebrado por un incapaz o media la violencia, prima la necesidad de sancionarlo por esas causas antes que pretender dejarlo sin efecto para sacar a luz la real intención de las partes, que en estas circunstancias carece de aptitud jurígena.

Personal, pues se la propone precisamente contra los sujetos que han intervenido en el *concilium*, que pueden ser uno o todos, según se la intente *inter partes* o por terceros, propiamente como acción o por vía de excepción.

Declarativa, porque es de aquellas en las que se pide al juez “que haga la declaración que la ley establece en forma expresa y general para el caso”, como explica Devis Echandía,⁷³¹ o, más precisamente, en palabras de Gimento Sendra, “un pronunciamiento en el que declare la existencia o inexistencia de un determinado derecho subjetivo o relación jurídica”.⁷³² Ahora bien, precisado este

⁷³⁰ M. CÁRCABA FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, *La simulación...*, p. 104.

⁷³¹ Hernando DEVIS ECHANDÍA: *Nociones generales de Derecho procesal civil*, 2ª. edición, Ed. Temis Bogotá, 2009, p. 230. Son raros los casos en que se ha cuestionado este carácter, como lo hizo la Corte Suprema de Colombia en la sentencia de 29 de agosto de 1936 que declaró: “La acción que se ha ejercitado en este pleito es constitutiva, porque el objeto de ella se encamina a obtener la extinción de una relación de derecho y como su consecuencia, la modificación del estado jurídico existente” (Cit. Por M. GUERRERO: *Op. cit.*, *Simulación...*, p. 228). No obstante, años después cambió el criterio jurisprudencial y en la sentencia de 8 de junio de 1954, la misma Corte reconoció que esta acción es declarativa (*Id.*, p. 230).

⁷³² Vicente GIMENO SENDRA: *Op. cit.*, *Derecho procesal...*, Tomo I, p. 214. Sobre esta clase de acciones ha dicho el Tribunal Supremo (STS 19335/1994 de 8 de noviembre, RJ 1994/9317): “Aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil no reconozca de modo expreso la posibilidad de las acciones mero declarativas, tanto la doctrina como la Jurisprudencia admiten el ejercicio de estas “acciones” y de hecho no son infrecuentes en la práctica, en especial, en el campo de los derechos reales. Este tipo de pretensiones no intentan la condena del adversario sino que se declare por medio de sentencia la existencia de una determinada relación de derecho puesta en duda o discutida; no buscan, por ello, la obtención actual del cumplimiento coercitivo del derecho, sino la puesta en claro del mismo. No obstante su ámbito es restringido pues de la acción declarativa sólo puede valerse quien tiene necesidad especial para ello: Debe existir la duda o

último carácter toca identificar a que tipo específico de acción declarativa pertenece.

Según Ferrara⁷³³ la acción de simulación apunta fundamentalmente a “preparar el camino a ulteriores acciones *de pago o cumplimiento*” que encontraban incertidumbre y obstáculos en aquel estado de incertidumbre provocado por la falsa apariencia; lo que se logra haciendo “constar de modo autorizado la falta de realidad o la verdadera naturaleza de una realidad jurídica, sin pretender su modificación o su destrucción.”

.Parecería entonces que Ferrara niega la posibilidad de que la acción que nos ocupa pueda conducir a un pronunciamiento sobre la inexistencia o la nulidad del negocio simulado, lo que significaría “destrucción” del negocio, pero no es así, porque luego precisa que esta acción preliminar está dirigida “a obtener la declaración de falta de validez de un acto inexistente, de modo que cuando dice que la acción no es impugnatoria se refiere específicamente a que no pretende destruir una realidad anterior auténtica o existente, porque el acto simulado es sólo una apariencia.⁷³⁴ Esta misma idea, con algún leve matiz diferencial, ilustra la posición de Llambías quien postula que la de simulación no es una acción de nulidad, por la sencilla razón de que “no hay acto alguno que anular, ya que éste no sería nulo sino insincero.”⁷³⁵

Ahora bien, las explicaciones de Ferrara, aun siendo de una alta precisión técnica, dejan de todos modos un cierto sabor de ambigüedad, porque es lenguaje común que si de invalidar se habla, es porque de impugnación se trata, siendo relativamente indiferentes las expresiones que se utilicen, sobre todo a la hora de tener que impugnar lo inexistente para destruir precisamente la

controversia y una necesidad actual de tutela de manera que el interés del demandante desaparece si no hay inseguridad jurídica.”

No obstante, un sector de la doctrina predica que la acción de nulidad es una acción constitutiva. Así lo declaró la STS 94/2005 de 14 de febrero, refiriéndose a la “pretensión constitutiva de anulación” de una sentencia firme.

⁷³³ F. FERRARA: *Op. cit., Simulación...*, p. 413.

⁷³⁴ *Id.*, p. 414.

⁷³⁵ J. J. LLAMBIAS: *Op. cit., Código civil...*, Tomo II-B, p. 124. Cita en el sentido expuesto, la sentencia C. Civ. Sala F, ED 52-263.

apariencia. Ordoqui Castilla, en cambio, expone la cualidad impugnatoria de esta acción sin dejar lugar para la duda: la nulidad necesariamente debe ser declarada “pues mientras ello no ocurra, el negocio simulado o el disimulado tienen efectos y se presumen reales.”⁷³⁶

Planteadas así las cosas, la acción de simulación conduce a un pronunciamiento de carácter *negativo*, en tanto se decide que un determinado negocio (el simulado) o no existe porque tampoco corresponde a la realidad, o es nulo, aspecto que la califica como acción de declaración de *certeza negativa*.⁷³⁷ Como dijo el Tribunal Supremo en la sentencia de 13 abril 1988, su finalidad es “eliminar la apariencia (...) sirve así para proclamar la vacuidad de los negocios circunstanciados.”⁷³⁸

Empero, concomitantemente, cuando se trata de la simulación relativa, la acción simulatoria lleva normalmente a la declaración de existencia y eficacia del negocio disimulado (artículo 1276),⁷³⁹ o, como afirma Verdera y Tuells, “de aseguramiento de negocio disimulado”⁷⁴⁰, de suerte tal que en este supuesto la acción de certeza que nos ocupa se presenta manifiestamente bífida: de *certeza negativa* y de *certeza positiva* a la vez.⁷⁴¹

Esta polivalencia de la acción de simulación ha significado que en algunas oportunidades se la califique como acción de inexistencia (STS. de 11 de enero de 1928) y en otras, con mucho mayor frecuencia, como acción de nulidad, estando muy matizada la doctrina jurisprudencial en este sentido por la frecuente asimilación que hace entre inexistencia y nulidad radical, de modo que, como lo hace notar Albaladejo García, unas veces el Tribunal Supremo dice que el negocio simulado es *nulo*, “otras que es *inexistente*, otras que *nulo radicalmente*

⁷³⁶ En J. MOSSET ITURRASPE: *Op. cit.*, *Contratos simulados...*, Tomo I, p. 252.

⁷³⁷ F. MESSINEO: *Op. cit.*, *Doctrina general...*, Tomo II, p. 24.

⁷³⁸ RJ 1988/3146.

⁷³⁹ F. De CASTRO Y BRAVO: *Op. cit.*, *El negocio...*, pp. 356-357. También SANTOS BRIZ *et al.*: *Op. cit.*, *Tratado...*, p. 495; y CARCABA FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, *La simulación...* obra citada, pp. 101-102.

⁷⁴⁰ E. VERDERA Y TUELLES: *Op. cit.*, *Algunos aspectos de la simulación...*, p. 48.

⁷⁴¹ Escribe E. VERDERA Y TUELLES que “así como la simulación tiende a hacer aparecer como real algo que no es sino aparente, la declaración de simulación va dirigida a privarla de de todo poder de engaño, desde el momento en que el juez pone de relieve públicamente los verdaderos límites de la apariencia y de la realidad.” (*Ibidem*).

por inexistencia, otras que le faltan los elementos necesarios para que nazca, otras que no da nacimiento a ninguna relación jurídica, otras que da lugar a mera apariencia carente de contenido y efectos, otras que es nulo por falta de causa”.⁷⁴²

El mismo Albaladejo no duda que se trata de una acción de nulidad,⁷⁴³ en tanto Cárcaba Fernández considera que sería más exacta la calificación de inexistencia, pero admite que la disyuntiva no tiene mayor trascendencia, porque finalmente los efectos son los mismos,⁷⁴⁴ lo que es cierto cuando se entiende la inexistencia en la forma que lo hacen la doctrina y jurisprudencia españolas.

Ahora bien, lo dicho requiere, sin embargo, un par de precisiones:

1) La pretensión de ineficacia del negocio simulado procederá únicamente cuando la simulación afecta a la totalidad del negocio, caso contrario habrá que dirigirla sobre el o los elementos aparentes, en los casos de simulación relativa parcial (p. ej., precio simulado o interposición ficticia de persona), con el objeto de develar lo elementos reales y dejando a salvo el negocio como tal si reúne los requisitos legales necesarios para su eficacia (artículo 1278 Cc).

2) La declaración de eficacia del negocio disimulado, en los casos de simulación relativa, está ligada a la condición de cumplir este negocio con los requisitos materiales y formales correspondientes a su tipo.

Esta es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, que ha dicho que la relación verdadera que las partes han concluido secretamente, será eficaz “en cuanto reúna las condiciones necesarias y requisitos correspondientes a su naturaleza para su existencia y validez; doctrina que es trasunto de la normativa legal contenida en los arts. 1261, 1275, 1276 y 1277 del Código Civil; que “el negocio disimulado es eficaz si éste reúne “además de los requisitos generales de todo contrato, los que corresponden a su naturaleza especial” (S. de 31 de mayo

⁷⁴² M. ALBALADEJO: *Op. cit.*, *La simulación...*, p. 26.

⁷⁴³ *Id.*, pp. 24 y ss.

⁷⁴⁴ M. CARCABA FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, *La simulación...*, p. 102.

de 1982)⁷⁴⁵; y que “el contrato disimulado puede ser válido si es lícito y reúne, además, los requisitos correspondientes a su naturaleza” (13 octubre 1987).⁷⁴⁶

A esta declaración de certeza negativa o negativo-positiva, según el caso, puede agregarse una acción *de condena*, que tiene como objeto obtener del juez que se imponga al demandado una prestación de a dar, hacer o no hacer una cosa (artículo 1588 Cc), según sea la pretensión del demandante. Puede tratarse de una acción reivindicatoria, restitutoria, de repetición, indemnizatoria, de preterición,⁷⁴⁷ etc.

La doctrina es bastante uniforme en este sentido, como se observa, entre otros, en De Castro y Bravo, quien señala con mucho acierto que esa acción de condena puede ser precisamente la que en realidad importe al demandante,⁷⁴⁸ y en Santos Briz,⁷⁴⁹ Méndez y Vilalta⁷⁵⁰ También Zannoni anota que la declaratividad de la acción lleva anexa una de condena,⁷⁵¹.

⁷⁴⁵ RJ 1982/2614.

⁷⁴⁶ RJ 1987/9985.

⁷⁴⁷ Sobre la posibilidad de intentar esta acción conjuntamente con la declarativa de simulación, ha dicho el Tribunal Supremo, en sentencia 146/1999 de 26 de febrero: “que no se ve incompatibilidad entre las acciones que puedan ejercitar las actoras en defensa de su legítima, dirigidas a impugnar los negocios jurídicos realizados por el causante en vida, que es lo ocurrido en este pleito, y las acciones que nacen de la preterición, pues no atacan por sí mismas aquellos negocios inter vivos, que es esencial cuando como aquí sucede se sustrajeron casi todos los bienes del patrimonio en vida del causante mediante ventas absolutamente simuladas a los demandados.”.

⁷⁴⁸ F. DE CASTRO Y BRAVO: *Op. cit.*, *El negocio jurídico...*, p. 357.

⁷⁴⁹ J. SANTOS BRIZ *et al.*: *Op. cit.*, *Tratado...*, Tomo III, p. 495.

⁷⁵⁰ Rosa M. MÉNDEZ y A. Esther VILALTA: *Acción declarativa de simulación de un contrato*. Acciones civiles, LEC 2000. Biblioteca básica de práctica procesal, Ed. Bosch, Barcelona, 2001, p. 10.

⁷⁵¹ E. ZANNONI: *Op. cit.*, *Ineficacia y nulidad...*, p. 379. “No se deduce la acción de simulación *sólo* para comprobar la existencia de ella –agrega ZANNONI–, sino para evitar, para impedir, que una de las partes, prevaleciendo del negocio simulado y de los efectos que produce en virtud de su causa típica, lesione los intereses que compromete el negocio disimulado, cuando éste es, por supuesto, lícito.” (p. 378) Lo que ocurre, según dicho autor, es que la acción de simulación “pura”, que se limita a la pretensión declarativa, no se plantea en la práctica, porque lo normal entre las partes es que “el planteamiento lleve consigo una pretensión controvertida entre ellas a causa de la divergencia entre el negocio simulado, ostensible, y la intención práctica de quienes lo celebraron.” (*Id.*, 377).

Sin embargo, tal vez sea más correcto afirmar con GIMENO SENDRA, que es la acción de condena –de contextura mixta– la que contiene un pronunciamiento declarativo, pues siempre y en primer lugar debe plantear “una petición declarativa, dirigida al juez a fin de que reconozca la existencia del derecho subjetivo o de crédito; y, en segundo lugar, una petición de condena...” (*Op. cit.*, *Derecho procesal...*, Tomo I, p. 215).

El Tribunal Supremo se ha referido a esta faceta de la naturaleza jurídica de la acción en estudio, como lo hizo en la sentencia de 13 abril 1988, en la que junto con destacar su carácter declarativo, admitió la posibilidad de acumular a ella una pretensión de condena “cuando se pretende la restitución, como aquí ocurre al pedirse y darse la reintegración de los bienes a la masa activa de la quiebra, y en la medida en que ello no se produzca como efecto secundario de la nulidad, se habrá ejercitado, además de la acción de simulación o nulidad, otra acción de condena que la sentencia impugnada estima matizadamente al disponer tal reintegro y las previas rectificaciones registrales, «en tanto no se perjudique a terceros no demandados expresamente»;⁷⁵² y en la de 26 de febrero de 1999.

Me parece que esta complementación cierra el círculo de eficacia de la acción, dotándola de utilidad práctica, pues hace ejecutable sus resultados (Recuérdese que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 521.1 LEC, *no se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas*). Por otra parte, esta “anexión” no debe llamar mucho la atención porque viene de la mano con el efecto *restitutio in integrum*⁷⁵³ característico de la nulidad y en mérito del cual las partes tienen derecho a reclamar las prestaciones comprendidas en las restituciones recíprocas en la forma y con las limitaciones previstas en los artículos 1303 y siguientes del C. civil.

Lo expuesto es precisamente lo que ocurre en el caso de la jurisprudencia española, con la particularidad de que tanto los demandantes cuanto las sentencias, suelen omitir con mucha frecuencia toda referencia a una acción de simulación, para ordenar el inicio, desarrollo y conclusión del debate forense alrededor de la acción de nulidad, en una construcción argumental donde se presenta a la simulación simplemente como un dato de la litis.

⁷⁵² RJ 1988/3146.

⁷⁵³ Con relación a este particular efecto, escriben SANTOS BRIZ *et al* (*Ibidem*): “A consecuencia de lo declarado en cada caso (simulación absoluta o relativa), puede ser procedente la petición de que el demandado sea condenado a restituir las cosas al estado anterior a la simulación.”

Tal vez sirva de alguna justificación para ello la siguiente afirmación de Gete-Alonso: “la apariencia de contrato (negocio) en la simulación provoca que sea necesario el ejercitar la acción de nulidad ante los Tribunales tendente a destruirla;⁷⁵⁴ o la explicación que dio la Corte de Temuco, Chile, en su sentencia de 7 de diciembre de 1955: “El fundamento de la acción de simulación absoluta debe encontrarse en la existencia de un contrato que sólo tiene las apariencias de validez, porque le faltaría el verdadero consentimiento de las partes. Por eso es que en la práctica se confunden las acciones de simulación absoluta y de nulidad absoluta de un contrato, ya que aquella, cuando ha sido comprobada, da origen a esta última, pues faltaría en éste el consentimiento, que es uno de los requisitos esenciales del contrato; o sea, que si se acoge la acción de simulación absoluta, debe también acogerse la de nulidad fundada en ella, porque el artículo 1683 del Código Civil se refiere a la nulidad absoluta por causa u objeto ilícito y no tiene aplicación en aquella que existe por falta de consentimiento.”⁷⁵⁵

Algo de ello ocurre también en el Código civil peruano que, no obstante referirse expresamente a la “acción por simulación” en el título de su artículo 193, en el texto evidencia que se trata realmente de “la acción para solicitar la nulidad del acto simulado.”

Finalmente, y en virtud de la complementación a que acaba de aludirse, la acción de simulación puede presentarse como directa y única, o bien interpuesta conjuntamente con otra u otras de condena que resulten compatibles (artículo 71.2.LEC). Así, por ejemplo, si con su interposición se pretende dejar sin efecto un contrato de compraventa y la consecuente transferencia de dominio del bien vendido (artículo 609 CC), puede plantearse en la misma demanda la acción reivindicatoria para el evento de que sea admitida la acción simulatoria, pues no

⁷⁵⁴ M.GETE ALONSO: Op. cit., *Formación irregular del contrato*. p. 604. E. CARDINI, sin bien no califica expresamente a la acción en estudio como una acción de nulidad, lo insinúa con mucha claridad cuando se refiere a “los efectos del progreso de la acción de simulación” y entre ellos menciona la inexistencia (simulación absoluta) o nulidad del acto ostensible (“cae el acto ostensible”, simulación relativa) (Op. cit., *El llamado Vicio de simulación...*, p. 406).

⁷⁵⁵ R. t. 52, secc. 2ª, p. 60. En *Repertorio...*T. VI, p. 173.

siendo contrarias ni excluyentes las pretensiones (artículo 71.3. LEC), sino más bien complementarias, a la vez se logra con ello la agilitación de la justicia.⁷⁵⁶

I. LEGITIMACIÓN ACTIVA

78. El interés tutelable como fundamento de la acción.

Para que una pretensión pueda ser estimada por el órgano jurisdiccional, escribe Gimeno Sendra,⁷⁵⁷ es menester, además de los presupuestos procesales orgánicos (jurisdicción y competencia) y de las partes (capacidad procesal o *legitimatío ad procesum*),⁷⁵⁸ que estas últimas se encuentren en una determinada relación jurídico material con dicha pretensión (*legitimatío ad causam*), que es precisamente lo que exige el artículo 10.1 LEC, según el cual, *serán consideradas partes legítimas quienes comparezcan y actúen según en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso*.

Esta *legitimatío* o vinculación con la relación jurídico material discutida en el contencioso, es una categoría de derecho material fundada, por consiguiente, en una norma de esta naturaleza. Se trata, en otras palabras, de ostentar efectivamente la titularidad del derecho subjetivo o interés legítimo en discusión y demostrar que esa titularidad es coherente con las consecuencias jurídicas que se persiguen.⁷⁵⁹

⁷⁵⁶ Santos CIFUENTES: *Op. cit.*, *Negocio jurídico...*, p. 642.

⁷⁵⁷ V. GIMENO SENDRA: *Op. cit.*, *Derecho procesal civil...*, Tomo I, p. 139.

⁷⁵⁸ Esta capacidad tiene que ver con la aptitud para comparecer en juicio, o sea para realizar actos procesales con efectos jurídicos en nombre propio, o representando a otro (José CHIOVENDA: *Principios de Derecho procesal civil*, Tomo II. Traducción de la 3ª edición italiana, Ed. Reus, Madrid, 1925. Versión digitalizada de la Biblioteca Jurídica Argentina, p. 16). Se la conoce también como *personería adjetiva* (H. DEVIS ECHANDÍA: *Op. cit.*, *Nociones generales de Derecho procesal civil...*, p. 557).

⁷⁵⁹ V. GIMENO SENDRA: *Op. cit.*, *Derecho procesal civil...*, Tomo I, p. 140. Esta es una de las explicaciones –la más tradicional, por cierto– de la *legitimatío ad causam*, a la cual me adhiero. En contra, se postula que las partes pueden estar legitimadas para la causa tengan o no el derecho o la obligación sustanciales, según se trate de demandante o demandado, porque el derecho a poner en actividad la jurisdicción y recibir sentencia que resuelva sobre las peticiones incoadas no pertenece solamente al titular del derecho material (H. DEVIS ECHANDÍA: *Op. cit.*, *Nociones generales...*, p. 332).

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

1. Desde luego la legitimación activa más evidente y justificada corresponde a aquellas personas que son titulares de un *derecho subjetivo* real o personal, lesionado por el negocio simulado. Es el caso del heredero forzoso cuya cuota se ve reducida por la donación de una finca que hizo el causante bajo la apariencia de un contrato de compraventa; del acreedor cuyo deudor ha reducido su patrimonio mediante ventas simuladas; del arrendatario del bien aparente enajenado, etc.. En algunos casos el Tribunal Supremo ha exigido esta titularidad efectiva, tal como ocurrió en la sentencia de 22 de febrero de 1943 que declaró: “quien impugna por simulación ha de tener la titularidad de un derecho que ponga en peligro el contrato carente de realidad y ha de justificar un interés en requerir la tutela judicial.”

2. Pero también están legitimadas aquellas personas que sin ser titulares de un derecho subjetivo tienen un *interés legítimo* en que se destruya la simulación, dado que la tutela de un interés de ese tipo es una prerrogativa universal consagrada por el artículo 24.1 CE (*Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*).

El concepto de interés legítimo, si bien sirve de cimiento para la construcción del concepto de derecho subjetivo en la teoría de Ihering (*un interés jurídicamente protegido*), al mismo tiempo tiene bastante autonomía a su respecto, difiere y supera la noción estricta de una potestad de derecho para incluir situaciones o posiciones jurídicas que, sin tener aquella categoría, requieren sin embargo de una tutela judicial, como son la de poseedor o de mero tenedor de un bien o una determinado *satus* o posición familiar. También hay un

interés tutelable en el caso de la simulación, cuando el negocio aparente ocasiona o amenaza un daño emergente o frustra una legítima expectativa de ganancia.

Así lo ha declarado el Tribunal Supremo para el caso particular de la acción de simulación en sus sentencias de 16 de octubre de 1959 y 3 de abril de 1962 que admitieron el ejercicio de la acción a aquellas personas que ostenten una *situación jurídica* que el negocio jurídico vulnera o amenaza ⁷⁶⁰ En sentido similar se ha pronunciado la jurisprudencia chilena: “se precisa ser titular de un derecho subjetivo o de una *posición jurídica* amenazada o embarazada por el contrato aparente, y probar el daño sufrido por consecuencia de la incertidumbre ocasionada por el acto simulado, daño que determina la necesidad de invocar la tutela jurídica” ⁷⁶¹ (la cursiva me pertenece).

Sin embargo, en ocasiones la jurisprudencia ha dado un giro diferente al concepto de *interés*, para estos efectos, planteándolo no en el sentido que se ha expuesto, es decir, como alternativa a la titularidad de un derecho, sino como una exigencia complementaria a dicha titularidad, tal como ocurrió con la sentencia de 22 de febrero de 1943, en la que el Tribunal Supremo reservó la impugnación del contrato simulado a quien tenga “la titularidad de un derecho que ponga en peligro el contrato carente de realidad”, agregando que ha de “justificar un interés en requerir la tutela jurídica”, de donde resulta manifiesto que aquí utilizó “interés” como sinónimo de lesión o daño.

⁷⁶⁰ Traídas por F. DE CASTRO Y BRAVO: *Op. cit., El negocio jurídico...*, p. 359.

⁷⁶¹ Corte de Santiago, 26 de diciembre de 1957, R. t. 55, sec. 1ª, p. 188; y 11 de septiembre de 1958, R. t. 58, sec. 2ª, p. 21. En *Repertorio...* Tomo VI, p. 390. En el mismo sentido VIAL DEL RÍO, *Op. cit., Teoría General...*, p. 153.

79. Requisitos del interés tutelable.

La extensión del interés para accionar, se ha dicho con razón, debe determinarse en cada caso, siendo muy difícil, cuando no imposible, reducir esta apreciación a un principio general.⁷⁶² No obstante, pueden señalarse algunas condiciones esenciales que, al decir de los Mazeaud, debe reunir *el interés para proceder en justicia*.⁷⁶³

1) En primer lugar, ya se lo dijo, debe tratarse de un interés *jurídico*, es decir, vinculado al derecho lesionado, a lo que debe agregarse, según se verá más adelante, también al derecho *amenazado*.

2) Debe ser un interés *legítimo* y estar jurídicamente protegido o ser de mérito tutelable, de manera que, por ejemplo, las situaciones contrarias a la moral no se benefician de la protección legal expresada en la acción judicial.

3) El interés ha de ser *personal* del demandante. Al formular esta exigencia los Mazeaud buscan principalmente excluir el caso de las llamadas *acciones populares*, pero también puede aplicarse este concepto de interés *personal*, a una hipótesis diferente, como sinónimo de *derecho propio*, sobre la que se pronunció la jurisprudencia argentina y que cita Llambías: “La acción de simulación compete a los terceros interesados por derecho propio y no por vía de subrogación en los derechos de las partes del acto simulado.”⁷⁶⁴ De esta tesis Llambías extrae dos consecuencias importantes:

a) El demandado por simulación no puede oponer al accionante las defensas que le asistan contra la otra parte; y,

b) El demandante puede utilizar todos los medios de prueba que le franquea la ley para comprobar la simulación.⁷⁶⁵

⁷⁶² Cfr. L. BUSTAMANTE SALAZAR: *El interés jurídico como condición de ejercicio de las acciones de simulación y pauliana y el derecho para deducirla perteneciente a los acreedores posteriores al acto de enajenación del deudor*. En Colección de Estudios de Derecho Civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo (Alejandro Guzmán Brito, Editor científico). Ed. Universitarias de Valparaíso, P.U.C. de Valparaíso, 2008, p. 309.

⁷⁶³ H.L. y J. MAZEAUD: *Op. cit.*, *Derecho Civil... Parte I*, Vol. I, pp. 494-496.

⁷⁶⁴ Civ. Sala C, ED 45-391. J. LLAMBIAS: *Op. cit.*, *Código civil...*, Tomo II-B, p.134.

⁷⁶⁵ *Ibidem*.

4) Debe estar nacido y ser actual, lo que no significa excluir la posibilidad de invocar un perjuicio futuro, siempre que sea cierto; y no lo será cuando resulta meramente hipotético o quimérico.

Con todo, debe tenerse muy en cuenta la oportuna advertencia que hacen los mismos Mazeaud en el sentido de que por regla general “la amenaza de una perturbación constituye ya, en sí misma, una perturbación.”⁷⁶⁶ De esta manera, el embargo de un bien del garante hipotecario como consecuencia de un negocio simulado celebrado por el deudor principal para ocultar o disminuir su patrimonio, no es un perjuicio hipotético, sino real y actual, porque, aun prescindiendo del hecho de que impide su disposición, lo que en sí mismo es una lesión a su derecho de dominio, conduce procesalmente al remate judicial.

II. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS PARTES

80. Alcance del concepto de parte del negocio.

El interés al que me he venido refiriendo se encuentra presente, en primer lugar, en las propias partes de la simulación, que quedan legitimadas para ejercitar la acción, en el supuesto, por cierto, de que la proponen o una contra la otra o bien contra terceros de mala fe, pues no puede admitirse que lo hagan contra terceros de buena fe.⁷⁶⁷ Esta posibilidad se encuentra expresamente admitida por el artículo 306 del Código civil paraguayo, según el cual cuando la simulación es impugnada las partes pueden ejercitar la acción entre ellas con arreglo a lo dispuesto sobre el enriquecimiento sin causa.

Una hipótesis emblemática de este interés tiene lugar en los casos de retracto cuando en el contrato de compraventa se ha hecho constar un precio simulado inferior al real. Si el retractante pretende reembolsar el precio simulado

⁷⁶⁶ H., L. y J. MAZEAUD: *Op. cit.*, *Derecho Civil...*, Parte I, Vol. I, p. 496.

⁷⁶⁷ Cfr. M. ALBALADEJO: *Op. cit.*, *La simulación...*, pp. 41-42.

(generalmente inferior al real), asiste al comprador el derecho a impugnar la simulación para obtener el reembolso del precio realmente pagado.

Para estos efectos se comprende en la categoría de *parte* no sólo a la persona o personas que intervinieron personalmente y por sus propios derechos en el negocio, sino también a los representantes legales o convencionales que lo hicieron por los derechos de sus representados; y a ciertos sucesores a título universal, como es el caso de los herederos forzosos, en la sucesión testada, que son jurídicamente continuadores de la persona del causante al que suceden en todos sus derechos y obligaciones (artículo 661 Cc), a la vez que tienen derecho a una porción o cuota mínima y necesaria del caudal hereditario (artículo 806); y de los herederos llamados por la ley a la sucesión intestada.

El Tribunal Supremo ha reconocido formalmente la legitimación de los herederos *forzosos* para impugnar un contrato tanto en los casos de simulación absoluta cuanto de la relativa, pero manifestó sus dudas sobre la posibilidad de que otro tipo de herederos pueda accionar contra la simulación relativa.

Así ocurrió en la sentencia 627/2000 de 17 junio sobre un caso de donación encubierta por un contrato de compraventa y respecto de lo cual dijo: “por el contrario si se trata de una simulación relativa que encubra una donación, es indudable que puede ser impugnada por los herederos forzosos cualidad que concurre en la demandante (...), más dudoso sería que tal facultad la tuvieran otra clase de herederos que no tuvieran la cualidad de forzoso, supuesto que no es el de autos (sentencia de 14-11-1986, RJ 1986/6392).”⁷⁶⁸

En todo caso, las dudas expuestas por el Tribunal Supremo no pueden sino referirse a los llamados herederos *voluntarios*, es decir, aquellos instituidos libremente por el testador sobre la parte de sus bienes de que puede disponer a su arbitrio (artículo 763 Cc), pues ellos no tienen derecho ni interés legítimo que pueda ser lesionado por una simulación relativa, toda vez que en su caso ni la ley les garantiza una porción determinada de la herencia, ni tiene lugar la colación.

⁷⁶⁸ RJ 2000/4425. El fallo cita, además, las SSTs de 19 de enero de 1950 (RJ 1950/ 29) y 20 de octubre de 1966 (RJ 1966/4445), en similar sentido.

Empero, no puede haber dudas acerca del interés real que tienen los herederos *abintestato* que si bien no serían *forzosos* si sólo se mira la reducida calificación de los artículos 806 y 807 Cc., que discurren, al menos metodológicamente, en la lógica de la sucesión testamentaria, en realidad lo son en tanto herederos legitimarios llamados por la ley a una porción hereditaria legítima, para preservar la cual también tiene lugar la colación en los supuestos del artículo 1035 Cc..⁷⁶⁹

Mas, está claro que la legitimación activa de que estamos tratando está vinculada a la condición jurídica de *heredero*, que se adquiere con la apertura de la sucesión y posterior aceptación de la herencia. Antes de ello no hay herencia ni heredero, ni derecho ni interés legítimo para impugnar un negocio simulado del futuro causante: a lo más una simple expectativa que no autoriza para el ejercicio de la acción simulatoria.

Por la razón expuesta el Tribunal Supremo negó la acción de simulación a una hija que pretendía impugnar por esta causa un contrato celebrado en vida por su padre, considerando que: “doña Lidia M. V. carecía de legitimación activa «ad causam» para promover el proceso de que este recurso dimanara, ya que ningún hijo, con el único y exclusivo objeto, al parecer, de defender sus posibles y futuros derechos legitimarios, está facultado para poder impugnar, en vida de sus padres, los actos dispositivos que éstos, en uso de sus plenos e indiscutibles derechos, hayan realizado de sus bienes o de algunos de ellos en favor de otro de sus hijos.”⁷⁷⁰

Puede parecer extraño, *prima facie*, que se permita a los simuladores atacar el negocio que ellos mismos concertaron con la positiva intención de engañar a terceros. Se dirá que al hacerlo se benefician de su propia torpeza o que se vuelven contra sus propios actos, como en efecto se ha sostenido en algunas ocasiones, en el derecho nacional y comparado, con escaso éxito, por cierto, como se verá de inmediato.

⁷⁶⁹ Cfr. C. LASARTE: *Op. cit.*, *Principios de derecho civil...*, Tomo VII, p. 358.

⁷⁷⁰ STS N° 6-1998 de 24 enero (RJ 1998/152).

81.El aparente obstáculo del principio *nemo auditur propiam turpitudem allegans*, para alegar la simulación inter partes.

a) Posición que limita el ejercicio de la acción simulatoria entre las partes, con fundamento en este principio.

Uno de los obstáculos más formidables que la doctrina tradicional opuso a la posibilidad de que las propias partes que intervinieron en el *concilium* puedan impugnar el contrato simulado, es el principio de que nadie puede prevalecerse de su propia torpeza (*turpitud*), entendida esta en el sentido de dolo (*nemo auditur propian turpitudinem allegans*).

En algunos ordenamientos este impedimento aparece consagrado expresamente para la acción de simulación, como sucede en el Código civil argentino cuyo artículo 959 consigna como regla general que quienes simulan un acto, tratándose de la simulación ilícita, no pueden ejercer acción alguna entre ellos.

Spota justifica la regla porque se trata de una simulación que carece de objeto-fin social frente a la cual los autores carecen de derecho para hacer prevalecer su voluntad,⁷⁷¹ en tanto para Covi la razón estriba en que frecuentemente la simulación persigue el perjuicio de terceros, de modo que resulta amoral que quienes lo consumaron luego se puedan ver beneficiados con la nulidad del acto simulado.⁷⁷²

En otros sistemas civiles la limitación, no escrita, es producto de la construcción jurisprudencial, y se la ha formulado, en algunos casos, a partir de la tesis que propicia la nulidad del negocio simulado, sumada a una norma positiva que priva de la acción de nulidad absoluta a la parte que conocía el vicio que la ocasiona, que es el caso de los códigos de Chile, Colombia y

⁷⁷¹ A. SPOTA: *Op. cit.*, *Contratos...*, Tomo I, p. 639.

⁷⁷² D. CROVI: *Op. cit.*, *De la simulación...*, p. 959. Con fundamento en la norma excluyente del artículo 959 del Código argentino, el autor expone que “La acción entre las partes tendiente a dejar sin efecto una simulación ilícita sólo es factible si los simuladores no se proponen consumir el acto ilícito realizado mediante la simulación, ni aprovechar de él, sino repararlo, destruyendo las apariencias lesivas a los derechos ajenos.”

Ecuador;⁷⁷³ o simplemente, en otros, por simple y directa aplicación del principio *nemo auditur*, como se observa en algunos fallos de los tribunales bolivianos, que han dicho, por ejemplo, que “el mismo simulador carece de acción para intentar la destrucción de la simulación en juicio, porque no puede invocar su propia falta”⁷⁷⁴; y que “la simulación puede acusarse por las personas en cuyo perjuicio se hubiese celebrado, pero no por los mismos otorgantes.”⁷⁷⁵ Incluso en algunas sentencias bolivianas que han aceptado la legitimación activa de las partes, el mismo Tribunal se ha encargado de dejar en claro su posición en el sentido de que “se considera que ofende a la ética jurídica la invocación de la propia simulación.”⁷⁷⁶

Tampoco faltan autores como Ospina Acosta, en Colombia, que defienden con pasión la necesidad de aplicar *in extenso* el principio *nemo auditur* para privar de acción a los simuladores y “evitar que se simule, que al amparo de la falacia se violen las leyes y se conculquen los legítimos intereses (...) qué mejor que negarle la acción en justicia, en busca de protección jurídica, a quien haya participado a ciencia en acto ilícito de simulación.”⁷⁷⁷ Sin embargo,

⁷⁷³ Apoyada en este principio, la Corte Suprema del Ecuador (3ª S.C.M. GJS XVII, N° 13, de 2 de diciembre de 2003) rechazó el recurso interpuesto por un demandante que alegó la nulidad procesal por causa de una omisión en su propia demanda, para lo cual aplicó a esta modalidad de nulidad la regla prevista en el artículo 1699 del Código civil para la nulidad absoluta de los negocios jurídicos. Señaló la Corte que “realmente sorprende que el recurrente invoque omisiones de las que prácticamente es corresponsable pues si la demanda no reunía los requisitos del Art. 71, como él sostiene, es culpa suya. La jurisprudencia es coincidente en el punto: “No puede demandarse la nulidad por aquel ex cuius parte turpitudum versatur porque sería preciso que alegase, su propia inmoralidad. Así mismo, si turpitudum versatur ex utraque parte, ninguna de las partes puede demandar la nulidad”. “La ley ha querido impedir que el que conociendo o no pudiendo menos de haber conocido la existencia del vicio y que ejecuta el acto o celebra el contrato a despecho de la prohibición de la ley o de la disposición de orden público que impone especiales requisitos para la ejecución del acto e celebración del contrato, se aproveche de su procedimiento indebido e incorrecto”. (En Galo ESPINOSA: *Compendio de Setenta Años de Jurisprudencia de la Corte Suprema*, Vol. IV, p. 679).” El fallo agrega: “Por analogía, también aclara el particular la siguiente jurisprudencia: “El que ha celebrado un matrimonio a sabiendas de que existía un motivo de nulidad al hacerlo, no puede demandar que se declare esa nulidad (Carlos PUIG VILAZAR, *Índice de Procedimiento Civil Ecuatoriano*, Tomo III, p. 76).”

⁷⁷⁴ G.J. N° 1256, p. 38. En Carlos MORALES GUILLÉN: *Op. cit., Código civil concordado...*, Tomo. I, pp. 780 y 782.

⁷⁷⁵ G.J. N° 884, p. 55. *Ibidem*.

⁷⁷⁶ G.J. N° 1338, p. 21. *Ibidem*.

⁷⁷⁷ Eduardo OSPINA ACOSTA: *Análisis crítico del tratamiento de la simulación en el Derecho colombiano*. En Revista de Derecho Civil, Universidad de Los Andes, Vol. 1, agosto 1984, p. 11.

muchos años antes este criterio ya había sido descartado en la misma Colombia por autores como Mario Guerrero.⁷⁷⁸

b) Tesis que excluye la aplicación del principio *nemo auditur* en el caso de simulación, y admite la legitimación de las partes.

Ferrara se ocupó detenidamente de esta cuestión para poner en entredicho la vigencia del citado principio *nemo auditur*, al que atribuyó “dudoso valor en el derecho moderno”, y afirmar que ya no se toma en cuenta la teoría que niega la posibilidad de que los propios contratantes intenten descubrir la ficción frente al público para mejorar su posición jurídica. Al socaire de su tesis de que la simulación es una discordancia entre la voluntad real y la voluntad manifestada, lo que importa ausencia de consentimiento, que debe traer como consecuencia, a su vez, la inexistencia del negocio simulado, argumenta que el contratante que propone la acción de simulación “no se funda en su propia *turpitud*, y si en la falta de consentimiento.” La prueba de la simulación, agrega el maestro de Pisa, tiene por objeto “hacer ver la falta del elemento espiritual del contrato: del consentimiento.”⁷⁷⁹

Un criterio similar expone Dagot, para quien el valor de dicha máxima es discutible en el derecho francés actual, afirmándose que nunca ha sido objeto de una consideración legal.⁷⁸⁰ Por otro lado, en el caso concreto de la simulación, agrega el autor francés, la aplicación de la máxima *nemo auditur* produciría un resultado contrario al deseado (*c'est en fait le résultat inverse à celui souhaité que l'on aboutirait*), pues aseguraría el éxito del fraude.

La doctrina y jurisprudencia española son uniformes en el punto de excluir el argumento *nemo auditur*, sea que se trate de la simulación en particular, o, más generalmente, de la acción de nulidad del contrato, lo que es

⁷⁷⁸ Refiriéndose a las partes de la simulación, Mario GUERRERO escribe que siendo precisamente aquellas “que por medio del acto simulado han procedido a crear el estado de incertidumbre y de peligro con relación a sus propios bienes (...) es preciso reconocer que les asiste el interés jurídico para demandar la simulación, a fin de que se esclarezca el verdadero contenido y alcance de su voluntad.” (*Op. cit., La simulación...*, p. 251).

⁷⁷⁹ F. FERRARA: *Op. cit., Simulación...*, pp. 377-380.

⁷⁸⁰ M. DAGOT: *Op. cit., La simulation...*, pp. 281-282.

perfectamente comunicable a aquélla. Se habla entonces de una *legitimación universal* para invocar la nulidad.⁷⁸¹

En el caso específico de la simulación, la STS de 31 de mayo de 1963 declaró que la acción corresponde “a quien tenga interés en hacer desaparecer la ficción creada por el acto simulado, y, por tanto, corresponde lo mismo a los propios simulantes que a los terceros, bien sea adquirentes, cesionarios, arrendatarios, etc., habiendo sido ya superado el principio *non auditor quod allegaret propriam turpitudinem*, porque el simulante, más que en su propia *turpido*, se basa en la falta de consentimiento prestado al negocio jurídico declarado, que precisamente no era el querido.”

Entre los autores, Puig Brutau refiere que puede ser invocada tanto por las partes como por terceros, y que ello es consecuencia natural de “tratarse de deshacer una pura apariencia.”⁷⁸² Otro tanto dice De los Mozos, también en alusión a la acción de nulidad, que “es ejercitable por todos aquellos que tengan interés en que el negocio sea declarado nulo, hayan sido partes o terceros extraños al negocio, e incluso aunque hayan sido causantes de la nulidad,” y trae en apoyo las sentencias de 14 de marzo de 1974 y 2 de diciembre de 1966, que solamente excluyeron de la legitimación activa a los que fueron partícipes de la *ilicitud* de la causa o de la inmoralidad.⁷⁸³ A ellas se puede agregar la S. de 6 de febrero de 1964, que reconoce a las partes del contrato simulado un legítimo interés en “patentizar la ficción mediante la acción de nulidad.”

Y hay una muy buena razón para que así sea, porque como anota Cárcaba Fernández, “no se debe favorecer la ilicitud de los contratos dificultando su prueba, sino que por el contrario debe de facilitarse su

⁷⁸¹ A. CARRASCO PERERA: *Op. cit.*, *Derecho de Contratos...*, p. 680.

⁷⁸² J. PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, *Fundamentos...*, Tomo III, Vol. I, p. 317.

⁷⁸³ J. L. de LOS MOZOS: *Op. cit.*, *El negocio jurídico...*, p. 579. Estas exclusiones permiten apreciar que la regla de la legitimación universal tiene un valor aproximado, como advierte A. CARRASCO PERERA, pues hay casos, en los que ella forzosamente tiene que decaer, como en el contrato usurario, en el que no se puede admitir que el prestamista solicite la nulidad; y en general en los casos de nulidades por infracción de normas en los que “la jurisprudencia ha restringido la legitimación al contratante cuyos intereses trataba de proteger la exigencia imperativa cuya contravención hace nulo el contrato” (*Op. cit.*, *Derecho de Contratos...*, p. 681).

demostración.”⁷⁸⁴ En efecto, si una convención impregnada de dolo repugna a la moral y contraría al orden público, con mayor razón molesta la idea de que se le proporcione un blindaje mediante la aplicación de esta regla restrictiva.

En el mismo sentido se pronuncia Lacruz Berdejo, para quien la legitimación activa corresponde a “todos los que tengan interés en hacer desaparecer la ficción creada por el acto simulado y, por tanto, en primer lugar, los contratantes causantes de la misma”, puesto que la razón de ser de esta acción “es la conveniencia de que se compruebe la verdadera realidad jurídica oculta bajo una falsa apariencia,”⁷⁸⁵ criterio que refuerzan Verdera y Tuells (“entre las personas investidas del poder de promover la acción de simulación, ocupan el primer puesto los autores mismos del acto simulado”)⁷⁸⁶ y Diez-Picazo y Gullón,⁷⁸⁷ haciendo notar, estos últimos, que cuando una parte demanda a la otra parte del negocio simulado, lo que pretende es precisamente “que se patentice la divergencia entre la voluntad real y su manifestación, que prevalezca la voluntad real, no la declarada”, como se expuso en la STS. de 31 de mayo de 1963.

Con ocasión de comentar la opinión de Diez-Picazo y Gullón sobre la extensión de la regla *nemo auditur* en los casos de nulidad en general, Miguel Cerdá, imprime un giro muy interesante a esta cuestión, que bien vale para la simulación. Señala dicho autor que “el contratante torpe, arrepentido de su torpeza, puede estar interesado, para acallar su conciencia, en obtener la simple declaración de nulidad del acuerdo inmoral, y para ello no alegaría su propia culpabilidad, sino su arrepentimiento.”⁷⁸⁸

La Corte Suprema de Colombia, en sentencia de 18 de diciembre de 1964, dejó sentada la doctrina según la cual la prohibición *nemo auditur* no tiene cabida en materia de simulación pues su aplicación en este campo produciría

⁷⁸⁴ M. CÁRCABA FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, *La simulación...*, p. 125.

⁷⁸⁵ J. L. LACRUZ BERDEJO *et al.*: *Op. cit.*, *Elementos...*, Vol. I, p.402.

⁷⁸⁶ E. VERDERA Y TUELLS: *Op. cit.*, *Algunos aspectos...* p. 50.

⁷⁸⁷ L. DIEZ-PICAZO Y A. GULLÓN: *Op. cit.*, *Sistema...*, Vol. I, p. 514; también L. DIEZ PICAZO: *Op. cit.*, *Fundamentos...* Tomo I, p. 578.

⁷⁸⁸ M. CERDÁ OLMEDO: *Op. cit.*, *Nemo auditur...*, p. 1199.

consecuencias irritantes y conduciría a situaciones injurídicas”,⁷⁸⁹ criterio que reiteró la de 23 de abril de 1998, haciendo notar la inconveniencia, entre otras, “de afianzar los negocios simulados, en lugar de destruirlos...”⁷⁹⁰ Un criterio similar ha mantenido la jurisprudencia costarricense, para la cual no existe obstáculo alguno en el derecho de Costa Rica para que las propias partes aleguen la simulación.⁷⁹¹

El Código civil de Portugal ha resuelto expresamente la cuestión en sentido afirmativo. Su artículo 242.1 dispone que *Sem prejuízo do disposto no artigo 286º, a nulidade do negócio simulado pode ser arguida pelos próprios simuladores entre si, ainda que a simulação seja fraudulenta*; y otro tanto ocurre con el artículo 193 del Código civil peruano (*La acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercitada por cualquiera de las partes*).

También lo ha hecho el Código civil de Argentina pero en una dirección contraria, porque su artículo 959 que, según se señaló, sienta como regla general que los autores de la simulación no pueden alegarla el uno contra el otro, lo permite excepcionalmente cuando el ejercicio de la acción por una de las partes *tenga por objeto dejar sin efecto el acto y las partes no puedan obtener ningún beneficio de la anulación*.⁷⁹² La solución expuesta parece poner las cosas en un justo punto de equilibrio y al comentarla dice Spota que cuando

⁷⁸⁹ En E. OSPINA ACOSTA: *Op. cit., Análisis crítico...* p. 14.

⁷⁹⁰ En G. CONTRERAS RESTREPO: *Op. cit., Código civil*, p. 1109. Y agrega el fallo: “...si bien es cierto que esta Corporación hace más de treinta años admitió que la acción de simulación debía serle negada a quien la hubiesen propiciado por motivos ilícitos, no es menos cierto que dicha posición dejó de prevalecer, al ser modificada en jurisprudencia posterior, que todavía conserva vigencia, plasmada en la sentencia del 18 de diciembre de 1964 y prohijada en ocasiones posteriores, más recientemente la sentencia dictada el 24 de febrero de 1994.”

⁷⁹¹ Corte Suprema, 1ª Sala, S. 00311 de 31 de octubre de 1990 (SCIJ-Jurisprudencia judicial): “Finalmente cabe expresar que algunas legislaciones extranjeras expresamente niegan acción para reclamar contra la nulidad y el acto simulatorio a la persona que hubiere dado lugar a la nulidad o que hubiere incurrido en la simulación, pero que en Costa Rica no existe obstáculo alguno, desde luego que no hay norma expresa que establezca esa prohibición.”

⁷⁹² Esta salvedad final fue agregada por la reforma de 1968. Originalmente el precepto contemplaba la prohibición en términos absolutos, más la jurisprudencia fue modulando gradualmente su rigor hasta aceptar el ejercicio de la acción por las partes, precisamente en el caso, legislado luego, de que el propósito de su ejercicio fuera el dejar sin efecto el acto. (Gabriela ROSELLÓ: *Simulación*. En: *Nulidades de los actos jurídicos*, (Carlos A. Ghersi, Director). Ed. Universidad, Buenos Aires, 2005, pp. 109-110).

la regla moral se encuentra lesionada, “rige el principio que veda alegar la invalidez del acto real torpe a aquellos que lo celebraron para crear una *apariencia* engañosa y perjudicial (...) los que se condujeron torpemente no tienen legitimación activa sobre la simulación, salvo que la pretensión de invalidez jurídica del acto simulado y torpe tienda, precisamente, a que esa torpeza carezca de consecuencias maléficas y el accionante no tenga de la anulación “ningún beneficio.”⁷⁹³ Cornet cita al efecto el caso que propone Borda del simulador arrepentido que quiere recuperar el bien para que sus acreedores puedan cobrarse; y agrega que es necesario dicho arrepentimiento cierto y comprobado, con el propósito de reparar el perjuicio a los terceros o dejar sin efecto el fraude a la ley.”⁷⁹⁴

En el sistema francés la legitimación de las partes encontraba un fundamento, si bien más sinuoso no por ello menos claro, en la norma del artículo 1321 que reconocía el valor de las *contre-lettres* entre las partes, las que pueden hacer valer estos documentos para destruir el negocio aparente. Si pueden hacerlo, es porque pueden enfrentarse en el juicio correspondiente..

En principio, escribe Dagot, la acción de declaración de la simulación está abierta a todas las personas; esa solución es normal, puesto que se trata de restablecer la realidad y permitir que produzca sus efectos. Su fundamento,

⁷⁹³ A. SPOTA: *Op. cit.*, *Contratos...* Tomo I, p. 639.

⁷⁹⁴ Manuel CORNET: *Simulación del acto jurídico*. En Libro homenaje a Fernando Vidal Ramírez, Tomo I. Ed. Idemsa, Lima, 2011, p. 555. La referencia del autor es al Código civil argentino y su conclusión llama la atención porque el artículo 959 de dicho *corpus* no contiene referencia alguna al arrepentimiento del simulador. Ciertamente es que excluye el ejercicio de la acción simulatoria *inter partes*, como regla general, pero la excepción tiene otro sentido: simplemente que las partes no obtengan beneficio de la nulidad. El accionante no debe probar arrepentimiento, sino simplemente negar la existencia de beneficio personal, porque, en definitiva, la prueba, por su naturaleza negativa, recaerá sobre su contraparte, a quien corresponderá probar el beneficio del actor, para impugnar su legitimación activa.

En este sentido, parece mucho mejor acotada la explicación de Daniel CROVI, cuando comenta este artículo 959: “Quien participó en una simulación ilícita –sea absoluta o relativa- no puede invocarla, tanto por vía de acción como de excepción, salvo que pretenda dejar sin efecto el acto sin obtener ningún beneficio. La acción entre las partes tendiente a dejar sin efecto una simulación ilícita sólo es factible si los simuladores no se proponen consumir el acto ilícito realizado mediante la simulación, ni aprovechar de él, sino repararlo, destruyendo las apariencias lesivas a los derechos ajenos.” (*Op. cit.*, *De la simulación*, p. 429). Así, pues, el arrepentimiento será una de las hipótesis de excepción de la norma, mas no una exigencia legal, como sugiere el texto de M. CORNET.

consiguientemente, es, por una parte, la destrucción de la apariencia (*anéantissement* de l'apparence), y, por la otra, el restablecimiento de la realidad. Si se le niega al simulador el derecho a restablecer la realidad y hacer producir efecto a la voluntad real, se vulneraría uno de los principios fundamentales del derecho de obligaciones: la autonomía de la voluntad. En el caso particular de los simuladores ese derecho puede ejercerse eficazmente mientras no se confronte con un derecho más fuerte, como el de los terceros de buena fe que tienen derecho a hacer valer la apariencia del negocio (*s'en tenir à l'apparence*).⁷⁹⁵

También concurre en apoyo de la legitimación activa de las partes de la simulación, el criterio general de legitimación universal de la acción de nulidad del negocio jurídico, respecto de la cual, afirman los Mazeaud, "podrán proceder las partes del acto, incluso la responsable de la nulidad."⁷⁹⁶

Una situación muy parecida se presenta en los códigos civiles de Bélgica (artículo 1321), Chile (artículo 1707), Colombia (artículo 1766), Ecuador (artículo 1724) y Uruguay (artículo 1580), que siguieron de cerca la normativa del *Code* en materia de contraescrituras; y en el italiano (artículo 1417), de Brasil (artículos 167 y 168) y Bolivia (artículo 545.II), entre otros.

⁷⁹⁵ M. DAGOT: *Op. cit.*, *La simulation...*, pp. 279-280. Agrega el autor citado que el éxito de la acción se basa en la prueba de que el acto aparente no ha sido querido, que se trata de un simple hecho sin valor (mientras no lo invoque un tercero de buena fe); por ello, en el caso de simulación, resulta inútil pretender fundar la ineficacia del negocio sobre la ausencia de causa, como lo han hecho algunas sentencias francesas, o sobre la falsa causa. Tanto la ineficacia del negocio simulado como el valor del disimulado reposan sobre el principio de la autonomía de la voluntad, el respeto de la voluntad real, de la palabra dada, que está en la base del artículo 1134 del *Code*.

⁷⁹⁶ H., L., y J. MAZEAUD: *Op. cit.*, *Derecho Civil...* Parte I, Vol. I, p. 521.

82. El argumento *venire contra factum proprium*.

Se ha planteado en algunas ocasiones, con residencia más forense que doctrinaria, que de proponerse la acción simulatoria por una de las partes del negocio simulado, se estaría en presencia de un caso enclavado en la doctrina de los actos propios. Así lo expone Borda (aunque referido concretamente a la nulidad contractual, pero que bien puede trasladarse a la simulación por la tantas veces señalada familiaridad entre ambas figuras), cuando dice que “es ir contra los actos propios atacar de nulidad un contrato cuando le resulta incómodo o perjudicial si lo ha considerado válido por años y se ha beneficiado de él.”⁷⁹⁷

Quienes propician esta tesis argumentan que la parte que acciona contra su propia simulación pretende obtener un beneficio de una conducta suya que contradice otra anterior, lo que no está permitido por el principio *venire contra factum proprium*, porque se violenta la buena fe negocial, se incurre en una verdadera hipótesis de dolo que vuelve ilícita la conducta contradictoria.

El Tribunal Supremo se ha referido, en general, a esta doctrina, como una aplicación y reflejo de la buena fe, “en cuanto concepto jurídico indeterminado – «standard jurídico»; «concepto válvula,” para precisar que está vedado “ir contra los actos propios, actuar en contradicción con la apariencia seriamente creada o con la confianza generada en otra persona que determina en ésta una inactividad o un concreto actuar, así como la que sanciona el retraso desleal” (S. 188/2005 de 28 de marzo);⁷⁹⁸

⁷⁹⁷ Alejandro BORDA: *La teoría de los actos propios*, 4ª edición, Ed. LexisNexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 94.

⁷⁹⁸ RJ 2005/1697. Ha precisado, asimismo, que no todo actuar en contrario encaja en la doctrina de los actos propios. Se requiere que la actuación sea trascendente y “cause estado, como se dijo en la sentencia 585/1994 de 10 de junio: “Ciertamente, el principio general de derecho de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, ha sido sancionado de antiguo por la jurisprudencia de esta Sala, teniendo declarado en cuanto a su alcance que “los actos propios contra los cuales no es lícito accionar son aquéllos que, por su carácter trascendental o por constituir convención, causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, por lo que el citado principio sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que hubieren creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla” (Sentencias, entre otras, de 16 de Junio y 5 de Octubre de 1.984; 23

En alguna oportunidad se hizo eco de ella, refiriéndose a la simulación relativa. La sentencia de 26 de octubre de 1962 la invocó (“por aplicación del principio del respeto a los actos propios”) para negar la legitimación activa del heredero que no actúa invocando sus derechos propios, sino que ejercita los derechos del causante para atacar los actos de este último. En la sentencia 7295/1992 de 23 de octubre el Tribunal Supremo resolvió que si bien los contratantes pueden impugnar el negocio simulado, no están legitimados para demandar la nulidad del disimulado, “pues fue realmente querido e implicaría ir contra sus propios actos.”

Sin embargo, el argumento no ha tenido mayor fortuna en el derecho español.

En jurisprudencia por demás sostenida, el Tribunal Supremo ha desestimado la aplicación de esta doctrina en el caso que nos ocupa, considerando que con la acción simulatoria sólo se pretende que prevalezca lo que las mismas partes realmente quisieron (“no va contra sus propios actos, sino que con la impugnación pretende es que se patentice la divergencia entre la voluntad real y su manifestación, o sea que se pretende que prevalezca la voluntad real, no la antes declarada que no era querida”); y que *venire contra factum proprium* impide volverse contra los actos propios anteriores siempre que sean válidos y eficaces, pero no puede oponerse a la parte accionante en los casos de simulación, por tratarse de actos inexistentes y nulos, como se dijo en las SS. de 22 de febrero de 1946 y 31 de mayo de 1963.

En otra oportunidad –STS de 14 de marzo de 1974- fue todavía más allá en esa dirección doctrinaria, con ocasión de la acción de nulidad, pues no sólo descartó la aplicación del principio *venire*, sino que atribuyó un valor ético-jurídico al accionar de las partes contra la validez de su propio negocio, argumentando que “ir contra alguno de los motivos que vician el acto, supone el

de Junio, 25 de Septiembre y 5 de Octubre de 1.987; 25 de Enero y 4 y 10 de Mayo de 1.989 y 20 de Febrero de 1.990), y esta doctrina jurisprudencial juega en contra del recurrente en razón a las manifestaciones que efectuó en la primera de las estipulaciones de la escritura de 9 de Febrero de 1.981.”

cumplimiento de un deber, que debe ser bien acogido, cualquiera que haya sido la pretérita actuación de quien postula la nulidad.”⁷⁹⁹

Especial atención, por sus varias implicaciones, merece la interesante sentencia 642/2009 de 21 de octubre,⁸⁰⁰ que si bien no se refirió expresamente a la legitimación activa en la hipótesis *venire contra factum proprium*, hizo una tácita aplicación de la doctrina que se viene comentando, pues el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la AP de Valladolid que aceptó una demanda de nulidad por simulación absoluta en un caso en que la accionante efectiva y declaradamente contradecía sus propios actos.

Se trataba de una capitulación matrimonial en la que los cónyuges pactaron el régimen de separación de bienes y liquidaron la sociedad de gananciales. Dos días después suscribieron un contradocumento privado en el que manifestaron su deseo de “seguir rigiéndose a todos los efectos por el régimen económico-matrimonial de gananciales” y reconocieron “el carácter ganancial de todos sus bienes” (que habían sido adjudicados en virtud de la liquidación anterior). Luego de una crisis matrimonial, la cónyuge, doña Santiago, demandó la nulidad por simulación absoluta de la capitulación y liquidación. El Juzgado de 1ª Instancia aceptó la demanda, en fallo que fue confirmado por la AP de Valladolid que consideró, entre otras motivaciones, que la verdadera razón de dichas operaciones era la situación generada por las deudas de la empresa familiar, de manera que, a pesar de que ningún bien figurara a nombre de la actora, el matrimonio siguiera usando y disfrutando de todos los bienes. Es manifiesto que la cónyuge demandante, partícipe de la simulación que la favoreció mientras no existieron problemas matrimoniales, se volvió contra sus propios actos al demandar la nulidad cuando variaron las

⁷⁹⁹ Cit. por M. ALBALADEJO: *Op. cit.*, *La simulación...*, p. 40. Pueden citarse además las SSTS. de 11 de junio de 1966 (RJ 1966/3406), 18 de octubre de 1982 (RJ 1982/5564), 8 de mayo de 1987 (RJ 1987/3389), 16 de febrero de 1990 (RJ 1990/690), 10 de febrero de 1993 (RJ 1993/700), 2 de junio de 2000 (RJ 2000/5092), 26 de julio de 2000 (RJ 2000/9177), 20 de noviembre de 2001 (RJ 2002/1026).

⁸⁰⁰ RJ 2009/5701.

condiciones de su matrimonio. Sin embargo, tanto las sentencias de instancia cuanto la de casación, la aceptaron como titular de la acción de nulidad por simulación.

III. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LOS TERCEROS DE BUENA FE.

83. Situación normal de los terceros

También los terceros de buena fe están autorizados para intentar la acción de simulación en tanto les asista un interés legítimo para ello, aserto apenas lógico si se tiene en cuenta que normalmente la simulación se urde precisamente para burlar los derechos de terceros. Por tercero de buena fe se entiende al que no ha participado en la maniobra simulatoria ni ha tenido conocimiento de ella.

En este sentido es uniforme la doctrina del Tribunal Supremo, pudiendo citarse, por todas, la sentencia de 13 de abril de 1988⁸⁰¹ en la que se declaró que por el carácter absoluto de la nulidad declarada por la sentencia impugnada, “la legitimación activa para obtener dicha declaración corresponde a todo aquel que acredite un simple interés legítimo, con la amplitud de criterio de que es muestra la Jurisprudencia de esta Sala, últimamente Sentencias de 5 de diciembre de 1986 y 22 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9648).” Con ese fundamento, el Tribunal Supremo admitió la legitimación activa de un Banco acreedor para intentar la acción de simulación tendiente a obtener la nulidad de una sociedad anónima constituida por marido y mujer y el padre de esta última, habiéndose probado que pocos meses después de la constitución, el padre adquirió la totalidad de las acciones y al año siguiente las donó a su hija, de todo lo cual el Tribunal concluyó que la sociedad se había constituido con el exclusivo fin de trasladar la titularidad de unas fincas propias de la sociedad conyugal a favor de

⁸⁰¹ RJ 1988/3146.

la esposa, traslación encaminada, causa falsa, a eludir la responsabilidad del marido, declarado en quiebra, frente a sus acreedores.

Debe recordarse que el concepto de *tercero* es considerablemente amplio y tiene carácter residual, pues, en definitiva, lo son todos aquellos que no se consideran jurídicamente parte, como el acreedor cuyo deudor se ha desprendido de sus bienes mediante el contrato simulado; el legatario, que tiene calidad de tercero porque no es el continuador jurídico de la persona del causante y puede tener interés en develar actos de disposición simulados de uno o más herederos, que son sus deudores del legado; los adquirentes de un derecho real o personal de los simulantes (p.ej., el adquirente de un inmueble, que se ve afectado por un contrato de arrendamiento simulado que celebró su tradente), etc.

Como ya se anticipó, no es menester que los terceros justifiquen que la simulación lesiona un derecho subjetivo concreto, como sería el caso del acreedor que ve menoscabado su derecho de prenda general sobre el patrimonio embargable del deudor que ha dispuesto simuladamente de uno o más bienes, o del garante de dicho deudor a quien el acreedor ha ejecutado por la misma causa. La jurisprudencia es abundante respecto de la hipótesis del acreedor, tanto en lo que respecta a la acción de simulación como a la de nulidad. Por todas, la STS 762/2005 de 25 octubre,⁸⁰² en la que se dijo que “para pedir la nulidad está legitimado cualquier interesado, haya sido o no parte del contrato. Y siendo interesado D. Bernardo por ser acreedor por una obligación contraída antes de la celebración de los contratos que se han declarado nulo y rescindible, respectivamente, por la sentencia apelada, debe considerársele legitimado a los efectos del ejercicio de las correspondientes acciones de nulidad.”

Basta que el tercero exhiba un interés legítimo o *interés jurídico*, que, en palabras de Cardini “constituye la medida de toda acción en justicia”,⁸⁰³ razón por la cual la jurisprudencia argentina ha declarado que la acción de simulación puede

⁸⁰² RJ 2005/7210.

⁸⁰³ E. CARDINI: *Op. cit. El llamado “Vicio de simulación”...*, p. 402.

ser ejercida por acreedores condicionales o a plazo,⁸⁰⁴ e inclusive por quien sea solamente titular de derechos litigiosos.⁸⁰⁵

84. Situación de los acreedores posteriores a la simulación.

Es bastante frecuente la afirmación de que solamente están legitimados para impugnar la simulación aquellos acreedores anteriores a la celebración del negocio simulado, de suerte que no podrían hacerlo aquellos que pasaron a serlo con posterioridad. Acaba de verse como la STS de 25 de octubre de 2005 hizo expresa alusión a que se trataba de un “acreedor por una obligación contraída antes de la celebración de los contratos.”

Autores como Ducci Claro y Rodríguez Grez, en Chile, apoyan esta tesis. El primero, refiriéndose a la acción de nulidad, sostiene que el interés patrimonial debe existir al tiempo de la nulidad, o sea, al producirse la infracción que lleva consigo la sanción de nulidad absoluta.⁸⁰⁶ Rodríguez Grez, por su lado, plantea que no tiene el interés que exige la acción quien ataca un acto simulado de su deudor si éste se ha celebrado con antelación a la constitución del crédito, pues ello significa que al momento de constituirse la obligación “no existía el bien simuladamente enajenado razón por la cual el interés del nuevo acreedor es sobreviniente y no coetáneo al acto jurídico que se ataca.”⁸⁰⁷

Sin embargo otros estiman que esta exigencia es, cuando menos, discutible. Así lo plantea Bustamante Salazar apoyándose en las enseñanzas del profesor León Hurtado, para quien entre los terceros deben contarse no sólo aquellos que han adquirido un derecho real sobre la cosa objeto del negocio simulado, sino aun los acreedores comunes o valistas de cualquiera de las partes

⁸⁰⁴ C. Civ. Sala F, ED 45-393. Cit. Por J. LLAMBÍAS: *Op. cit.*, *Código civil...*, Tomo II-B, p. 134. Cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO; *Op. cit.*, *El negocio jurídico...*, p. 359. En contrario, G. OSPINA FERNÁNDEZ y E. OSPINA ACOSTA consideran que los titulares de derechos condicionales no están habilitados para impugnar la simulación, por tratarse de *derechos inciertos* (*Op. cit.*, *Teoría general...*, p. 134).

⁸⁰⁵ C. Civ. Sala A, ED 31-187. Cit. por J. LLAMBÍAS: *id.*, p. 124.

⁸⁰⁶ Carlos DUCCI CLARO: *Derecho civil*, Santiago, 2000, p. 339. Cit. por L. BUSTAMANTE SALAZAR: *Op. cit.*, *El interés jurídico...*, p. 313.

⁸⁰⁷ P. RODRÍGUEZ GREZ: *Op. cit.*, *Inexistencia y nulidad...*, p. 211.

y aun cuando hayan adquirido este carácter con posterioridad a la celebración del contrato simulado, de manera que “el acreedor quirografario que embarga un bien, podrá probar la simulación de los arrendamientos o gravámenes constituidos en cualquier tiempo por su deudor sobre la cosa embargada.”⁸⁰⁸

Me parece más convincente esta última tesis porque lo que se trata de dilucidar es si el acreedor tiene un interés digno de tutela al momento de ejercitar la acción, para lo cual no parece muy relevante conocer si ese interés existía o no cuando se celebró el negocio jurídico que se pretende impugnar. Por otro lado parece apenas lógico pensar que cuando un deudor simula enajenaciones para reducir su patrimonio en perjuicio de los acreedores, lo hace teniendo en vista no sólo a sus acreedores actuales sino también a los futuros.

85.No se requiere que el daño sea actual, en el sentido de efectivamente producido.

Tampoco es necesario que la simulación haya producido efectivamente un daño *actual* al tercero, siendo suficiente la prueba de un daño potencial, un riesgo verificable, una amenaza de daño que, dadas las circunstancias del caso, pueda razonablemente llegar a materializarse en una lesión concreta, lo que ya planteó en su momento Ferrara, para quien “no sólo la lesión de un derecho puede ser causa del interés de accionar, sino también la amenaza de una lesión”, pues en esta circunstancia el interés resulta “de la *situación peligrosa* del derecho o de la posición jurídica, que consiste en su objetiva incertidumbre;”⁸⁰⁹ y hoy día reitera Cardini: la acción se da igualmente cuando el actor “es titular de una situación

⁸⁰⁸ Avelino LEÓN HURTADO: *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, p. 145. Cit. por L. BUSTAMANTE SALAZAR: *ibidem*.

⁸⁰⁹ F. FERRARA: *Op. cit.*, *Simulación...*, p. 211. Sin embargo, esta extensión no cubre la hipótesis de meras expectativas, en la que está ausente el interés *actual* que reclama la legitimación activa. Así, ha dicho la jurisprudencia uruguaya, “el eventual heredero carece de legitimación porque carece de toda relación jurídica con el objeto del litigio. No sólo no tiene un derecho material sobre la cosa o en relación a la cosa objeto del contrato presuntamente simulado, sino que tampoco puede pretender que exista un derecho, siendo que ello depende del ulterior fallecimiento del otorgante del contrato.” (Trib. Familia 1°, Sent. N° 197, 2.8.2006. En *Anuario...*p. 493).

jurídica (status) que peligra,⁸¹⁰ De modo que también podría alegarse un *daño futuro*, “siempre que se acredite la posibilidad cierta del perjuicio que se infiere al accionante por medio del acto simulado” (Zannoni).⁸¹¹

Aplicando esta lúcida línea doctrinal la jurisprudencia argentina ha acordado el ejercicio de la acción de simulación a cualquier persona que tenga interés en tal declaración (...) como en el caso de que el acto impugnado entrañe un peligro de hacer perder ese derecho o de no poder utilizar una facultad legal.⁸¹²

En efecto, resultaría exorbitante exigir para estos efectos la existencia de un daño actual, lo que significaría una forma subrepticia de lesionar los intereses jurídicos y mediatizar la tutela efectiva de los derechos. Supóngase que un acreedor obtiene una medida cautelar sobre un inmueble del garante de su crédito, porque el deudor principal carece de bienes suficientes. Luego el deudor decide comprar un inmueble, pero para sustraerlo a la acción ejecutiva que tiene planteada el acreedor, acuerda con el vendedor que la compraventa se celebre con su hijo de 2 años de edad que, por cierto, carece de recursos, y así se hace en efecto. La simulación relativa por *interpósita persona* está evidente, como asimismo la lesión al derecho del garante que no puede disponer del inmueble afectado por la medida cautelar, a pesar de que ha recibido varias ofertas de compra. Podría alegarse que aun no ha sido privado de su derecho de dominio y que, por lo mismo, no ha sufrido un daño actual. No es así. En esta hipótesis hay daño actual y lesión de derecho subjetivo. Mas incluso en el supuesto de que así no fuera, la legitimación activa del garante debe prosperar porque se ha lesionado, por lo menos, un *interés legítimo*, se lo ha privado de la posibilidad de utilizar una facultad legal y está indefenso frente al *peligro inminente* de ser

⁸¹⁰ E. CARDINI: *Op. cit. El llamado “Vicio de simulación”...*, p. 402.

⁸¹¹ E. ZANNONI: *Op. cit., ...Ineficacia y nulidad...*, p. 383.

⁸¹² C. Civ. Sala C, ED 31-104). En J. LLAMBÍAS: *Op. cit., Código civil...* Tomo II-B, p. 124. También ha dicho que es admisible la acción de simulación por parte de terceros aunque el demandado no se encuentre en estado de insolvencia o aunque no sea precisamente el negocio simulado el que la provoque (C1ª Apdel, Córdoba, 10/2/36, LL., 6-1; CFed. Mendoza. *Cit.* por E. ZANNONI, *Id.*, p. 384).

privado, vía remate judicial, de su derecho de dominio sobre el inmueble afectado.⁸¹³

86. La buena fe del tercero se presume.

Si para las partes el negocio jurídico simulado es precisamente eso, un *negocio jurídico*, para los terceros esa misma simulación constituye simplemente un *hecho* ajeno. Viene al caso preguntarse entonces si respecto de este hecho el tercero tiene la carga de probar la buena fe que lo habilita para impugnar el negocio ficticio o, si como ocurre en el caso de la posesión (artículo 434 Cc), aquella debe presumirse.

Al examinar este requisito de la protección del tercero, De Castro y Bravo no se pronuncia sobre el punto en cuestión, limitándose a señalar que en este caso la buena fe debe ser más calificada, además de razonable, y que “el juez deberá aquilatar todos los datos aportados, para apreciar la conducta de las partes, con arreglo a las circunstancias del caso.”⁸¹⁴ El problema es determinar quien debe *aportar* tales datos y da la impresión que el maestro español supone que también el tercero debe rendir prueba sobre su buena fe. Cariota Ferrara sostiene el mismo criterio, apoyado en que la buena fe solamente se presume en el caso del poseedor (artículo 1147 *Codice*, de tenor similar al artículo 434 Cc español), norma que hace excepción a las reglas generales sobre el *onus probandi*, por lo que no es admisible una interpretación analógica.⁸¹⁵

Una exigencia semejante luce desmedida, sobre todo si se piensa que en tales circunstancias el tercero se vería abocado a la diabólica carga de una prueba de hechos negativos, como, por ejemplo, el de no haber conocido el acuerdo simulatorio (negación *indefinida*). Por ello la doctrina tiende a sostener,

⁸¹³ La jurisprudencia argentina ha acordado el ejercicio de la acción de simulación a cualquier persona que tenga interés en tal declaración, tanto si se trata de un derecho subjetivo actual y aún eventual, como en el caso de que el acto impugnado entrañe un peligro de hacer perder ese derecho o de no poder utilizar una facultad legal (C. Civ. Sala C, ED 31-104). En J. LLAMBIAS: *Op. cit.*, *Código civil*,... Tomo II-B, p. 124.

⁸¹⁴ F. DE CASTRO Y BRAVO: *Op. cit.*, *El negocio jurídico*..., p. 364.

⁸¹⁵ L. CARIOTA FERRARA: *Op. cit.*, *Il negozio giuridico*..., pp. 551-552.

con buen criterio y de acuerdo con los principios generales que informan la materia, que en este caso la buena fe del tercero se presume, de suerte que el *onus probandi* recae sobre el que alega la mala fe.⁸¹⁶

IV. POSICIÓN DE LOS TERCEROS DE MALA FE

Por lo general la doctrina y la jurisprudencia limitan la legitimación activa de la acción simulatoria a los terceros de buena fe, negándola a aquellos que no la tienen porque tuvieron conocimiento del acuerdo simulatorio, debido a que de alguna manera se vincularon al negocio simulado.

Para negar su acceso a la acción simulatoria se sostiene, por una parte, que estos terceros están al tanto de la realidad que se esconde a la sombra de la operación simulatoria y, por otra, que carecen del interés legítimo reconocido en los terceros de buena fe.

Esta es la posición, entre otros, de Cárcaba Fernández al comentar la situación de un tercero muy particular: la persona interpuesta o testaferro, que no es un tercero absoluto (*penitus extranei*) ya que ha desempeñado un rol importante en el concilio simulatorio, pero tampoco es propiamente parte del negocio porque no obtiene de él beneficios ni perjuicios, razón por la cual, sostiene la autora citada, “habrá de negársele legitimación para impugnar el negocio simulado.”⁸¹⁷

Por el contrario, llevando la legitimación al extremo, Dagot plantea que esta acción debe concederse a todos los terceros, sin importar la calidad (p. ej., no es necesario que sea acreedor quirografario de una de las partes), ni la circunstancia de que se encuentren de buena o mala fe. La buena fe es esencial cuando el tercero desea prevalecerse de la apariencia del negocio simulado, pero en este caso no presenta interés alguno porque se trata nada más de hacer que la realidad produzca sus efectos normales (*ici où s’agit de faire produire à la réalité*

⁸¹⁶ G. OSPINA FERNÁNDEZ y E. OSPINA ACOSTA: *Op. cit.*, *Teoría general...*, p. 141.

⁸¹⁷ M. CÁRCABA FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, *La simulación...*, p. 109.

les effets qu'elle implique normalement).⁸¹⁸ El fundamento de esta legitimación, agrega el autor francés, no es, como a veces se ha dicho, sancionar civilmente a las partes simulantes o a otros terceros de mala fe, porque puede ocurrir que su ejercicio favorezca a uno de los simuladores y, sobre todo, porque este criterio de penalización se contradice con el fundamento de la misma acción cuando ella es intentada por una de las partes. El verdadero fundamento radica en que la verdad debe imponerse sobre la mentira (*la vérité doit l'emporter sur le mensonge*), pues, como destacaba Demogue, la justicia y la moral sólo triunfan con el restablecimiento de la realidad (*la justice et la moral ne gagneront qu'au rétablissement de la réalité*).⁸¹⁹

El problema no es de los más sencillos y tiene que ver con la naturaleza, fundamento y finalidad de la acción de ataque a la simulación. Ya se dijo que no es una acción popular por lo que únicamente está legitimado quien pueda justificar un interés legítimo, actual y personal (*Vid supra* §79.3), a efectos de obtener una tutela judicial de dicho interés, lo que excluye aquel interés general y abstracto de *realizar la justicia o hacer triunfar la verdad sobre la mentira* y, consiguientemente, la legitimación de los terceros absolutos o *penitus extranei*, punto en el que no comparto la tesis indiscriminada de Dagot.

Me parece, sin embargo, que es distinta la situación de los terceros relativos o vinculados al negocio simulado, como ocurre particularmente con el testaferro. Ellos tienen un interés concreto y digno de tutela que, si bien no igual, es similar al que tienen las mismas partes del acuerdo simulatorio, que justifica, como en el caso de estas últimas, su legitimación activa. Me refiero a ese consistente argumento expuesto en otro lugar (*Vid supra*...§81.b), según el cual a las partes debe aceptárseles la acción no como un reconocimiento a su maniobra engañosa, sino de su arrepentimiento, de lo cual se desprende, además, que ello sólo se lo hará si no obtienen beneficio personal con el

⁸¹⁸ M. DAGOT: *Op. cit.*, *La simulation*..., p. 283.

⁸¹⁹ *Id.* p. 295.

decaimiento del negocio simulado, como lo sostiene la doctrina argentina con fundamento en el artículo 959 del Código civil de ese país.

Esta última observación es importante porque explica la necesaria diferencia que debe existir con la situación de los terceros de buena fe, que pueden impugnar el negocio simulado *precisamente* para tutelar un interés *personal*, de allí que la doctrina y jurisprudencia, como acaba de revisarse, se ocupen de precisar las condiciones que debe reunir dicho interés. De lo contrario se llegaría al despropósito de privilegiar la posición de los terceros de mala fe.

Por cierto, la legitimación de los terceros de mala fe vinculados al negocio, tiene similar limitación que la reconocida a las partes; es decir, sólo pueden intentar la acción contra los simuladores u otro tercero de mala fe.

V. LEGITIMACIÓN PASIVA.

87.La acción de simulación debe dirigirse contra el o los partícipes del negocio simulado.

La regla general en materia de legitimación pasiva en los casos de las acciones de impugnación del negocio jurídico, y de manera particular del contrato, puede sintetizarse en dos precisiones que han sido destacadas uniformemente por la doctrina y la jurisprudencia:

1) Como se expuso en la STS 452/2004 de 26 de mayo, la acción debe dirigirse contra las personas “que verdaderamente hubieran tenido intervención en la relación contractual o jurídica objeto del litigio“, habida cuenta que quienes no fueron parte en el contrato “carecen de interés legítimo sobre las obligaciones que constituyen su objeto, puesto que nada tienen que defender y, consiguientemente, no hay razón alguna para llamarlas obligatoriamente al proceso.”⁸²⁰

⁸²⁰ RJ 2004/3975. Cita además las SSTs. de 8 de julio de 1988 (RJ 1988, 5587), 22 de junio de 1996 (RJ 1996, 6607) y 16 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1158).

2) Que tratándose de *litis consorcio pasivo*, escribe de Castro y Bravo comentando la posición de la jurisprudencia, debe traerse al proceso a todos los interesados en la relación jurídica litigiosa, con el fin de evitar, por un lado, que puedan ser afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en el juicio, de impedir, por otro, la posibilidad de sentencias contradictorias.⁸²¹

En igual sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Colombia: "...resulta obvio que si a la formación de un acto o contrato concurren con su voluntad dos o más sujetos de derecho, la modificación, disolución, o, en fin, la alteración del mismo, no podría decretarse válidamente en un proceso sin que todos ellos hubiesen tenido la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción..."⁸²²

Por consiguiente la impugnación del negocio simulado deberá dirigirse precisamente contra todos aquellos interesados en defender la realidad del negocio atacado, que serán diferentes según la vía procesal que se utilice para proponer la impugnación.

a) Si se la plantea como demanda debe dirigirse necesariamente contra todos aquellos que han participado en el negocio simulado, y únicamente contra ellos, con el objeto de que puedan defender la realidad del negocio atacada por la acción. Así lo ha resuelto el Tribunal Supremo en numerosos fallos: SS. de 30 de noviembre de 1954, 27 de octubre de 1955, 16 de mayo de 1960,⁸²³ y más recientemente en las sentencias de 8 de julio de 1988,⁸²⁴ 22 de junio de 1996,⁸²⁵ 374/1998 de 27 abril,⁸²⁶ 16 de febrero de 2000⁸²⁷ y 452/2004 de 26 de mayo de 2004, a la que se aludió más arriba.

b) Lo mismo ha de decirse cuando se alega la simulación por vía de reconvencción, en la que igualmente se pide una declaración de efecto general que

⁸²¹ F. DE CASTRO Y BRAVO: *Op. cit.*, *El negocio jurídico...*, p. 360.

⁸²² Sala de lo Civil, 13 de julio de 1992. En G.CONTRERAS RESTREPO: *Op. cit.*, *Código civil...*p. 1106.

⁸²³ F. de CASTRO Y BRAVO: *Ibidem*.

⁸²⁴ RJ 1988/5587.

⁸²⁵ RJ 1996/6607.

⁸²⁶ RJ 1998/2991.

⁸²⁷ RJ 2000/1158.

atañe a todos los participantes en el acto simulado, de manera que debe contarse necesariamente con ellos, como resolvió el Tribunal Supremo en las sentencias de 24 de noviembre de 1956 ⁸²⁸ y 374/1998 de 27 abril.⁸²⁹ En esta última se dijo que “si la nulidad se plantea, por vía de reconvencción será preciso constatar quiénes fueron partes en el contrato cuya nulidad se pida no para traer a ningún tercero al pleito sino para estimar, si alguno de los sujetos en la relación jurídico material, que conforma el título, no es parte en la tercería, y, con ello, la imposibilidad del pronunciamiento por falta de litisconsorcio pasivo necesario (STS de 24 julio 1992), o más correctamente, por insuficiente legitimación pasiva (STS de 20 julio 1994 (RJ 1994/6515)).”

c) Finalmente, si la simulación es propuesta simplemente como excepción, obviamente se la dirigirá sólo contra el accionante que fundó su demanda en el acto simulado, debido a que en este caso no se pide del juez una declaración de valor general acerca de la eficacia de la simulación del negocio en discusión, sino simplemente se niega, por causa de aquélla, el derecho del adversario; o como dice Ferrara, porque en estos casos “queda reducido el debate al excepcionante y al que, sobre la base del contrato simulado, alega la adquisición de un derecho.”⁸³⁰

Ello restringe notablemente la extensión de los efectos de la sentencia y, por lo mismo, no interesa, al menos en principio, a los demás involucrados en la simulación, como se declaró en la sentencia de 24 de noviembre de 1956 recién citada; o en los términos expresados por la sentencia de 27 de abril de 1988: “el rigor sobre posibles terceros implicados en el negocio que tendrían que soportar la declaración de nulidad decae”.

⁸²⁸ En de CASTRO Y BRAVO, *Op. cit.*, *El negocio jurídico*, p. 360.

⁸²⁹ RJ 1998/2991.

⁸³⁰ F. FERRARA: *Op. cit.*, *Simulación...*, p. 433.

88. Posible extensión de la acción a ciertos terceros

La acción de simulación pueden intentarla las partes del negocio y los terceros a quienes se reconoce legitimación activa, en contra de los terceros de mala fe. Albaladejo cita numerosas sentencias del Tribunal Supremo que se han pronunciado en este sentido.⁸³¹

Al examinar el tratamiento jurídico del contrato simulado y del disimulado, Messineo plantea la posibilidad de que la acción de simulación se ejercite contra ciertos terceros, concretamente al subadquirente de buena fe y al acreedor del adquirente simulado. Toma como referencia para ello las normas de los artículos 1415 y 1416 del Cc. Italiano.⁸³²

a) El primer caso (subadquirente de buena fe) es el de aquellos que reciben un derecho de quien a su vez lo adquirió en virtud del contrato simulado (artículo 1415 *Codice: che in buona fede hanno acquistato diritti dai titolare aparente*). Por ej., mediante un contrato absolutamente simulado, y con el propósito de eludir a sus acreedores, A vende y transfiere un bien a B. Posteriormente, mediando ahora un contrato verdadero, B (propietario aparente) vende y transfiere el mismo bien a C, que cree adquirirlo del dueño porque no conoce de la simulación (adquirente de buena fe). El segundo caso, más sencillo, se refiere a un tercero acreedor de quien enajenó simuladamente (*o dai creditori del simulato alienante*).

En ambos supuestos, las disposiciones legales mencionadas protegen a estos terceros, a los que no se podrá oponer la simulación (artículo 1415 *Codice*), ni directamente, comprometiéndolos en un *litis consorcio pasivo*, ni indirectamente mediante posterior acción de condena que utilice como antecedente la sentencia recaída en el juicio de simulación.

⁸³¹ M. ALBALADEJO GARCÍA: *Op. cit., La simulación...*, p. 41. Entre ellas, la sentencia de 1 de julio de 1982, pero si el autor se refiere a la STS N° 315 de dicha fecha (RJ 1982/4213), el caso no era de oposición a un tercero de mala fe, sino a una de las partes, pues la actora, heredera de los vendedores de la nuda propiedad una finca, dirigió la acción de nulidad de dicho contrato *contra los compradores*, demanda que fue rechazada porque se estimó, como en efecto se declaró, que en realidad se trataba de un contrato de vitalicio (*Vid supra §45*).

⁸³² F. MESSINEO: *Op. cit., Doctrina General...*, Tomo II, p. 29.

Messineo llama la atención sobre el hecho singular de que, en lo que respecta al tercero subadquirente de buena fe cuya adquisición no decae a pesar de la anulación del contrato de su antecesor, quedan derogados principios capitales de la adquisición por título derivativo, como *resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis*, que a su vez tiene como soporte *nemo plus iuris in alios transferre potest, quam ipse habere*;⁸³³ derogatoria plenamente justificada por la doctrina de la confianza en la apariencia del derecho del antecesor.

b) Distinta es la situación del tercero subadquirente de mala fe, que conocía el concierto simulatorio del que se derivó el dominio aparente de su *tradens* y respecto del cual no hay mérito para una protección como la que acaba de exponerse y al que le son oponibles la simulación y sus consecuencias.⁸³⁴

En virtud de lo que se expuso en el párrafo precedente sobre el *litis consorcio pasivo* parece claro que en los casos propuestos la acción simulatoria debe enderezarse también contra dichos terceros porque, en el evento de estimarse la demanda, también recaerán sobre ellos los efectos de la sentencia.

VI. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN.

89. La tesis de la imprescriptibilidad.

La mejor doctrina postula que la acción de simulación absoluta no está sometida a la prescripción, entre otras buenas razones, porque cualquiera que sea el tiempo que transcurra, un acto que no existe no puede adquirir existencia y siempre se podrá pedir que se declare que no existe.⁸³⁵

A juicio de Ferrara la imprescriptibilidad resulta como una consecuencia de la naturaleza declarativa de la acción de simulación: “No se concibe, en efecto, que por el transcurso del tiempo pueda extinguirse la acción de reconocimiento de un hecho o situación jurídica determinados, mientras subsistan las condiciones

⁸³³ *Id.*, p. 33.

⁸³⁴ *Id.*, p. 34.

⁸³⁵ A. ALESSANDRI y M. SOMARRIVA: *Op. cit.*, *Derecho Civil...*, Tomo I, Vol. I p. 454.

propias de su ejercicio.”⁸³⁶ Siguiendo muy de cerca al maestro italiano, el autor colombiano M. Guerrero plantea que no puede prescribir “mientras subsista la necesidad del reconocimiento de una situación (...) ya que la necesidad de ese reconocimiento hace perdurar la acción.”⁸³⁷

La tesis es ampliamente compartida por los principales autores españoles que se han ocupado del tema, comenzando por de Castro y Bravo que la explica por el hecho de tratarse de una acción que “comprende necesariamente alguna declaración de nulidad” y, por lo mismo, la pone frente a la nada y “de la nada no puede nacer una excepción (*nihil agitur et ex nihilo nihil*)”; y luego de referirse a las dudas que se han planteado respecto de la simulación relativa, llega a la misma conclusión de imprescriptibilidad con el consistente argumento de que tampoco en este caso parece haber una realidad jurídica en que pueda utilizarse la figura de la prescripción.⁸³⁸

Cárcaba Fernández, a su vez, aborda el tema reconociendo la dificultad de sostener la imprescriptibilidad de la acción de simulación, en presencia del artículo 1930 Cc que proclama la prescriptibilidad universal de los derechos y acciones (*de cualquier clase que sean*), y la ausencia de una norma de excepción que vaya en beneficio del caso que nos ocupa (omisión que se explica solamente por el hecho de que el Código civil no ha disciplinado la figura), no obstante lo cual se adhiere a los argumentos de Castro y Bravo (“bajo la apariencia no hay nada y de la nada no puede nacer una excepción a la imprescriptibilidad”) para pronunciarse también a favor de la imprescriptibilidad de la acción, aunque admite que la cuestión se torna discutible en la hipótesis de simulación relativa⁸³⁹.

Para Albaladejo no puede admitirse la prescripción “ya que no se trata de ejercitar un derecho (a invalidar, a suprimir efectos) que pudiera morir por el paso del tiempo, sino (...) de poner de relieve que el negocio es desde antes inválido y

⁸³⁶ F. FERRARA: *Op. cit.*, *Simulación...*, p. 207. En el mismo sentido CARIOTA FERRARA, trátase de simulación absoluta o relativa (*Op. cit.*, *Il negozio giuridico...*, p. 553).

⁸³⁷ M. GUERRERO: *Op. cit.*, *Simulación...*, p. 223.

⁸³⁸ F. DE CASTRO Y BRAVO: *Op. cit.*, *El negocio jurídico...*, p. 357.

⁸³⁹ M. CÁRCABA FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, *La simulación...*pp. 104-106. La autora cita dos antiguas sentencias del Tribunal Supremo, de 11 de enero de 1928 y 10 de abril de 1933, que por entonces ya hablaban de la imprescriptibilidad de la acción de simulación.

que los efectos verdaderamente no existen.”⁸⁴⁰ Diez-Picazo y Gullón se suman a esta tesis que consideran igualmente válida para la simulación absoluta y la relativa.⁸⁴¹ Otro tanto hace Verdera y Tuells, para quien la acción es imprescriptible como la misma inexistencia, “que es también perpetua e insubsanable: *quod ab initio nullum est non potest tractu temporis convalescere*.”⁸⁴²

La jurisprudencia italiana ha tenido momentos de vacilación sobre este punto, a pesar del artículo 1422 Cc que dispone la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, tan emparentada por la doctrina mayoritaria con la de simulación, con la salvedad de los efectos de la usucapión y de la prescripción de la acción de repetición. Una sentencia de casación de 23 de octubre de 1974 declaró que la acción de simulación relativa está sujeta a prescripción ordinaria, pero a partir de la sentencia de casación el 11 de agosto de 1979 rectificó su doctrina y dijo que lo prescriptible no es la acción de simulación, sino la de cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato simulado.⁸⁴³

90. Tesis que admite la prescripción.

Como puede apreciarse de lo recién expuesto, la prescriptibilidad de la acción simulatoria no es cuestión que haya encontrado mucho asidero en la doctrina española, como si lo ha tenido, en cambio, en el derecho comparado, particularmente en el latinoamericano donde se apoya con mucha fuerza en el principio de la prescriptibilidad universal.

Así, la doctrina chilena⁸⁴⁴ no ha encontrado fundamentos para dejar de aplicar en este caso la regla general de la prescriptibilidad de las acciones y

⁸⁴⁰ M. ALBALADEJO: *Op. cit.*, *La simulación...*p. 44.

⁸⁴¹ LUIS DIEZ PICAZO y ANTONIO GULLÓN: *Op. cit.*, *Sistema...*, Vol. I, pp. 515-516. Citan en apoyo de la tesis, las sentencias de 23 de mayo de 1956 y 29 de noviembre de 1989, del Tribunal Supremo.

⁸⁴² E. VERDERA Y TUELLES: *Op. cit.*, *Algunos aspectos...*, p. 48.

⁸⁴³ En F. GALGANO: *Op. cit.*, *El negocio jurídico...*, p. 339.

⁸⁴⁴ A. ALESSANDRI y M. SOMARRIVA (*Op. cit.*, *Derecho civil...*, Tomo I, Vol. I, p. 454), V. VIAL DEL RÍO (*Op. cit.*, *Teoría General...*, pp. 153-154), Antonio VODANOVIC H. (*Manual de Derecho civil*, Segundo volumen. Ed. Cono Sur, Santiago, 2001, p. 218), Raúl DIEZ DUARTE (*La simulación de*

derechos, de la que únicamente se excepcionan aquellos casos expresamente previstos en la ley, entre los que no figura la acción en examen. Lo mismo plantean los autores colombianos Ospina y Ospina⁸⁴⁵ y, según parece, Guerrero;⁸⁴⁶ y se sostiene también en Costa Rica donde la doctrina y la jurisprudencia proponen uniformemente su prescriptibilidad de acuerdo a las reglas generales.⁸⁴⁷ En estos casos la regla general estaría contemplada en el régimen de la nulidad absoluta y se trataría de una prescripción de 10 años en Chile (artículo 1683 Cc) y Colombia (artículos 1742 y 2532 Cc) y de 15 años en Ecuador (artículo 1699 Cc).

La cuestión ha sido largamente debatida en el derecho argentino. Hasta la reforma de la Ley 17.711 de 1968, la controversia giraba en torno a la misma admisibilidad de la prescripción y a su plazo, en una tonalidad que Borda ha calificado como “verdadera anarquía de opiniones.”⁸⁴⁸ La discusión fue superada con el nuevo inciso segundo del artículo 4030 Cc que prevé expresamente la

contrato en el Código civil chileno, Santiago, 1957. En C. CORONEL JONES: *Op. cit.*, *La simulación...*, pp. 174-175).

⁸⁴⁵ G. OSPINA FERNÁNDEZ y E. OSPINA ACOSTA: *Op. cit.*, *Teoría general...*, p. 135.

⁸⁴⁶ “Estando la prescripción establecida y reconocida por la ley como un medio de purgar las situaciones jurídicas y sanearlas de vicios que determinan un estado de anormalidad e inseguridad permanente, no se concibe que en el derecho colombiano se hubiera pasado por alto lo referente a la acción de simulación, dado que ésta representa un estado de hecho por demás de peligroso y anormal para el correcto ejercicio y desarrollo de las actividades jurídicas y sociales. La similitud que presenta esta acción con la de nulidad absoluta (...) es un argumento más a favor de la tesis de la prescriptibilidad de la acción dicha.” (M. GUERRERO: *Op. cit.*, *La simulación...*, p. 238).

⁸⁴⁷ En ese sentido las sentencias 00172 de 23/12/1992, Exp. 92-000172-000-CL y 00588, Exp. 96-001098-0180-CI de 31/07/2002 de la Primera Sala de la Corte Suprema; y 00455, Exp. 02-000353-0010-CI de 13/11/2002 y 00102, Exp. 02-100141-0417-CI, de 18/03/2005, del Tribunal Segundo Civil, en las que se expresa que la acción de simulación absoluta prescribe en el plazo ordinario de 10 años, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 849 y 868 del Código civil. En <http://200.9168.20.SCIJ.PoderJudicial.jurisprudenciaJudicial>.

La sentencia 00455 de 13/11/2002 del Tribunal Segundo, cita la opinión de Diego BAUDRIT CARRILLO (*La temporalidad de la acción de nulidad absoluta y la perpetuidad de la excepción*, publicado en la Revista Judicial N° 25), para quien la acción de nulidad tiene un plazo de prescripción de diez años, siempre que el acto se haya ejecutado, en tanto que es imprescriptible cuando el acto no se ha ejecutado o cuando esa ejecución constituye un atentado al interés público, a la moral o a las buenas costumbres. Por su parte, Ernesto JINESTA LOBO, interpretando el numeral 843 del Código Civil, llega concluir que la acción de simulación es imprescriptible. Contrario a lo que afirma este autor, la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, ha girado en torno a establecer el plazo de prescripción de diez años para el ejercicio de la acción de simulación, en aplicación del numeral 868 citado.

⁸⁴⁸ A. BORDA: *Op. cit.*, *Manual...*, p. 508.

prescripción de la acción para dejar sin efecto *entre las partes* un acto simulado, sea la simulación absoluta o relativa, en el plazo de dos años, contados *desde que el aparente titular del derecho hubiere intentado desconocer la simulación*.

Sin embargo, esta norma no clausuró definitivamente la polémica, porque, como puede apreciarse, contempló únicamente la hipótesis *inter partes*, dejando abierto el debate sobre la prescriptibilidad en los casos de la acción intentada por terceros. Así las cosas, Mosset Iturraspe se pronuncia a favor de la prescripción y en el mismo plazo de dos años señalado en el artículo 4030 Cc para la acción de nulidad por vicios del consentimiento y falsa causa.⁸⁴⁹ Zannoni, en cambio, advierte que la acción intentada por terceros generalmente es instrumental en tanto sirve de presupuesto para intentar otra acción principal, que es aquella que realmente interesa a sus derechos, de manera que “cuadraría sostener que, respecto de terceros, éstos podrán invocar la simulación *mientras no hubiere prescripto la acción principal que tutela su interés legítimo*.”⁸⁵⁰

Obviamente en los sistemas que no han disciplinado la acción simulatoria, que son mayoritarios, no es posible encontrar soluciones positivas sobre su prescriptibilidad. Enfrentados a ese vacío normativo y dada la vecindad de esta acción con la de nulidad, parece razonable comunicarle los principios y soluciones previstos para esta última, para reforzar la idea de que estamos ante una acción imprescriptible, cuando asimismo lo es la de nulidad (p. ej., artículo 1422 del Código italiano),⁸⁵¹ o que prescribe en el tiempo prevista para aquella (p. ej., 10 años según el artículo 1683 Cc. chileno) o 15 años según el artículo 1699 Cc. ecuatoriano).

⁸⁴⁹ J. MOSSET ITURRASPE: *Op. cit., Contratos simulados...*, Tomo I, p. 270. En el mismo sentido BORDA. La sentencia de 10 de septiembre de 1982 del pleno de la CCcv resolvió que el plazo de prescripción de dos años es aplicable a los terceros (En Santos CIFUENTES: *Op. cit., Negocio jurídico...*, p. 670).

⁸⁵⁰ E. ZANNONI: *Op. cit., Ineficacia y nulidad...*, p. 408.

⁸⁵¹ Con la salvedad de los efectos de la usucapión y de la prescripción de la acción de repetición.

91. La doctrina de la prescriptibilidad de la acción de simulación en la jurisprudencia española.

En el derecho español podría prestarse a dudas la norma del artículo 1301 Cc, según el cual la acción de nulidad *sólo durará cuatro años*, entre otros casos, en los de *falsedad de la causa*, regla a primera vista inquietante por la inocultable familiaridad que existe entre simulación y nulidad, y el hecho de que la doctrina y jurisprudencia predominantes han residenciado la simulación relativa precisamente en la falsedad de la causa a la que se refiere el artículo 1276 Cc.

Sin embargo, el Tribunal Supremo se ha ocupado de disipar esas dudas, con precisas declaraciones sobre este particular, entre las cuales merecen destacarse:

1) La S. de 21 de octubre de 1963⁸⁵² declaró, refiriéndose a la simulación relativa, que “las acciones nacidas de la relación jurídica establecida por el negocio disimulado verdadero, se extinguen por prescripción, pero en ninguna forma se ha hecho la afirmación de que la acción para deshacer la apariencia simulada, esté sujeta a prescripción, porque ello equivaldría a proclamar la subsistencia del contrato cuya causa es manifiestamente falsa, contra la terminante afirmación del art. 1261-3º del Código Civil (LEG 1889, 27) de que no hay contrato en donde no hay causa, lo que se traduce en la necesaria consecuencia de que, en el contrato simulado con simulación relativa, no existe el contrato que se aparenta, sino que tan sólo existe el que se encubre y que origina derechos y acciones prescriptibles, prescriptibilidad que no puede aplicarse a la acción encaminada a desvelar el contrato oculto, que no nace de éste, sino del contrato aparente cuya inexistencia perpetuamente tienen derecho a denunciar las partes que lo suscribieron, por elementales razones de seguridad jurídica”;

⁸⁵² RJ 1963/4154.

doctrina expuesta nuevamente en las SS. 22 de diciembre 1987,⁸⁵³ 29 de noviembre de 1989⁸⁵⁴ y 208/2007 de 22 febrero.⁸⁵⁵

2) El 29 de noviembre de 1989,⁸⁵⁶ reiteró que “ha de proclamarse la imprescriptibilidad de la acción correspondiente” (de simulación relativa), fundándose para ello en la S. de 22 de diciembre de 1987.⁸⁵⁷ El 23 de octubre de 1992 declaró que “en los supuestos de simulación absoluta (...) la nulidad se produce ipso iure y por ello es insubsanable e imprescriptible, produciendo efectos erga omnes” (S. 17353/1992).

3) La S. 852/2007 de 12 julio⁸⁵⁸ precisó, finalmente, que “el art. 1.301 CC es un precepto inaplicable a la acción que pretende la declaración de nulidad absoluta por simulación del contrato, en los que hay una inexistencia de causa y total privación de efectos contractuales (sentencias, entre otras, de 23 de octubre de 1992, RJ 1992, 8279; 23 de julio de 1993, RJ 1993, 6475; y 29 de abril de 1997, RJ 1997/3409).”⁸⁵⁹

⁸⁵³ RJ 1987/9649.

⁸⁵⁴ RJ 1989/7921.

⁸⁵⁵ RJ 2007/1478.

⁸⁵⁶ RJ 1989/7921.

⁸⁵⁷ RJ 1987/9648.

⁸⁵⁸ RJ 2007/4681.

⁸⁵⁹ Igualmente categórico ha sido respecto de la prescripción de la acción de nulidad. La S. de 4 de noviembre de 1996 (RJ 1996/7910) declaró que “la nulidad es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción”; doctrina que fue reiterada en la S. 14 de marzo de 2000 (RJ 2000/ 1203), entre otras. Y fue particularmente claro al precisar la inteligencia de la norma sobre prescripción de la acción de nulidad del artículo 1301: “Aunque ciertamente la literalidad del artículo 1301 CC podría llevar a un lector profano a considerar que la acción de nulidad caduca a los cuatro años, tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden unánimemente en interpretar que el artículo 1301 CC se aplica a la anulabilidad y no a la nulidad, que es definitiva y no puede sanarse por el paso del tiempo, habiendo declarado la sentencia de 4 de noviembre de 1996 (RJ 1996-7910), que “la nulidad es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción” (en el mismo sentido la sentencia de 14 de marzo de 2000 (RJ 2000-1203), entre muchas otras.” (S. 739/2005 de 18 octubre (RJ\2005\7218; doctrina que ha reafirmado en las SS. de 4 octubre de 2006 (RJ 2006/6429) y 208/2007 de 22 febrero (RJ\2007\1478).

92. Una variante para el caso de la simulación relativa.

Ya se han señalado las vacilaciones que expresan algunos autores sobre la prescripción de la acción cuando se trata de la simulación relativa, caso en el cual la residencia del problema no está en el contrato simulado, respecto del cual no se duda generalmente que la acción de ataque no prescribe, sino en el disimulado, y la cuestión es determinar si este puede ser alcanzado por la prescripción.

En la sentencia de 21 de octubre de 1963, citada por Santos Briz,⁸⁶⁰ el Tribunal Supremo se pronunció afirmativamente con el argumento de que en la simulación relativa la eficacia en el orden legal del contrato encubierto, se funda y justifica en la licitud de su causa, verdadera y cierta (artículo 1276 Cc), de manera que, dotado dicho negocio simulado de existencia legal y actividad funcional, “le alcanzan las normas de la prescripción extintiva cuya noción o motivo radica en poner término a una situación de incertidumbre, dando garantía al derecho constituido no afectado de vicio de invalidez o nulidad.”

Una doctrina similar se sostuvo en la jurisprudencia italiana, con una ligera variante, según la cual la acción en estudio es imprescriptible, cualquiera sea la modalidad de simulación, si sólo persigue la nulidad del negocio simulado; pero en el caso de simulación relativa, si lo que se pretende es hacer valer el negocio disimulado y sus efectos, la acción prescribe en 10 años (sentencias de 29 de enero de 1971 y 17 de junio de 1974).⁸⁶¹

⁸⁶⁰ J. SANTOS BRIZ *et al.*: *Op. cit.*, *Tratado de Derecho civil...*, Tomo III, p 497.

⁸⁶¹ SS. 29 enero 1971: n. 220, m Foro It. 1971, I, 916; 17 de junio 1974: n. 1757, Foro It. 1974, I, col. 2320 y 2321. *Cit.* por M. CÁRCABA FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, *La simulación...*, p. 105.

CAPÍTULO DÉCIMO

Prueba de la simulación

Summa.- 93. Planteamiento de la cuestión.- 94. La prueba del motivo o *causa simulandi*.- 95. La necesidad de probar y la carga de la prueba.- 96. Dos casos de excepción a las expuestas reglas sobre la carga de la prueba: 1) Expresa disposición legal; 2) Aplicación de la regla sobre la carga dinámica de la prueba.- 97. Simulación y prueba de los hechos negativos.- I. PRUEBA DE LA SIMULACIÓN ENTRE LAS PARTES DEL CONCILIUM FRAUDIS.- 98. Planteamiento.- 99. Los medios de prueba: las contraescrituras.- 100. Condiciones que deben reunir las contraescrituras.- 101. Posibilidades de la prueba testimonial.- 102. Aplicación de la regla de facilidad probatoria (o carga dinámica de la prueba).- II. LA PRUEBA EN LOS JUICIOS PROPUESTOS POR TERCEROS.- 103. Posición de los terceros frente a la prueba de la simulación.- 104. La prueba indiciaria: 1) Admisibilidad; 2) Concepto y naturaleza.- 105. Carácter subsidiario de la prueba indiciaria.- 106. El uso de la prueba indiciaria es facultativo para el juez.- 107. No se exige que los indicios sean unívocos.- III. INDICIOS QUE HAN SIDO FRECUENTEMENTE ESTIMADOS POR LA JURISPRUDENCIA.- 108. Principales categorías indiciarias.- IV. ESTABLECER SI UN NEGOCIO ES O NO SIMULADO ES UNA CUESTIÓN DE HECHO.-

93. Planteamiento de la cuestión.

Albaladejo comenta con ironía la atención que la doctrina ha venido prestando a la prueba de la simulación, y de manera particular al meticuloso trabajo sobre este punto de Muñoz Sabaté.⁸⁶² No parece ocioso recordar, entonces, la importancia de la prueba como materia general y traer para ello la autorizada afirmación de Planiol y Ripert en el sentido de que “un derecho no es

⁸⁶² Obra citada, pp. 201 a 203. En su referencia particular a la extensa y consistente obra de MUÑOZ SABATÉ (*La prueba de la simulación*, citada en el presente trabajo), la tilda sarcásticamente de “demasiada prueba, y la hace ser una señora prueba, que es hasta más prueba que la conocida “prueba del nueve”, pasando por alto el hecho de que la cuarta parte de dicha obra es un interesante ensayo sobre la semiótica judicial, y que entre sus muchas aportaciones, nos entrega un detallado análisis de los numerosos indicios que suelen presentarse en el debate judicial sobre la materia.

nada sin la prueba del acto jurídico o del hecho material del cual se deriva (...) Es, pues, la prueba, la única que vivifica el derecho y la única que lo hace útil.⁸⁶³ Y no se diga en el caso particular de la simulación, donde la dimensión probatoria ha concitado, por añadidura, una particularísima y muy justificada atención por parte de la jurisprudencia nacional y comparada.

Ocurre que, dados los singulares trazos de esta figura, el capítulo de su probanza judicial nos muestra perfiles del más alto interés y se me ocurren por lo menos dos consideraciones que lo justifican. La primera, de tesitura más bien valórica, es que en las disputas judiciales que se escenifican por su causa, se pone en tensión la real capacidad del sistema de aplicación del derecho para desentrañar lo verdadero a partir de apariencias premeditadamente engañosas (al modo que lo hace el *disregard* en materia de personalidad jurídica), cuestión que debe estar permanentemente en la agenda de prioridades del jurista; y la segunda, muy vinculada a la consideración anterior, pero con tonalidades más técnicas, es que la prueba de la simulación da cuenta, como en pocos otros casos, del especial protagonismo que asumen los indicios, que encuentran aquí uno de los terrenos más propicios para su examen teórico y práctico.

94. La prueba del motivo o causa simulandi.

Parece apenas lógico que una primera y muy importante actividad probatoria en este asunto, deba dirigirse al establecimiento procesal de un interés o *motivo* que haga verosímil la pretensión del *consilium fraudis*, elemento emblemático de esta figura; pues, por decirlo de alguna manera, ese motivo es el aliento que da vida al proyecto fraudulento (ya se ha dicho que no nos interesa la simulación inocente), al concierto aquel que se hilvana para perjudicar a terceros mediante el ocultamiento de la realidad, escamoteada en la trastienda del negocio simulado.

⁸⁶³ M PLANIOL y G. RIPERT: *op. cit.*, *Tratado elemental...*, Tomo IV, p.18.

Los autores no dudan a la hora de referirse a esta necesidad, pues, como puntualiza Verdera y Tuells, “si no se puede mostrar la existencia de un motivo que venga a explicar el “por qué” de la simulación, difícilmente podrá admitirse la existencia de ésta y deberá creerse en la seriedad del acto.”⁸⁶⁴ Es absurdo –anota Acuña Azorena- pensar que la simulación se lleva a cabo por una simple y caprichosa voluntad “sin que medie para ello una razón determinada.”⁸⁶⁵ Las múltiples y variadas razones que inducen a las partes a celebrar el negocio ficticio, agrega Santos Cifuentes, “dan explicación de la actitud asumida por ellas y de sus verdaderos propósitos.”⁸⁶⁶

Y ello tiene mucho sentido porque los simuladores, se ha dicho con razón, no actúan al calor de la improvisación, ni movidos por impulsos irracionales. Muy por el contrario, se trata de sujetos plenamente conscientes de lo que hacen y por qué lo hacen; son “una conciencia vigilante y pragmática muy alejada del mero impulso instintivo”, para emplear la descripción de Muñoz Sabaté, con la que justifica enseguida la necesidad de probar sus móviles: “...conviene investigar de qué forma dentro de un contexto situacional dado y obrando con estricta lógica o experiencia quepa suponer que la simulación sea la técnica más adecuada y perfecta para evadirse su autor de un efecto jurídica o moralmente adverso.”⁸⁶⁷ Porque, en definitiva, de eso precisamente se trata: de evitar una consecuencia que el simulador estima perjudicial para sus intereses; por ello es que resulta casi imperativo poner en el tapete judicial cuál es esa consecuencia negativa que lleva a aparentar el negocio que la neutraliza.

A ese móvil o interés agazapado en el fuero interno de los simuladores se lo ha dado en llamar *causa simulandi*,⁸⁶⁸ quizás para evocar la controvertida figura

⁸⁶⁴ E. VERDERA Y TUELLS: *Op. cit.*, *Algunos aspectos...*, p. 52.

⁸⁶⁵ Cit. por C. CORONEL JONES: *Op. cit.*, *La simulación de los actos jurídicos...*, p. 174.

⁸⁶⁶ S. CIFUENTES: *Op. cit.*, *Negocio jurídico...*, p. 660.

⁸⁶⁷ L. MUÑOZ SABATÉ: *Op. cit.*, *La prueba de la simulación...*, p. 222.

⁸⁶⁸ F. FERRARA define la *causa simulandi* como “el interés que lleva a las partes a hacer un contrato simulado o el motivo que induce a dar apariencia a un negocio jurídico que no existe o a presentarlo en forma distinta de la que corresponde: es el *porqué* del engaño.” (*Op. Cit.*, *Simulación...*, p. 398).

La jurisprudencia chilena ha dicho que se entiende por *causa simulandi*, “el interés que lleva a las partes a hacer un contrato simulado, el motivo que induce a dar apariencia a un negocio jurídico

de la causa de los negocios jurídicos, entendida como el motivo –psicológico o jurídico- que induce a su celebración, y que constituye uno de sus requisitos de validez. Mas, precisamente por esa *vis* evocativa, creo yo, la introducción de esta *causa simulandi*, trae de la mano, como consecuencia hasta cierto punto natural, la cuestión de precisar si se trata, ella también, de un elemento estructural de la simulación o, si solamente juega un papel de indicio que interesa exclusivamente al tema de la prueba.

Todo indica que, no obstante su enorme importancia y singular utilidad, el motivo de la simulación tiene una incidencia en sede adjetiva, pues mientras el *concilium fraudis* es un elemento estructural de la simulación, en tanto no pueda haberla sin él, la llamada *causa simulandi*, en cambio, no forma parte de su andamiaje, no es requisito que deba examinarse para constatar su existencia, opinión que parece sostener Messineo,⁸⁶⁹ aunque sí un supuesto lógico; pero, sobre todo, un poderoso antecedente que sirve como soporte para presumir el acuerdo simulatorio.

Por otra parte, la usual denominación de *causa simulandi* no parece afortunada, como advierte Cariota Ferrara, porque en realidad no existe tal causa, sino una variedad de motivos que pueden ser diferentes para las partes que intervienen en el negocio simulado (*Nè può individuarsi o rintracciarsi una causa simulandi intesa come fine o motivo comune ai due conteaendi*). Así, dice el profesor de Nápoles, el vendedor puede tener interés en despojarse

que no existe o a presentarlo en forma distinta a la que le corresponde (...) La *causa simulandi* debe ser contemporánea del acto que se intenta impugnar, porque si las circunstancias de desarreglo patrimonial o el interés de eludir la norma de la ley sobrevienen después o perduran en el momento de realizarse la impugnación, no es posible retrotraerlas al principio, y quedan fuera de la causalidad psicológica determinante del acto.” (Corte de Santiago, 26 de diciembre de 1957, R., t. 55, secc. 1ª, p. 188; y 11 de septiembre de 1958, R. t. 58, sec. 2ª, p. 21. En *Repertorio...*t. VI, p. 388).

⁸⁶⁹ F. MESSINEO: *Op. cit., Doctrina general del contrato...*, Tomo II, p. 10. Esta interpretación se funda en su afirmación de que “alguien quiere agregar, entre los elementos constitutivos del procedimiento de simulación, la llamada *causa simulandi*, esto es, el fin perseguido por las partes cuando realizan la simulación y aprestan el medio apto para esto.” A similar conclusión llega Vittorio NEPPI, autor de las adiciones a la edición utilizada de la obra de Messineo, en la Adición XI: “Justamente, a nuestro entender, el autor duda de la posibilidad de enumerar entre elementos constitutivos del procedimiento de simulación, la llamada *causa simulandi*, concebida como distinta del acuerdo simulatorio. En realidad no parece que haya necesidad de admitir una *causa simulandi*, configurada en el modo antedicho...”

aparentemente de sus bienes para aparecer empobrecido o para sustraerlos de la acción de sus acreedores, mientras que el comprador puede estar animado por un sentimiento de amistad con su contraparte o por algún beneficio que esta le ha prometido por el servicio de intervenir en el negocio.⁸⁷⁰

Así pues, excluidos de su armazón estructural, la existencia de la simulación, como figura material, no exige que se demuestren los móviles, motivos o intereses que la han propiciado, que muchas veces son inciertos, imprecisos, ambiguos, de contornos indefinidos, como ha dicho Borda, dada la dificultad de penetrar en el pensamiento humano.⁸⁷¹ Por lo tanto, el juez debe declarar la simulación aunque aquellos motivos no se hayan alegado ni demostrado, si en el proceso se ha probado que el negocio es solamente una apariencia vacía de contenido real o con uno distinto al declarado, como ocurriría si se hace valer un contradocumento en el que consta el acuerdo simulatorio, pero que, como suele acontecer, no da cuenta de los motivos que tuvo cada parte para ello.⁸⁷²

Tampoco es exigencia que se acredite el propósito fraudulento de los simuladores, particular sobre el cual la sentencia de 14 de septiembre de 1996 del Tribunal Supremo dejó en claro que en ninguna oportunidad ha dicho “que la simulación no se puede declarar si no se prueba una finalidad defraudatoria (S. 855/2006 de 14 de septiembre).⁸⁷³

La función del o de los motivos adquiere relevancia en el capítulo de la prueba, donde se presenta como un indicio de notable potencia inferencial, el eje

⁸⁷⁰ L. CARIOTA FERRARA: *Op. cit.*, *Il negozio giuridico...*, p. 541.

⁸⁷¹ Guillermo BORDA: *Tratado de Derecho civil, Parte general*, Tomo II. Cit. por Santos CIFUENTES: *Op. cit., Negocio jurídico...*, p. 661. También para G. ROSSELLO la prueba de la *causa simulandi* “no es un recaudo de procedencia de la acción. Muchas veces los móviles de la simulación son inciertos, imprecisos, ambiguos, y por ello no debe exagerarse la relevancia jurídica de la *causa simulandi* y exigirla como un requisito cuya prueba sea inexcusable; basta con que la simulación tenga o pueda tener un motivo razonable.” (*Op. cit., La simulación...*, pp. 112-113).

⁸⁷² Este es un criterio relativamente generalizado en la doctrina. Así, Santos CIFUENTES escribe que “pese a que esa demostración revela el por qué o el posible por qué de la simulación, lo que viene a constituirse en una de las presunciones más claras de la maniobra, no es de absoluto rigor acreditarlo, y hasta se puede prescindir de la *causa simulandi* cuando su comprobación sea difícil. Aunque esta ausencia impone mayor análisis y rigor en el estudio de la prueba del carácter ficticio del acto” (*Op. cit., Negocio jurídico...*, p. 660).

⁸⁷³ RJ 2006-6371.

a cuyo alrededor se puede ordenar el restante elenco de indicios que sirven, en conjunto, de soporte a la presunción de simulación. Como declaró la AT. De Oviedo en sentencia de 23 de octubre de 1954, la prueba de la *causa simulandi* “vivifica los restantes indicios y obliga a plasmarlos en una resolución estimatoria.”

En efecto, el hallazgo de un motivo facilita la prueba de la simulación, porque la lógica y la experiencia del juzgador no suelen dar paso a la idea de que una persona se ocupe de aparentar un contrato, cualquiera que sea, sin tener una buena razón para ello.

Así, es importante para el juzgador poder establecer, por ejemplo, que la celebración de uno o más negocios simulados se lo hizo con el propósito de procurar al marido una situación de insolvencia económica para no cumplir obligaciones válidamente constituidas durante el régimen ganancial (STS de 30 abril de 1990),⁸⁷⁴ u obtener las ventajas financieras y fiscales del leasing financiero en relación con el contrato de compraventa (STS de 28 de mayo de 1990);⁸⁷⁵ o imposibilitar que los acreedores logaran la efectividad de los créditos pendientes (STS. 1245/2000 de 29 de diciembre);⁸⁷⁶ o “para el beneficio exclusivo de uno de los acreedores” (STS 1120/2004, de 29 de noviembre);⁸⁷⁷ o con “los fines exclusivos de poder acceder al cobro de las prestaciones por desempleo a las que de otro modo no hubiera podido acceder” (AP. de Barcelona, 9 de mayo de 2000);⁸⁷⁸ o que persiguió “crear una ficticia situación de insolvencia del padre del vendedor” (STS. RJ 1991/1590 de 22 de febrero), o del vendedor (STS 548/2001 de 28 mayo),⁸⁷⁹ o “claramente producir la insolvencia de los fiadores” (STS. 2007/2398 de 27 de abril); o repartirse el dominio de la misma y salvaguardarla de los posibles acreedores” (SAP. de Cádiz, 9 de mayo del

⁸⁷⁴ RJ 1990/2813.

⁸⁷⁵ RJ 1990/4092.

⁸⁷⁶ RJ 2001/714.

⁸⁷⁷ RJ 2005/1874.

⁸⁷⁸ ARP/2000/610.

⁸⁷⁹ RJ 2001/3438.

2002);⁸⁸⁰ o la finalidad “de poner a salvo el patrimonio frente a los acreedores” (STS. 797/2005 de 20 de octubre),⁸⁸¹ etc.

Lo dicho no significa, como advierte Muñoz Sabaté, que deba ligarse “jurídicamente” toda la presunción a la *causa simulandi*,⁸⁸² de la misma manera que el develamiento del motivo es un buen punto de partida para el esclarecimiento de un delito, pero no es preciso que el juez lo desentrañe para poder pronunciar la sentencia condenatoria.⁸⁸³

Aportar este indicio *primo*, sin embargo, no es tarea fácil, porque los simuladores, conscientes como están de que transitan por terrenos peligrosos, suelen ser particularmente precavidos y encubren su concierto fraudulento con un esmerado cumplimiento de las exigencias materiales y formales que dan vida, por lo menos en apariencia, al negocio simulado. Así, tratándose de una compraventa que persigue ocultar una donación, se encontrará generalmente que los celebrantes describen con pulcritud la cosa vendida, el precio, la forma de pago, y practican los registros que la ley exige, tal como se lo hace en los auténticos contratos de esta clase. Por lo tanto, *prima facie*, nada parece indicar que tras el velo de ese negocio con visos de normalidad, se anida, por ejemplo, un acuerdo entre los supuestos vendedor y comprador para disfrazar la liberalidad que tiene como propósito perjudicar los derechos de los futuros legitimarios del falso vendedor. Será importante entonces, poder probar, por ejemplo, que este último tiene hijos con los que mantiene muy malas relaciones, a la vez que son de carácter íntimo las que cultiva con la supuesta compradora, con lo cual se pone a la vista una posible *causa simulandi* a partir de la cual se potenciarán los restantes indicios (vgr: un precio irrisorio, considerablemente inferior al usual del mercado) para construir finalmente la presunción de simulación de la compraventa.

⁸⁸⁰ JUR/2002/192886.

⁸⁸¹ RJ 2006/1960.

⁸⁸² L. MUÑOZ SABATÉ, *Op. cit.*, *La prueba de la simulación...*, p. 223.

⁸⁸³ El símil fue expuesto por REIK (*Psicoanálisis del crimen*) y traído por MUÑOZ SABATÉ, *ibidem*.

Pero, y he aquí una segunda dimensión de la prueba de la simulación, se ha dicho también, que es preciso probar, al mismo tiempo, los hechos concretos que ponen a la vista la manera en que se ha materializado el *acuerdo simulatorio* en la celebración del contrato aparente.⁸⁸⁴

Finalmente, no debe perderse de vista la observación de Ferrara en orden a que no basta mostrar la causa de la simulación, sino que es preciso, además, que el motivo sea serio e importante (*sufficiens et idónea*), es decir, bastante para “justificar por su índole la realización de un contrato falso u oculto”, porque “de otro modo, a fuerza de cavilaciones y sofismas se llegaría siempre a descubrir causas hipotéticas de simulación en el acto más verdadero.”⁸⁸⁵ De este modo, podría atribuirse como motivo la relación íntima existente entre las partes del contrato de compraventa al que se acusa de encubrir una donación, pues el carácter de esa relación puede explicar razonablemente (*sufficiens et idónea*) el propósito de donar; pero no lo sería, en cambio, una simple amistad como la que podría vincular a las partes con muchas otras personas y que no justifica la donación supuestamente oculta que se pretende develar.

95. La necesidad de probar y la carga de la prueba.

No es suficiente, empero, la sola prueba del motivo o *causa simulandi*. Establecida aquella, que, como se dijo, proporciona razón de ser al negocio simulado, es necesario probar la simulación misma, es decir, el concierto engañoso, la ausencia de negocio o la presencia de otro distinto al aparente o los elementos negociales reales que se esconden detrás de los declarados.

Ello es una consecuencia necesaria del principio de eficacia y conservación de los negocios jurídicos -al que algunos se refieren como principio de la apariencia-,⁸⁸⁶ que los tiene por válidos en tanto no se haya declarado su ineficacia, aspecto que se articula estrechamente con las exigencias de la

⁸⁸⁴ Cfr. E. VERDERA Y TUELLS: *Op. cit.*, *Algunos aspectos de la simulación...*, p. 52.

⁸⁸⁵ F. FERRARA: *Op. cit.*, *Simulación de los negocios jurídicos...*, p. 399.

⁸⁸⁶ J. MOSSET ITURRASPE, *Op. cit.*, *Contratos simulados...*, Tomo I, p. 283.

seguridad jurídica; lo que implica, además, que esa prueba, en cuanto contradice al principio de conservación del negocio, debe ser examinada cuidadosamente por el juez, con criterio estricto y preciso.⁸⁸⁷

En efecto, el ordenamiento reconoce la aptitud jurígena del negocio que aparece celebrado, sin embargo de los vicios que pueda eventualmente esconder o que efectivamente esconda, de tal suerte que su sola presencia crea, al decir de Castro y Bravo, “una apariencia de firmeza difícilmente quebrantable,”⁸⁸⁸ que solamente se desvanece cuando se declara judicialmente su ineficacia. Ya decía Ferrara que “el acto jurídico se estima verdadero, y, por tanto, con fuerza material de producir efectos, mientras la ficción o disfraz no se prueben; y aun más, debido a la presunción de legitimidad que lo acompaña, basta su alegación para que produzca consecuencias jurídicas, correspondiendo a otros demostrar su ilegitimidad, ya que el derecho, como la vida, distingue lo normal de lo que no lo es, y parte siempre del principio de la normalidad.”⁸⁸⁹

El Tribunal Supremo ha declarado que, en consideración a la seguridad jurídica, las apariencias deben valer como realidad (S. de 22 de noviembre de 1957); que no estando probada la simulación no procede declarar nulo el contrato, habida cuenta de “la doctrina jurisprudencial tendente a la conservación del negocio jurídico en los casos dudosos” (S. 7924/1992 de 23 de octubre); que “en la duda el acto jurídico debe estimarse verdadero y eficaz mientras la ficción no se pruebe pues el título lleva en sí la presunción de legitimidad” (S. 976/1998. de 27 de octubre), y que: “la celebración de todo contrato origina una, por lo menos, apariencia contractual que puede ser destruida por aquella parte a quien interese, mediante el ejercicio de la acción judicial pertinente en la que ha de demostrar la falta de cualquiera de los requisitos esenciales del contrato, contenidos en el art. 1261 del Código civil (LEG 1889, 27).”⁸⁹⁰

⁸⁸⁷ Argentina, C. Civ. Sala F, ED 1-363; id, Sala E, LL 101-1001. Cit. por J. J. LLAMBÍAS: *Op. cit.*, *Código civil anotado...*, p. 134, N° 7.

⁸⁸⁸ F. DE CASTRO Y BRAVO: *Op. cit.*, *El negocio jurídico...*, p. 366.

⁸⁸⁹ *Id.*, p. 375.

⁸⁹⁰ S. 813/2006 de 18 de julio (RJ-2006-4949). La misma sentencia agrega “Dicho de otra manera, el órgano judicial podrá declarar la simulación si ello ha sido pedido y demostrado por el legitimado

De una manera similar se pronunció la Corte Suprema de Colombia, en un importante fallo de 24 de junio de 1992: “es principio esencial y por lo tanto imposible de ignorar sin incurrir en imperdonable ligereza, el de que todo negocio jurídico se estima verdadero y por eso mismo capaz de producir la plenitud de sus efectos, mientras no se demuestre de modo concluyente la ficción de la que fue producto, lo que en otras palabras quiere decir que a tales actos los acompaña por norma una especie de presunción de veracidad, seriedad o legitimidad llamada a permanecer incólume siempre que no se produzca prueba positiva en contrario con virtualidad suficiente que justifique hacerla de lado.”⁸⁹¹

Con iguales fundamentos, el principio de eficacia de la apariencia impone asumir que también las declaraciones de voluntad que formulan las partes operan en el marco de normalidad que supone el ordenamiento jurídico y, por consiguiente, son expresiones auténticas de lo que realmente se proponen.

Todo ello milita a favor del negocio jurídico simulado, de modo tal que, en el caso de impugnárselo, queda planteada, además de la afirmación, la necesidad imperiosa de probar la pretensión, porque así lo exigen, primero, el principio *dispositivo* que informa al proceso civil, y, luego, el principio de *la necesidad de la prueba*, en virtud del cual los hechos invocados por las partes y que servirán, en mayor o menor grado, de fundamentos fácticos a la resolución judicial, deben quedar demostrados en el proceso a través de los medios que franquea la ley.⁸⁹² En palabras de Chiovenda, “Los hechos de influencia en el pleito deben, de ordinario, ser *afirmados* por las partes para que el juez pueda

para ejercitar la acción, no pudiendo por tanto proceder de oficio. Es una cuestión de puro interés privado, en la que la jurisdicción no puede entrometerse actuando de oficio. Sólo cuando las cláusulas pactadas vayan manifiesta y contrariamente contra la Ley o moralidad podrán hacerlo, pero el decidir si hubo consentimiento contractual o no es materia que nada tiene que ver con la licitud y la moralidad.”

⁸⁹¹ En G. CONTRERAS RESTREPO *et al.* *Op. cit.*, *Código civil comentado...* p.1105. En el mismo sentido la sentencia de dicha Corte, de 18 de abril de 1993 (*Id.*, p. 1106).

⁸⁹² H. DEVIS ECHANDÍA, *Op. cit.*, *Nociones generales...*, T. I, pp. 107-109.

tenerlos en cuenta. No sólo esto: tales hechos deben, regularmente, ser *probados* por las partes para que puedan considerarse como existentes.”⁸⁹³

Por tanto, esa *necesidad de probar* –el *thema probandum*- dice relación con aquellos hechos concretos o puntuales que deben ser demostrados en cada proceso judicial. En el caso del juicio sobre simulación el *thema* es o la ausencia de negocio jurídico, en el caso de simulación absoluta, o la existencia de un negocio o cláusulas puramente aparentes que encubren lo que realmente las partes quisieron celebrar, si de la simulación relativa se trata.

Ahora bien, dadas sus proverbiales dificultades probatorias, en el caso de la simulación debe amortiguarse un poco aquella rigida regla sobre la prueba de los hechos concretos que pueden dar cuenta de ella, y se permite que el juez tome nota del entorno en el cual se ha desenvuelto. Llambías refiere una jurisprudencia argentina en este sentido que, con ocasión de interpretar la frase “circunstancias que hagan inequívoca la existencia de la simulación” del artículo 960 del Código civil de ese país, concluyó que el empleo de la palabra “circunstancias” no es casual, “pues con ello se ha querido significar que no sólo las pruebas han de tenerse en cuenta, sino también el conjunto de circunstancias que constituyen el ambiente o clima en que la simulación se produjo.”⁸⁹⁴

Definido este punto, toca precisar a cuál de los sujetos procesales corresponde la prueba, operación de atribución que se conoce como *carga de la prueba*, que, dicho sea de paso, se ha ganado buena fama de ser el más complejo y delicado de toda la materia;⁸⁹⁵ entre otras razones, por lo que advierte Chiovenda en el sentido de que, “la carga de *afirmar* y de *probar* son, ordinariamente, paralelas, pero no coinciden completamente; no todo aquello que

⁸⁹³ JOSÉ CHIOVENDA: *Principios de Derecho procesal civil*, Tomo. II. Traducción española de la 3ª edición italiana. Ed. Reus. Madrid, 1925 (versión digitalizada de la Biblioteca Jurídica Argentina), p. 244.

⁸⁹⁴ C. Civ. Sala D, 53-167, id. Sala B, ED 63-491. J. J. LLAMBÍAS: *Op. cit.*, *Código civil anotado*...Tomo II-B, p. 135. El ap. 2º del aludido artículo 960, agregado por la Ley 17711 de 22 de abril de 1968, dispone: *Sólo podrá prescindirse del contradocumento para admitir la acción si mediaran circunstancias que hagan inequívoca la existencia de la simulación.*

⁸⁹⁵ Eduardo J. COUTURE: *Fundamentos del Derecho procesal civil*, 4ª edición. Ed. B de F, Montevideo 2007, p. 197.

se tiene la carga de afirmar, tiénese también la de probar; ni todo lo que se afirma debe probarse; p. ej., cuando se hace valer un derecho en juicio se afirma por lo menos implícitamente que existe actualmente, pero no siempre se tiene la carga de probar su existencia actual.”⁸⁹⁶ Agréguese a ello el debate instalado acerca de la vigencia de aquellos antiguos aforismos que han sido reglas históricas en la materia, como es el caso de la sentencia de Paulo según la cual *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*.⁸⁹⁷

Devis Echandía describe la carga de la prueba, desde el punto de vista de la actividad de actor y demandado, que es lo que nos interesa por ahora, como “una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada uno le interesa probar (...) para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.”⁸⁹⁸ Couture, por su parte, la explica, en su sentido estrictamente procesal, como “conducta impuesta a uno o ambos litigantes para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos.”⁸⁹⁹

⁸⁹⁶ J. CHIOVENDA: *Op. cit.*, *Principios...*, p. 244.

⁸⁹⁷ PAULUS (*Comentarios al Edicto, Libro LXIX*) Digesto, L. XXII, T III, §2.

⁸⁹⁸ H. DEVIS ECHANDÍA: *Op. cit.*, *Nociones generales...*, T. I, p. 405. Luego la define como “una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez como debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables” (p. 406). Es interesante la reflexión que el mismo autor hace sobre la naturaleza de la “necesidad de probar” a la que se hace alusión cuando se habla de la carga de la prueba, y que no es propiamente una carga en el sentido de que imponga a uno o ambos litigantes el deber jurídico de aportar pruebas en el juicio. Como advierte con acierto DEVIS ECHANDÍA, constituye “una conveniencia práctica de observar la carga, pero no una *necessitas* o necesidad jurídica, ni tampoco un deber ni una obligación para consigo mismo, mucho menos respecto del estado o del juez, o de la parte contraria en el proceso o de terceros en general, razón por la cual nadie tiene un derecho correlativo a exigir su cumplimiento.” (p. 398). En el mismo sentido, COUTURE: “La carga de la prueba no supone, pues, ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante, en una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el pleito (*Op. cit.*, *Fundamentos...*, p. 198).

⁸⁹⁹ *Ibidem*.

En el juicio simulatorio esta carga no escapa, en principio, a las reglas generales que disciplinan la prueba y que están previstas en el artículo 217 LEC, de cuyo examen podemos extraer las siguientes conclusiones:⁹⁰⁰

1) Tanto el actor como el demandado reconviniendo, deben probar *la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.*

En tal virtud, es de cargo de quien pretende que se declare la simulación del negocio, o dicho de otra manera, quien reclama a su favor el efecto jurídico de aquélla, probar *la certeza* de los hechos que la demuestran, sea que ocupe la posición procesal de demandante que intentó específicamente la acción encaminada a que aquella se declare, o de reo que habiendo sido demandado para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, pide esa declaración por vía de reconvención, porque en este último caso el demandado asume el *locus* procesal de actor (*onus probandi incumbit actore, reus in excipiendo fit actor*).

La doctrina no vacila respecto de esta primera regla, que Colin y Capitant, refiriéndose al artículo 1135 del Código civil francés, califican elegantemente como “discreta y conforme al buen sentido.”⁹⁰¹ “Quien reclame a su favor el efecto jurídico de la nulidad o simulación consagrado en una norma legal –escribe Devis Echandía- tiene la carga de probar los hechos que la configuren, por ser presupuestos para su aplicación.”⁹⁰² Otro tanto dice Barbero, apoyándose en las

⁹⁰⁰ Teresa ARMENTA DEU sintetiza los dos criterios generales que se contienen en los apartados 1 a 3 de este artículo 217: “1) suponer que dado un hecho constitutivo, los impeditivos, extintivos y excluyentes no existen, salvo que se aleguen y prueben. Y, también, que resulta más fácil probar las afirmaciones de los hechos positivos que los negativos, y 2) que la carga se adjudica a aquél sujeto que estará más próximo a los hechos de que se trate y a quien resultarán, por tanto, más sencillo de probar.” (*Lecciones de Derecho procesal civil*, 4ª edición. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 165).

⁹⁰¹ Ambrosio COLIN y Henry CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*. Tomo primero. Ed. Reus, Madrid, 1922, p. 199.

⁹⁰² H. DEVIS ECHANDÍA: *Op. cit., Nociones generales...*, Tomo. I, p. 484. Agrega el autor citado: “Si una de las partes pretende hacer valer el contrato y la otra alega su simulación o su nulidad por causas que no surgen de él, aquella tendrá la carga de probar su celebración con las formalidades exigidas por la ley para su validez, por ser el supuesto de la norma que lo regula, y

sentencias italianas de casación de 9 y 12 de abril de 1943 (*Rep. Foro it.*, 1945, p. 638, ns. 95, 96).⁹⁰³

En cambio su contraparte, demandado o actor reconvenido, según sea el caso, bien puede adoptar una actitud pasiva con relación a la pretensión contraria. Siguiendo el viejo aforismo, no está, al menos en principio, sujeto a la necesidad de rendir prueba, porque si nada afirma nada debe probar (*onus probandi incumbit ei qui dicit*), postura procesal que, en el caso de la simulación, está favorecida, como se expresó más arriba, por el recurso técnico de la presunción de eficacia del negocio, además de la norma positiva del art. 217.2.LEC; y a pesar de su pasividad salir, sin embargo, victorioso en el juicio, si el actor, a su turno, no ha probado lo suyo. Vale entonces la afirmación de Couture, “el demandado triunfa con quedarse quieto.”⁹⁰⁴ Empero, le corresponderá la carga de la prueba cuando asume una posición procesal activa, que es el caso ya comentado de haber propuesto reconvenición y, en general, cuando afirma un hecho que conviene a su defensa.

2) Si el demandado en el juicio de simulación, alega hechos que enervan la eficacia jurídica de la pretensión simulatoria (p.ej., se alega que el precio de la compraventa fue real y que efectivamente se pagó), le corresponde probar tales hechos, en virtud de la regla del artículo 217.3.LEC (*Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior*).

esta la de probar los hechos impeditivos de su validez o que configuran su simulación.” La sentencia de 24 de junio de 1992 de la Corte Suprema de Colombia, que se ha citado en el texto, declaró que quien aspire a restarle eficacia a un negocio jurídico “o a lograr que de ellos se predique una distinta de la que les corresponde dada la apariencia externa que ofrecen, argumentando en uno u otro caso que fueron fruto de la simulación, está obligado a demostrar el hecho anormal de la discordancia entre la voluntad interna y su declaración, y desde luego a hacerlo de manera completa y segura, puesto que de quedar alguna duda habrá de estarse mejor a la realidad de aquello que se hizo público, criterio que es usual expresar con el conocido adagio latino: *in dubio benigna interpretatio adhibenda est, ut magis negotium valet quam pereat.*”

⁹⁰³ D. BARBERO: *Op. cit.*, *Sistema...*, Tomo I, p. 552.

⁹⁰⁴ J. COUTURE: *Op. cit.*, *Fundamentos...*, p. 198.

3) La misma carga recae sobre el actor que funda su pretensión en el negocio simulado (p. ej., pretende el pago del precio de una compraventa simulada), cuando se le reconviene con la alegación de simulación de dicho negocio. Si en su oposición a la contrademanda el actor alega hechos que atacan la pretensión simulatoria del reconviniendo, o, dicho de otra manera, afirman la realidad del negocio, es de su cargo la prueba de tales hechos en virtud de la regla del artículo 217.3 LEC.

96. Dos casos de excepción a las expuestas reglas sobre la carga de la prueba.

El mismo artículo 217 LEC prevé dos casos en los que se alteran las reglas generales recién expuestas. Tales son:

1) Expresa disposición legal.

Las reglas generales del *onus probandi* pueden alterarse por disposición expresa de la ley, para efectos de *probar los hechos relevantes* (artículo. 217.5 LEC). En mérito de esta primera regla de excepción, no sería necesario probar la simulación de un negocio cuando exista una norma legal que la presuma, trasladándose a la otra parte el peso de probar lo contrario, es decir, la realidad del contrato presuntivamente simulado.⁹⁰⁵

No se piense que en virtud de una norma como la expuesta esa presunción sea un medio de prueba a favor de la parte beneficiada con ella, porque en rigor no es así. Se trata simplemente de una *dispensa* de prueba, una exclusión del *thema probandum*,⁹⁰⁶ mediante el desplazamiento de su carga, que Planiol y Ripert explican por una especie de parcialidad más o menos justificada de la ley, simplemente para cambiar los papeles en el procedimiento;

⁹⁰⁵ La noción de *desplazamiento* de la carga de la prueba, cuestionada como inexacta por algunos autores, es utilizada también por H. y J. MAZEAUD, que la toman de BARTIN: "La presunción es un desplazamiento de la prueba, según la expresión de Bartin" (Obra citada, Parte Primera. Vol. I, p. 553).

⁹⁰⁶ Cfr., H. DEVIS ECHANDÍA: *Op. cit., Teoría general...*, Tomo I, p. 194.

debido a que el hecho que se trata de probar es conforme a la situación *normal*, y al mismo tiempo difícil de probar de manera directa.⁹⁰⁷

Sin embargo, esta no es una hipótesis frecuente en la materia que estamos revisando. En lo que respecta específicamente al derecho español, Carcaba Fernández nos informa que no existen preceptos con presunciones de esta clase, descartando que normas como las contenidas en los artículos 628 y 755 Cc, sobre donaciones y asignaciones testamentarias hechas a personas inhábiles, constituyan presunciones en el sentido que se ha expuesto.⁹⁰⁸

2) Aplicación de la regla sobre la carga dinámica de la prueba.

Esta regla, a la que se conoce también como regla de la mayor proximidad o de disponibilidad y facilidad probatorias, dice que corresponde probar un hecho a la parte que esté en mejores condiciones de hacerlo, sea por disponibilidad del medio correspondiente o por la facilidad para conseguirlo y aportarlo al juicio.

Se trata de una regla a la que no le faltan detractores,⁹⁰⁹ pero que tiene

⁹⁰⁷ M. PLANIOL y G. RIPERT: *Op. cit., Tratado elemental...*, T. I, p. 176. Sin embargo, debe tenerse en cuenta la observación de H., L., y J. MAZEAUD en el sentido de que no es del todo exacta la afirmación de que la presunción legal sea una real dispensa de la prueba, porque de todos modos la persona favorecida por la presunción debe probar los hechos sobre los cuales funda la ley esa presunción. (*Op. cit., Derecho civil...*, Parte Primera. Vol. I, p. 553).

⁹⁰⁸ MARÍA CARCABA FERNÁNDEZ: *Op. cit., La simulación...*, p. 120. Los artículos señalados por la autora declaran la nulidad de las donaciones y asignaciones testamentarias hechas a personas inhábiles o incapaces, aunque las primeras *lo hayan sido simuladamente, bajo apariencia de otro contrato, por persona interpuesta* (art. 628), y las segundas *se las disfrace bajo la forma de contrato oneroso o se haga a nombre de persona interpuesta* (art. 755).

En cambio, en el Código civil argentino se encuentran presunciones de este tipo, como la de su artículo 1297 que reputa simulado y fraudulento cualquier arrendamiento hecho por el marido después de propuesta la demanda de separación de bienes por la mujer.

⁹⁰⁹ H. DEVIS ECHANDÍA cita a LESSONA (*Teoría de las pruebas*), para quien “la imposibilidad no priva del deber de la prueba”, y se pronuncia a favor de dicha tesis “si se toma el concepto en un sentido general, es decir, que no puede alegarse imposibilidad personal para suministrar toda clase de pruebas, pues esto solo puede ocurrir cuando el hecho en sí sea imposible metafísica, física o matemáticamente (los dos últimos en opinión de expertos y no conforme al criterio del juez, que puede ser deficiente) o no sea susceptible de prueba”; pero, agrega, cuando la ley exige un medio especial de prueba, *ad probationem*, “creemos que la doctrina francesa debe aceptarse, aunque no haya norma legal que la consagre, como sucede en Colombia, en el sentido de que, no obstante pesar sobre esa parte la carga de probar tal hecho, se la exima de la necesidad de suministrar ese medio específico.” (*Op. cit., Teoría general...*, Tomo I, pp. 422-423). Desde un punto de vista más práctico, Hernán D. VELÁSQUEZ observa que “la carga dinámica, por otra parte, genera serios problemas probatorios pues sólo cuando se ha evacuado la prueba se sabe quién era el que tenía más facilidad de probar, lo que lleva a que cuando se presenta la demanda – elemento esencial del proceso que delinea su contenido-, no se sabe quién tiene esa carga.” (*Estudio sobre obligaciones*, Ed. Temis, Bogotá 2010, p. 806).

creciente aceptación,⁹¹⁰ que encontró residencia en el artículo 217.6 LEC y respecto de la cual el Tribunal Supremo ha mantenido una doctrina uniforme. Entre otras, pueden citarse las sentencias de 19 de diciembre de 1.990, 22 de abril de 1.991, 476/2000 de 4 de mayo, 2 abril de 2001, 135/2001 de 12 de junio, 25 de junio de 2001 y 592/2006 de 8 de junio.

En la sentencia de 4 de mayo de 2000 se trataba de la prueba del pago del precio de una compraventa de fincas pertenecientes a una heredera fiduciaria de residuo, ocasión en la que el Tribunal Supremo dijo que debe flexibilizarse el artículo 1214 Cc., y poner la carga de probar sobre la parte a la que le sea posible hacerlo si a la contraria le es imposible, como sucede en la prueba en cuestión, lo mismo que si en lugar de imposibilidad, hay dificultad sobresaliente de orden objetivo.”⁹¹¹

El asunto de la sentencia de 12 de junio de 2001 era la prueba de la falta de entrega del Libro de Actas de una sociedad, alegada por el demandante (administrador de la misma), en la que el Tribunal Supremo liberó del *onus probandi* al demandado y lo puso de cargo del actor. Entre sus fundamentos expuso que se violaría la “doctrina jurisprudencial de esta Sala en materia de disponibilidad y facilidad probatoria, al hacer recaer sobre el demandado las

⁹¹⁰ Así, la Corte Suprema de Colombia, donde no ha sido consagrada expresamente esta variante probatoria, resolvió el 30 de enero de 2001, en un caso sobre responsabilidad médica, que “no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el *onus probandi* permanezca inmodificable (...), pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión. Todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica. Complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar de ejercicio.” En Hernán D. VELÁSQUEZ, *ibidem*.

⁹¹¹ Agregó la sentencia citada: “Por lo que respecta a la prueba de la necesidad en que se hallaba la fiduciaria de vender, es cierto que el tercero que contrata con ella no ha de cargar con la prueba de su realidad si quiere que su adquisición sea válida y eficaz. Pero aplicando los principios acabados de exponer no hay ninguna duda de que al actor le era imposible o muy difícil realizarla, porque la fiduciaria vivió los cuatro o cinco años últimos de su vida con el demandado señor Octavio, su esposa e hijos en el domicilio de ellos, donde la recogieron de la localidad de Baza (Granada) en la que residía hasta casi sus setenta años (hechos segundo y tercero de la contestación a la demanda). En estas circunstancias especiales, es claro que sólo los demandados estaban en condiciones de probar la necesidad de venderles ellos prácticamente la totalidad de su patrimonio.”

consecuencias desfavorables de no haberse probado el contenido del libro de actas en que constan los acuerdos de la Sociedad cuya aportación incumbía a la actora, sin que pueda servirle de escudo a su pasividad la mera afirmación de no habersele entregado los libros, que ni es lógica, ni verosímil, ni se ajusta a la documental expresada, y que además no armoniza con la diligencia de un ordenado empresario exigible a todo administrador social (art. 127 LSA) pues no es concebible que se haga cargo de la administración sin haber exigido la entrega de una documentación tan importante como la que se examina, y sin que sea lícito en derecho invocar la conducta torpe en el propio beneficio.”

Finalmente, en la de 8 de junio de 2006, sobre la prueba de la insolvencia del deudor, el Tribunal declaró que: “...la carga de la prueba de la insolvencia del deudor no se puede hacer recaer sobre el acreedor, pues éste no tiene porqué conocer cuáles son los bienes de aquél y no cabe exigirle una labor de investigación o indagación más allá de lo que es fácilmente detectable por los signos externos o consulta de un registro. Por el contrario, el deudor fácilmente puede desvirtuar la afirmación de insolvencia mediante la indicación de bienes de su propiedad susceptibles de realización, por lo que a él incumbe la carga de la prueba en la materia como tiene reiterado este Tribunal.”

Esta regla atempera el rigor del *onus probandi* para introducir un ingrediente de equidad en el frío compartimento de la prueba judicial. Armenta Deu pone como ejemplo clásico que justifica la carga dinámica de la prueba, la que debe rendirse en los juicios sobre responsabilidad médica donde los protocolos que sirven de prueba siempre estarán en manos o disponibilidad del médico contra quien se acciona,⁹¹² por lo que no sería equitativo ni realista poner el peso de su presentación sobre el paciente que persigue la responsabilidad.

⁹¹² T. ARMENTA DEU: *Op. cit.*, *Lecciones de Derecho procesal civil...*, p. 166.

97. Simulación y prueba de los hechos negativos

Particularmente interesante y asaz compleja es la cuestión de la prueba de los hechos negativos, que se presenta con frecuencia en los casos de simulación. El tema abarca una multitud de hipótesis cuyas demarcaciones son muchas veces sutiles y en torno a las cuales las polémicas no son escasas. Un demandante alega que el contrato de compraventa no es real, un deudor dice que jamás contrajo la obligación cuyo cumplimiento se reclama, otro sostiene que la obligación ya no existe, el vendedor pretende que el precio no es el constante en la escritura de compraventa, etc.

Esta prueba no se encuentra reglada en el artículo 217 LEC. En los *Comentarios al Edicto*, Paulo dejó sentada la fórmula que llegó a ser clásica en la materia y por mucho tiempo indiscutida: *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*.⁹¹³ La doctrina moderna, aunque poco apacible en este punto, viene aceptando que, en determinadas circunstancias, la regla pauliana tiene que experimentar alteraciones, de manera que no siempre el que niega resultará exonerado de la carga probatoria, lo cual dependerá, en definitiva, del tipo de negación que formule.

a) Si se trata de la negación de lo que los autores llaman *hechos indefinidos*, o *negaciones indefinidas*, o que no están limitadas en el tiempo, como ocurre, por ejemplo, con la afirmación de que nunca se celebró el contrato de compraventa, o que jamás se pagó el precio constante en la escritura, es absolutamente claro que la prueba se hace imposible y, de exigírsela, engrosaría la perversa estirpe de la *probatio diabólica*. Por ello la doctrina y la jurisprudencia se inclinan por aplicar en este caso la vieja regla de Paulo y liberar de la carga probatoria a la parte que niega.⁹¹⁴

⁹¹³ Digesto, L. XXII, T III, §2

⁹¹⁴ Es esta, con la limitación anotada, la antigua doctrina que puede leerse en el Diccionario de Escriche (voz "Prueba"), que reproduce las fórmulas del Digesto y del Código, expuestas en el texto (*ei incumbit onus probando qui dicit, non ei qui negat, quoniam factum negantis per rerum naturam nulla probatio est*).

Precisamente en casos de la prueba de la falta de pago el Tribunal Supremo ha considerado que por tratarse de acreditar un hecho negativo, no puede serle impuesta al actor, cuando es fácil, para el demandado, la prueba del hecho del pago, por estar en su poder, generalmente, los documentos acreditativos de haber efectuado el mismo, motivo por el cual ha declarado la nulidad del contrato por no haber probado el comprador demandado dicho pago (6 de febrero de 2003).⁹¹⁵ Con el mismo fundamento, las SS. 1 de abril de 2000,⁹¹⁶ 3 de mayo de 2000,⁹¹⁷ 6 de junio de 2000,⁹¹⁸ 18 de julio de 2002,⁹¹⁹ y 25 de septiembre de 2002.⁹²⁰

b) Pero si la negación no es de la naturaleza anotada, porque lo negado tiene un valor limitado en el tiempo o porque lleva implícita u oculta una afirmación, aquella deberá probarse.

Esta última hipótesis es muy frecuente. Por ejemplo, si una persona alega que las obligaciones del contrato *ya no existen*, está afirmando, aunque no lo diga, que el contrato y sus obligaciones *alguna vez existieron* pero luego se extinguieron; o si se dice que el contrato celebrado no es de compraventa, ello implica la aseveración de que dicho contrato no reúne los elementos de la compraventa o tiene los de otra figura contractual.

La solución parece apenas lógica. Como sostiene Bonnier, citado por Devis Echandía, ella se justifica porque “bajo el velo de una negativa se oculta una afirmación decisiva o terminante” de aquellas que los antiguos doctores

Al tratar sobre este punto, J. MOSSET ITURRASPE refiere el siguiente fallo del Tribunal Superior de Corrientes, de 1996, septiembre 8: “Si bien la regla consistente en que el *onus probandi* incumbe al actor es aplicable a los supuestos de simulación, ella no puede ser llevada al extremo de exigir la prueba de un hecho negativo, como la falta de percepción del pago del precio en una compraventa cuya simulación alega. El principio *actor incumbit probatio* no significa, en materia de simulación, que la parte demandada pueda limitarse a la negativa de la pretensión, debe concretar su propia resistencia y producir la prueba de descarga pertinente, tratando de convencer acerca de la seriedad y honestidad del acto en el cual intervino” (*Op. cit., Contratos simulados...*, Tomo I, pp. 282-283).

⁹¹⁵ RJ 2003/622.

⁹¹⁶ RJ 2000/2504.

⁹¹⁷ RJ 2000/3382

⁹¹⁸ RJ 2000/4004

⁹¹⁹ RJ 2002/6258

⁹²⁰ RJ 2002/7871.

denominaban negativa generadora (*negativum praegnantem*), que consiste “en alegar un hecho que no es menos positivo porque se articule en forma negativa.”⁹²¹ También Couture destaca esta particularidad de ciertas negaciones: “Además, como las proposiciones negativas son, normalmente, la inversión de una proposición afirmativa, no puede quedar librada a la incertidumbre de la fórmula, la suerte de la carga probatoria”⁹²²

La cuestión, sin embargo, es controvertida. Couture, no obstante lo recién señalado y luego de destacar la indulgencia que muestra la jurisprudencia uruguaya con los que tienen que probar hechos negativos, tiene una actitud crítica frente a esta tendencia. Admite, como lo han hecho los tribunales de su país, que en ciertos casos de *difficilioris probationis* los jueces deben atemperar el rigorismo del derecho y relevar de las dificultades probatorias al litigante que hubo de producir prueba y no la produjo, pero que estas soluciones jurisprudenciales “no quitan entidad al precepto general de que los hechos negativos tanto como los expresados en forma afirmativa, son objetos de prueba.” Sostiene que “ninguna regla jurídica ni lógica releva al litigante de producir la prueba de sus negaciones” y aboga por la importancia de “disminuir el valor del antiguo precepto de que la prueba incumbe al que dice y no al que niega.”⁹²³

I. PRUEBA DE LA SIMULACIÓN ENTRE LAS PARTES DEL *CONCILIUM FRAUDIS*

98. Planteamiento.

Ciertamente no se presenta de la misma manera la prueba de la simulación cuando la controversia tiene lugar entre las mismas partes que la

⁹²¹ H. DEVIS ECHANDÍA: *Op. cit., Teoría general...*, Tomo I, p. 196. Se lee en el Diccionario Razonado de Escriche (voz “Prueba”): “Así, si es que uno niega la idoneidad de un juez, testigo, Abogado, etc., ó la cordura del testador cuando trata de que se anule un testamento, tiene que probar su negativa, porque contiene afirmación...”

⁹²² J. COUTURE: *Op. cit., Fundamentos...*, p. 203.

⁹²³ *Id.*, pp. 202-203.

fraguaron, que cuando se lo hace por un tercero de buena fe que ha sido perjudicado por aquélla.

La diferencia es por demás obvia: en el primer caso los litigantes están perfectamente informados de los entretesijos del engaño, conocen sus fortalezas y puntos débiles y posiblemente tienen acceso a los medios de prueba directa que pudieren existir. En cambio la situación de los terceros es, de ordinario, radicalmente diferente, pues no se ven favorecidos por ninguno de los factores anotados, manejan sospechas, a lo más indicios, y sólo pueden dar razón, a ciencia cierta, del perjuicio que han sufrido.

99. Los medios de prueba: las contraescrituras.

Desde luego el expediente más eficaz para producir la certeza de los hechos en que se funda la pretensión de simulación, que duda cabe, es la prueba directa, que tiene la virtud de establecer por sí misma la evidencia del hecho a demostrar, prueba que se despliega por alguno de los medios señalados en el artículo 299 LEC, entre los cuales destaca por su proverbial fuerza de convicción, la prueba instrumental, trátase de instrumento público o privado, con las limitaciones, este último, que están señaladas en los artículos 1225 y 1230 CC.

Está fuera de discusión que la mejor versión instrumental, mas no la única,⁹²⁴ en el caso de la simulación, es la llamada *contraescritura* (contradocumento o contradecларación), modo clásico de probarla y en la que se contienen las contradecларaciones en las cuales el acuerdo simulatorio ha cobrado cuerpo, que es el concepto de Ferri,⁹²⁵ o, como prefiere en general la

⁹²⁴ Sin embargo, alguna jurisprudencia argentina (C. Civ. Sala B, ED 63-491) ha exigido el contradocumento como prueba necesaria de la simulación *inter partes*: "El artículo 960 del Código Civil contiene un principio general implícito pero claramente establecido: la simulación sólo puede probarse entre las partes mediante contradocumento y la excepción, ante la cual cede el anotado principio se produce cuando hay circunstancias comprobadas que hagan inequívoca la simulación. Cit. por J. J. LLAMBÍAS: *Op. cit.*, *Código civil anotado...*, p. 134, N° 9.

⁹²⁵ Luigi FERRI: *Op. cit.*, *Lecciones sobre el contrato...*, p. 18. Lo expuesto es coherente con el concepto de Ferri en el sentido de que la prueba de la simulación no recae en la divergencia

doctrina tradicional francesa, el documento que se identifica con el acto oculto,⁹²⁶ y en que las partes del concierto simulatorio alteran lo pactado en la escritura que contiene el contrato simulado.⁹²⁷

El legislador argentino Vélez Sarsfield recogió este concepto⁹²⁸ en su comentario al artículo 996 del Código civil: “el contradocumeto es un acto destinado a quedar secreto que, modifica las disposiciones de un acto ostensible.” En buena medida ese el criterio que informa también al artículo 307 del Código civil de Paraguay (*Si hubiere un contra documento firmado por alguna de las partes, para dejar el acto simulado (sic), cuando éste hubiere sido ilícito; o cuando fuere lícito, explicando o restringiendo el acto precedente, los jueces pueden conocer sobre él y sobre la simulación, si el contradocumento no contuviese algo contra la prohibición de las leyes, o contra los derechos de un tercero*).

Sin embargo, la jurisprudencia argentina se ha pronunciado en un sentido muy distinto al de su legislador, dejando de lado la supuesta función modificadora de la contraescritura y declarado que “sólo es necesario que el contradocumento contenga la *explicación o aclaración* del verdadero carácter del acto ostensible, pues si en realidad importa una modificación de este último, estaríamos en presencia de una nueva convención”⁹²⁹ (la cursiva me pertenece).

sicológica entre voluntad real y declaración, sino que “es esencialmente la prueba del acuerdo simulatorio, es decir del contrato oculto obstativo o impeditivo de los efectos del contrato simulado o aparente.” Por ello el catedrático de Bolonia desestima la prueba indirecta, conjetural e indiciaria, a favor de las contradecaraciones por documento privado, que son “el modo clásico de probar la simulación.”

⁹²⁶ F. TERRÉ *et al*: *Op. cit.*, *Droit civil...*, p. 548.

⁹²⁷ Este concepto puede apreciarse en el siguiente fallo de la Corte de Apelaciones de Talca, Chile: “...debe comprenderse en el concepto de contraescritura a toda escritura o instrumento posterior en el cual los otorgantes modifiquen o alteren en todo o parte, en sus elementos esenciales o accidentales los contratos, sea para dejarlos sin efecto o para introducir cualquiera modificación, ya sustancial o de detalle.” (25 de noviembre de 1939. G. 1939, 2° sem., N° 139, p. 573. En *Repertorio...*T. VI, p. 385). Sin embargo, una sentencia posterior de la Corte Suprema de Chile, puso las cosas en su justo lugar al destacar su auténtica faz probatoria: “es condición esencial para que un escrito constituya contraescritura el que tenga por objeto hacer constar la simulación total o parcial de un acto anterior” (27 de diciembre de 1945, G. 1945, 2° sem., N° 29, p. 145. R. t. 43, sec., 1ª, p.337. En *Repertorio...*t. VI, p. 385).

⁹²⁸ Cfr., G. ROSSELLO: *Op. cit.*, *Simulación...*, p. 110.

⁹²⁹ Cit. por J.J. LLAMBIAS: *Op. cit.*, *Código civil anotado...*, Tomo II-B, p. 128.

También el Código español se refiere a este instrumento en el artículo 1230 que disciplina su valor probatorio de una manera similar a la del artículo 1321 del Código civil francés.

La fuerza probatoria de las contraescrituras, que son capaces de vulnerar incluso la fortaleza de una escritura pública, ha sido destacada casi sin reservas por la doctrina y jurisprudencia comparadas. En la sentencia de 24 de febrero de 2000 el Tribunal Supremo expuso: “como sostiene la Sentencia de 19-6-1992 (RJ 1992\5360) no puede prevalecer la simulación contenida en documento público sobre la realidad que se ha hecho constar en el privado.” (S. 176/2000 de 24 febrero, RJ\2000\757).

Entre las escasas excepciones a su reconocido vigor como medio de prueba de la simulación, se encuentra el Código civil argentino de cuyo artículo 996 se concluye que si el contrato simulado se otorga por instrumento público, *el contradocumento privado no tendrá ningún efecto contra los sucesores a título singular*, como tampoco lo tiene la contraescritura pública *si su contenido no está anotado en la escritura matriz y en la copia por la cual hubieses obrado el tercero.*⁹³⁰

Poniendo distancias con la afirmación de Ferri y la doctrina prevaleciente entre los autores franceses, sobre la asimilación entre negocio simulado y contradocumento,⁹³¹ Muñoz Sabaté pone en el justo sitio su función intrumental cuando explica que la contraescritura no tiene “una específica naturaleza instrumental sino indiciaria. Instrumentalmente el contradocumento no es más que mero documento, con iguales características y prerrogativas que otro cualquiera de estos medios de prueba, si bien su contenido le dota de un máximo valor

⁹³⁰ Cfr., A. ALTERINI: *Op. cit.*, *Contratos...*, p. 371.

⁹³¹ J. BONNECASE parece oponerse inicialmente a la dirección doctrinaria que la considera como el acto disimulado, que prevalece en la doctrina francesa, sin embargo de lo cual no llega al punto de entender el contradocumento como un instrumento de función esencialmente probatoria. Comienza cuestionando la doctrina mayoritaria de su país que utiliza como sinónimos los términos simulación y contradocumento, pero concluye, como lo hace esa doctrina, que el contradocumento es “el acto secreto que suprime o modifica los efectos de uno aparente” (*Op. cit.*, *Elementos...*, Tomo II, p. 490).

probatorio, hasta el punto de decirse que la aportación del contradocumento equivalía en realidad a la prueba de la propia simulación.”⁹³²

Me parece que esta apreciación es correcta, pues en puridad, ya se lo ha dicho, la contraescritura no es muchas de aquellas cosas que le atribuyen distintos sectores de la doctrina. No es propiamente el acuerdo simulatorio, ni su corporización, como dijo Ferri, por la sencilla razón de que la simulación puede producirse con absoluta independencia de que se haya otorgado o no un documento de esta clase. Tampoco es una declaración destinada a “alterar” el contenido del negocio simulado, ni a neutralizarlo, punto que fue suficientemente aclarado por Ferrara al señalar que “la contraescritura no tiene carácter modificativo, sino esencialmente declarativo.”⁹³³

Adhiero a la idea de que ella es solamente un instrumento de función probatoria, en tanto sólo tiende a explicar el verdadero carácter del negocio ostensible. En él los simuladores, en resguardo de sus intereses afincados en la realidad oculta, dejan constancia de su auténtica voluntad, de lo que efectivamente han perseguido con la simulación y, por lo mismo, no tiene otro propósito que revelar aquello que el acto simulado ha querido ocultar bajo el manto de una declaración de voluntad negocial que no corresponde al verdadero querer de las partes del *concilium*; y, de paso, preconstituir un medio de prueba con miras a un eventual conflicto futuro.

Ferrara expone que también el artículo 1319 del antiguo Código italiano usaba la palabra *contradecaraciones*, sin embargo de lo cual la doctrina italiana de su época era unánime “al reconocer que se trata del acto que sirve para hacer constar entre las partes la simulación del contrato,”⁹³⁴ lo que le permite al maestro de Pisa definir este documento como “un acto por el que las partes reconocen por escrito, y con fines probatorios, la simulación total o parcial o la

⁹³² L. MUÑOZ SABATÉ: *Op. cit.*, *La prueba...*, p. 398.

⁹³³ F. FERRARA: *Op. cit.*, *Simulación...*, p. 73. En efecto, para el autor citado “decir que por contradecaración se entiende tan sólo aquella declaración que introduce *modificaciones* en un contrato anterior y que, en cambio debe excluirse la que *restablece* la verdad de los pactos fingidos, es desconocer toda la tradición histórica y la naturaleza jurídica de las contraescrituras.” (*Id.* p. 200). *Cfr.*, Santos CIFUENTES: *Op. cit.*, *Negocio jurídico...*, pp. 648-649.

⁹³⁴ F. FERRARA: *Id.*, 202.

ocultación de un contrato,⁹³⁵ concepto que en similares término se encuentra en Borda, quien define el contradocumento como “una declaración de voluntad formulada por escrito por las partes, de carácter generalmente secreto, y destinado a probar que el acto ha sido simulado”,⁹³⁶ y en Coronel Jones (“el contrainstrumento no tiende a modificar un acto aparente, sino tan sólo a explicar el verdadero carácter del escrito ostensible, al que demuestra en su exacta fisonomía de acuerdo a la intención de los contratantes”).⁹³⁷

Ahora bien, es pacífico que estas contraescrituras solamente tienen eficacia probatoria entre las partes, y contra ellas, conclusión que aunque no está propuesta en el Código en estos precisos términos, como sí lo hace el artículo 1321 del *Code*, se desprende, *contrario sensu*, de la norma del artículo 1230 Cc según la cual *no producen efecto contra terceros*. La reducción de su ámbito probatorio *inter partes* resulta avalada, adicionalmente, por el artículo 1225 Cc, que atribuye a los documentos privados reconocidos judicialmente valor de escritura pública entre los otorgantes y sus causahabientes. De aquí se colige que la norma del artículo 1230 supone que, para producir el efecto allí señalado, la contraescritura constante en instrumento privado debe haber sido reconocida judicialmente por la parte contra la que se pretende hacer valer.

Así pues, la contraescritura resulta ser el medio normal, más eficaz, y, si se quiere, concluyente, “de plenos efectos entre los contratantes”,⁹³⁸ pero no el único ni necesario,⁹³⁹ al que las partes deben recurrir para dejar constancia formal de la inexistencia del negocio que aparentan celebrar, si de simulación

⁹³⁵ *Id.*, p. 383.

⁹³⁶ Cit. por J. J. LLAMBÍAS: *Op. cit.*, *Código civil anotado...*, Tomo II-B, p. 128.

⁹³⁷ C. CORONEL JONES: *Op. cit.*, *La simulación...*, p. 166. “No se trata de dos convenciones contradictorias que se neutralizan mutuamente –agrega el autor citado–, sino que el acto exterior y el contradocumento forman un todo único, una misma convención cuyo carácter y verdadero sentido es restablecido por el contradocumento que reconoce el vicio existente desde un principio” (*Id.*, 167).

⁹³⁸ Así lo ha declarado la jurisprudencia boliviana: G. J. N° 1338, p. 21. En Carlos MORALES GUILLÉN: *Op. cit.*, *Código civil...*, Tomo I, p. 780.

⁹³⁹ Distinta es la solución que prevé el pár. 2° del artículo 960 del Código civil argentino, que considera, como regla general, prueba necesaria a la contraescritura. *Sólo podrá prescindirse del contradocumento para admitir la acción, si mediaran circunstancias que hagan inequívoca la existencia de la simulación*

absoluta se trata, o del que han ocultado bajo la apariencia del simulado (simulación relativa integral) o, finalmente, de las cláusulas (principalmente el precio) que efectivamente han acordado pero que disfrazaron con otras aparentes (simulación relativa parcial).

100. Condiciones que deben reunir las contraescrituras.

Puesto que se trata de declaraciones de voluntad destinadas a producir consecuencias jurídicas que se vinculan a la eficacia de un negocio jurídico aparente que se pretende destruir, las contraescrituras deben reunir ciertas exigencias relacionadas, algunas, con el estatuto general de las declaraciones de voluntad y otras con el negocio específico a las que se refieren.

1) En primer lugar estas contradecaraciones tienen que observar los requisitos de eficacia propios de todo negocio jurídico, particularmente en lo que tiene que ver con la capacidad de los otorgantes y la libertad y espontaneidad de la declaración de voluntad.

2) Identidad de las partes. La contraescritura debe ser otorgada por las mismas partes que celebraron el negocio simulado al que se refiere, entendido el concepto de partes en su sentido jurídico, de suerte tal que se cumple esta exigencia si se la hace por medio de un apoderado.⁹⁴⁰

3) Independencia instrumental. Es preciso que la contraescritura conste en un documento distinto del que contiene al negocio simulado que se propone probar o explicar, pues de lo contrario, si se incorpora en este último, no hay contradocumento ni simulación,⁹⁴¹ sino simplemente una cláusula negocial que, precisamente por su *oppositio* respecto del resto de las declaraciones del instrumento, con toda seguridad creará severas dificultades de interpretación.

4) Conexión. La contradecaración deben estar inequívocamente referida al negocio aparente en contra del cual actúan como instrumento probatorio.

⁹⁴⁰ F. FERRARA: *Id.*, p. 386.

⁹⁴¹ C. CORONEL JONES: *Op. cit.*, *La simulación...*, p. 167.

Identificados los anteriores requisitos, deben tenerse en consideración algunas precisiones de signo más bien negativo´

En primer lugar no es menester que el contradocumento utilice textos o fórmulas específicos para su eficacia, siendo bastante que ponga a la vista con claridad su sentido y alcance.⁹⁴²

Es esencial que que la contraescritura no modifique al negocio anterior, pues de hacerlo estaríamos ante una hipótesis negocial normal, un nuevo negocio jurídico, “una declaración de voluntad independiente expedida con la voluntad común de dar otro destino o diferente enfoque a un negocio real, no simulado.”⁹⁴³ Para Ferrara la contradecларación es por naturaleza declarativa y es precisamente este carácter explicativo, señala Santos Cifuentes, lo que revela la simulación que ha tenido lugar.⁹⁴⁴

Tampoco es de rigor que la contraescritura se otorgue simultáneamente con el negocio simulado. Puede ser anterior, si las partes están interesadas en dejar constancia de la simulación antes de llevarla a efecto; y posterior a ella si dicho interés, cualquiera sea el motivo, surge luego de consumado el negocio aparente. Por ejemplo, en un contrato de compraventa en el que se pactó un precio simulado considerablemente inferior al real, el comprador es informado al día siguiente sobre el riesgo de que se instale en su contra una acción rescisoria por lesión enorme, por lo que solicita al vendedor la suscripción de una contraescritura en la que se haga constar el precio efectivamente pagado. Otro tanto puede ocurrir si el comprador era un mandatario al que su mandante le proveyó de fondos superiores a lo que figura pagado en la escritura, y le pide rendir cuentas de la diferencia.

Rossello recoge en esta parte un criterio bastante generalizado en doctrina y luego de descartar, como lo estamos haciendo, la necesidad de una

⁹⁴² Así lo ha declarado la jurisprudencia argentina: “El contradocumento es un acto de reconocimiento que no requiere de fórmula sacramental alguna” (CNCiv., sala A, 27-8-99, L.L. 2000-D-53; D.J. 2000-2-745). En Diego FISSORE: Comentario a los artículos 973 a 1036 del Código civil argentino. En *Código civil comentado* (Julio C. Rivera y Graciela Medina, directores), Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2005, p. 553.

⁹⁴³ S. CIFUENTES: *Op. cit.*, *Negocio jurídico...*, p. 649.

⁹⁴⁴ F. FERRARA: *Op. cit.*, *Simulación...*, p. 389. Cfr., S. CIFUENTES, *Ibidem*.

simultaneidad material, se refiere a la suficiencia de una “simulateneidad intelectual”, que tiene que ver con el hecho de que las partes hayan tenido el propósito de formular la contradecларación desde el momento de la celebración del negocio simulado.⁹⁴⁵

Sin embargo, no está demás recordar la oportuna advertencia de Ferrara en el sentido de que el tardío otorgamiento de una contraescritura despierta la sospecha de que ella misma constituya una declaración simulada.⁹⁴⁶

101. Posibilidades de la prueba testimonial.

Siguiendo la máxima *contra scriptum testimonium non scriptum testimonium haud profertur*,⁹⁴⁷ en el régimen del Código civil francés, si una de las partes quiere probar la existencia de una contradecларación para atacar el acto aparente, debe hacerlo necesariamente por la vía documental, a menos que la simulación tenga por finalidad un fraude contra la ley, pues entonces la prueba vuelve a ser libre y tiene cabida la testimonial (Mazeaud).⁹⁴⁸

En términos similares lo expone Josserand,⁹⁴⁹ quien precisa que la prueba de testigos no puede suministrarse entre las partes, “porque una de dos: a) O bien la convención ostensible se ha celebrado por escrito, y entonces el artículo 1341 se opone a que el acuerdo secreto sea probado por testigos; a menos, sin embargo, que la simulación oculte un fraude a la ley, en cuyo caso podría ser

⁹⁴⁵ G. ROSSELLO: *Op. cit.*, *La simulación...*, p. 110.

⁹⁴⁶ F. FERRARA: *Id.*, p. 386.

⁹⁴⁷ *Codex*, L.IV, T XX (*De Testibus*), §1.

⁹⁴⁸ H., J. y L. MAZEAUD: *Op. cit.*, *Derecho civil...*, Parte Primera, Vol. I, p. 590.

⁹⁴⁹ L. JOSSERAND: *Op. cit.*, *Derecho civil...*, Tomo II, Vol I, p. 229. BONNECASE sintetiza la admisibilidad de la prueba testifical en el derecho francés, en las siguientes proposiciones: 1) Es admisible sin restricción en la prueba de los hechos jurídicos. 2) Lo es, asimismo, en caso de pérdida fortuita del título escrito o de imposibilidad de redactarlo (art. 1340). 3) En principio, es insuficiente para probar los actos jurídicos (art. 1341). 4) Sin embargo procede cuando el valor sobre el cual recae no excede de cierto valor (determinado por decreto, art. 1341). 5) En dicho valor se comprenden las prestaciones principales y accesorias (art. 1342). 6) La determinación de la admisibilidad de esta prueba con relación al valor, es de orden público. 7) No se admite contra un documento, por parte de quien se ha redactado (*Op. cit.*, *Elementos de Derecho civil...*, Tomo II, pp. 509-510).

probada, aun *inter partes*, por todos los medios;⁹⁵⁰ b) O bien no se ha redactado un escrito para la convención aparente, y entonces el artículo 1341 no se opone ya a la producción de la prueba testifical, que procederá en los términos del derecho común, hasta la suma de quinientos francos, o más allá, si existe un principio de prueba escrita.”

En Italia rige una limitación general para la prueba de testigos tratándose de contratos cuyo valor excede de cinco mil libras o 2,58 euros (artículo 2721 *Codice*),⁹⁵¹ pero en el caso de la prueba de la simulación, cuando ha sido demandada por una de las partes, el artículo 1417 admite excepcionalmente este medio de prueba si tiene como propósito justificar la ilicitud del contrato simulado.”⁹⁵² “Aquí, dice Galgano, la mayor facilidad para la prueba de la simulación, incluso para las partes, es oportuna por la exigencia de favorecer la declaración de nulidad del contrato ilícito.”⁹⁵³

Salvo el caso de Colombia, en los códigos que adoptaron el *Corpus* de Bello (Chile, Ecuador y en menor medida Uruguay), modelado, a su vez, de manera importante, en el Código napoleónico, está igualmente descartada la prueba testimonial cuando se trata de justificar obligaciones que exceden un determinado valor que, variando de país a país, resulta considerablemente

⁹⁵⁰ En el mismo sentido F. TERRÉ *et al.*: “Ou bien la convention ostensible est elle-même constée par écrit et l’article 1341 s’oppose à ce que l’acte secret soit prouvé autrement que par un écrit.” (*Op. cit., Droit civil...*, p. 554).

⁹⁵¹ Mientras en el Código francés la limitación se refiere a la prueba de todas aquellas “cosas” que excedan de una cierta cantidad o valor que se determine por decreto, en el 1709 del Código de Chile y 1726 del ecuatoriano, ella afecta a la prueba de las “obligaciones”; en el 1596 del uruguayo a la prueba de “una cosa” diferente del contenido de los instrumentos. También hay una norma de este tipo en el artículo 1193 del Código civil argentino, relativa a la prueba del “contrato” y 1328 del boliviano, referida a la prueba de “una obligación”.

⁹⁵² Es interesante la observación de BARBERO en el sentido de que no cabría oponer la limitación del artículo 2721 *Codice* a la prueba por testigos del pago de un precio superior al resultante del acto aparente. En opinión del tratadista italiano aquí no se trata de probar un contrato sino simplemente un hecho. Sin embargo, admite que existe jurisprudencia contraria (*Op. cit., Sistema del Derecho Privado...*, t. I, pp. 552-553, nota 362).

De otra parte, CARIOTA FERRARA sostiene que el artículo 1417, relativo a la simulación, no ha derogado al artículo 2722, que limita la prueba testifical, debido a que la simulación, como hecho, no se sujeta a límites que han sido establecidos para la prueba del contrato (*Op. cit., Il negozio giuridico...*, p. 551, nota 30). En el mismo sentido L. FERRI: *Op. cit., Lecciones sobre el contrato...*, p. 17.

⁹⁵³ F. GALGANO: *Op. cit., El negocio jurídico...* pp. 343-344.

exiguo en todos ellos, de manera que, en la práctica, puede sentarse casi como regla general que este medio probatorio no tiene cabida en el mundo obligacional. Al igual que en Francia, se lo admite como excepción cuando existe un principio de prueba por escrito.

La exclusión de la prueba de testigos regía igualmente en Colombia bajo la sola vigencia del Código civil, pero desapareció con el Código de procedimiento civil de 1971, de manera que en la actualidad dicha prueba es admisible y las partes disponen de libertad probatoria en los mismos términos que los terceros.⁹⁵⁴

En Argentina, luego de la reforma introducida por la Ley 17711 de 1968 al artículo 960 Cc., sólo puede prescindirse del contradocumento “si mediaran circunstancias que hagan inequívoca la existencia de la simulación.” La norma es imprecisa y ha dado lugar a una importante polémica en ese país. Mosset Iturraspe la entiende en el sentido de que la nueva disposición pone en vigencia el principio “de la libre pero plena convicción”, la que “puede lograrse por prueba directa –contradocumento- o por pruebas indirectas –indicios, con su consecuencia la presunción judicial y testigos-.”⁹⁵⁵

El artículo 1310 del Código civil paraguayo hace posible la prueba testimonial solamente cuando la demanda es promovida por terceros y *cuando fuere destinada a invocar la ilicitud del acto simulado, aunque fuere promovida por las partes*

⁹⁵⁴ G. OSPINA FERNÁNDEZ Y E. OSPINA ACOSTA: obra citada, pp. 139-140. Citan al respecto la sentencia de casación de 25 de septiembre de 1973, G.J. t. CXLVII, pp. 61 y ss.

⁹⁵⁵ J. MOSSET ITURRASPE: *Op. cit., Contratos simulados...*, Tomo I, p. 308. Parece que la lectura que hace Mosset Iturraspe es coherente con el texto legal que deja en manos del juez el examen de las *circunstancias* que hacen inequívoca la existencia de la simulación, circunstancias (todo aquello que está en el entorno) que son de muy variada índole y susceptibles de justificarse por otros medios distintos de las contraescrituras –pues de prescindir de ellas precisamente se trata- lo que deja abierto el camino a la prueba testimonial e indiciaria. Una posición diferente a la sustentada por Mosset Iturraspe, queda sintetizada en el siguiente texto de G. ROSSELLO, “quien acciona por simulación sin contradocumento debe acreditar primero que se encuentra en alguna de las situaciones en que se justifica la no exhibición del mismo (lo que puede demostrarse por cualquier medio de prueba)” y luego “si ello no fuera por sí suficiente para tener por demostrada la simulación, puede recurrirse a cualquier medio para probarla de manera inequívoca.” (*Op. cit., La simulación...*, p. 112). No tiene mucho sentido esta segunda tesis que propone dos operaciones probatorias que, en definitiva, apuntan a lo mismo.

102. Aplicación de la regla de facilidad probatoria (o carga dinámica de la prueba).

Finalmente, tenemos este notable recurso probatorio previsto en el artículo 217.6 LEC, con el cual se busca dotar de equidad y, por qué no decirlo, de sensatez, al sistema de la prueba, haciendo recaer su peso sobre el litigante que se encuentra en mejores condiciones de rendirla.

Como se señaló en su oportunidad (*Vid supra* §96.2), esta regla ha sido regularmente aplicada por la jurisprudencia; y no es necesario hilar demasiado fino para darse cuenta que se trata de un recurso probatorio de la más alta importancia en el caso de la simulación, tanto cuando la controversia se instala entre las mismas partes, cuanto, de manera especial, si la simulación se alega por terceros perjudicados que, como es usual, dadas las características de esta figura, no disponen de los antecedentes necesarios para probar su pretensión, mientras que las partes celebrantes que afincan su defensa en la realidad del negocio, tienen a su disposición los medios adecuados para demostrar la veracidad de sus asertos.

En la sentencia 314-2001 de 2 de abril, recaída en juicio de simulación de una compraventa, trabado *inter partes*, el Tribunal Supremo declaró que “sin duda, quien en el supuesto que nos ocupa contaba con una mayor disponibilidad a efectos de acreditar el extremo de la real entrega del precio al vendedor era la propia recurrente, para quien no deberían existir serios obstáculos en orden a demostrar el paso desde su patrimonio al de su padre de la cantidad que dice haber satisfecho, si es cierto, como manifiesta en la exposición del quinto motivo del recurso que era quien convivía con su padre, cuidándolo en su enfermedad y atendiendo -desde que aquel se jubiló en su actividad agraria- las pocas cabezas de ganado de las que era propietario.”

Asimismo, una reciente sentencia uruguaya sostuvo que “es absolutamente compartible el argumento de la sentencia recurrida de que los demandados

estaban en mejores condiciones para demostrar la realidad de los negocios impugnados por simulación (...) quien celebró el negocio no puede alegar que no puede o no se encuentra en condiciones de acreditar que hizo con el dinero recibido, por qué razón se retiraban determinadas sumas el mismo día de su depósito. Qué razón lo motivó a enajenar todos sus patrimonios en un corto lapso, que aun cuando no coincidiera con aquel en que vencía un cúmulo de obligaciones dinerarias por las que debía responder, si estaban comprendidos dentro de un lapso en que se contrajeron y antes de su vencimiento. Estos hechos no cabe duda no los pueden conocer los acreedores o por lo menos no es común que así ocurra.”⁹⁵⁶.

Al comentar esta regla, Mosset Iturraspe expresa que “en numerosos casos de simulación parece obvio que el demandado se encuentra en una situación más óptima para proporcionar datos acerca de la veracidad del negocio”⁹⁵⁷; y cita en apoyo la opinión del vocal De Abelleyra, de la Cámara Nacional de Argentina, quien, refiriéndose a la prueba de los hechos negativos, sustenta un criterio que conviene también a la carga dinámica de la prueba.

Dice De Abelleyra que quien afirma la inexistencia de un negocio no puede ser obligado a probar su aserto negativo, algo que razonablemente no es dable comprobar, “eludiendo de producirla el demandado sobre hechos de los que él solamente tiene constancias y que está en sus manos atestiguarlas; si el acto es real, resulta sencillo a quienes aparecen realizándolo demostrar en forma decisiva su veracidad.”⁹⁵⁸

⁹⁵⁶ Trib. Civ. 2°, Sent. N° 61, 26.4.2006. En *Anuario de Derecho civil uruguayo*, tomo XXXVII, Fundación de Cultura Universitaria, julio 2007, p. 494.

⁹⁵⁷ J. MOSSET ITURRASPE: *Op. cit., Contratos simulados...*, Tomo I, p. 287.

⁹⁵⁸ *Id.*, p. 284.

II. LA PRUEBA EN LOS JUICIOS PROPUESTOS POR TERCEROS.

103. Posición de los terceros frente a la prueba de la simulación

Muy distinta es la situación, y por múltiples razones, cuando la simulación es alegada por terceros de buena fe que, por cierto, no estaban al tanto del engaño.

a) En primer lugar, a ellos no les vincula la eficacia probatoria que acompaña al instrumento que contiene el negocio simulado en cuanto a la verdad de las declaraciones que se consignan en él, pues este efecto se produce únicamente respecto de los declarantes.⁹⁵⁹

b) Por otro lado, ellos no participaron en el negocio simulado y desconocen sus itinerarios e intimidades que podrían dar luces sobre eventuales medios de prueba. Por ello sería condenarlos a una derrota judicial si se les impusiera el rigor probatorio que parece muy razonable y perfectamente justificado para el caso de que el litigio se ventile entre las partes de la simulación.

c) Además, para los terceros el negocio jurídico simulado no es una relación negocial, sino simplemente un hecho ajeno, ilícito, que les ocasiona perjuicio y cuya residencia, por consiguiente, se asienta en sede de la responsabilidad extracontractual (artículo 1902 Cc), lo que expande notablemente sus posibilidades probatorias. En palabras de los tratadistas chilenos Alessandri y Somarriva, “como la simulación ilícita es un verdadero delito civil, los terceros, para probarla, deben acudir a las reglas que gobiernan la prueba en materia delictual y no en materia contractual”,⁹⁶⁰ lo que significa que “pueden valerse de todos los medios probatorios aceptados por la ley para la comprobación del fraude, entre los cuales se cuentan las presunciones.”⁹⁶¹

⁹⁵⁹ Enrique PAILLÁS: *La simulación. Doctrina y Jurisprudencia*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1981, p. 69.

⁹⁶⁰ A. ALESSANDRI y M. SOMARRIVA: *Op. cit.*, Tomo I, Vol. I, p. 453.

⁹⁶¹ Así lo ha declarado la jurisprudencia chilena: Corte Suprema, 24 de agosto de 1918 (G. 1918, 2° sem., N° 270, p. 857. R. t. 17, sec. 1ª, p. 279); Corte de La Serena, 22 de abril de 1911 (G.

d) Finalmente, está la severa dificultad que suelen tener los terceros para ofrecer prueba directa de la simulación, debido al proverbial disimulo de los contratantes, lo que pone de manifiesto la necesidad de una mayor flexibilidad acerca de los medios probatorios.

El Tribunal Supremo ha reconocido reiteradamente los serios obstáculos que complican la posibilidad de una prueba directa en esta materia. Así, con ocasión de la prueba indiciaria se ha referido a “la dificultad para desenmascarar la real intención de los intervinientes mediante otros medios de prueba, quienes, además, tratan de revestirlos de una apariencia normal” (S. 871/2000 de 3 de octubre);⁹⁶² a “las grandes dificultades que encierra la prueba plena de la simulación de los contratos por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad” (SS. de 25 de abril de 1981,⁹⁶³ 2 de diciembre de 1983,⁹⁶⁴ 10 de julio de 1984,⁹⁶⁵ 5 de diciembre de 1984, 13 octubre de 1987,⁹⁶⁶ 2 de noviembre de 1988,⁹⁶⁷ 5 de noviembre de 1988,⁹⁶⁸ 23 de septiembre de 1989,⁹⁶⁹ 29 noviembre de 1989,⁹⁷⁰ 17 de junio de 1991,⁹⁷¹ 15 de noviembre de 1993,⁹⁷² 31 de diciembre de 1999,⁹⁷³ 553/2000 de 6 junio,⁹⁷⁴ 1073/2000 de 27 noviembre,⁹⁷⁵ 1010/2004 de 29 octubre,⁹⁷⁶ y 1072/2007 de 5 octubre,⁹⁷⁷ a “la evidente dificultad que encierra el conseguir una prueba plena de

1918, t. II, N° 270, p. 857); y Corte de Santiago, 9 de enero de 1922, (R. t. 22, sec. 1ª, p. 272). En *Repertorio...*, Tomo VI, pp. 390-391.

⁹⁶² RJ 2000/8133.

⁹⁶³ RJ 1981/2166.

⁹⁶⁴ RJ 1983/454.

⁹⁶⁵ RJ 1984/3847.

⁹⁶⁶ RJ 1987/9985.

⁹⁶⁷ RJ 1988/8406.

⁹⁶⁸ RJ 1988/8418.

⁹⁶⁹ RJ 1989/6352.

⁹⁷⁰ RJ 1989/7921.

⁹⁷¹ RJ 1991/4466.

⁹⁷² RJ 1993/8911.

⁹⁷³ RJ 1999/9758.

⁹⁷⁴ RJ 2000/4004.

⁹⁷⁵ RJ 2000/9317.

⁹⁷⁶ RJ 2004/7211.

⁹⁷⁷ RJ 2007/6801.

la simulación contractual, que desvirtúe la presunción establecida en el art. 1277 del Código Civil” (S. RJ-1991-1590 de 22 febrero); y a la circunstancia de que “normalmente no haya medios de prueba directos que permitan sentar la certeza de lo acontecido, e incluso suele ocurrir que se arbitren o desplieguen artificios encaminados a ocultar, o disimular, la verdadera intención de los partícipes” (S. 428/2000 de 27 abril).⁹⁷⁸

La jurisprudencia chilena también se ha pronunciado en este sentido. Así, ha resuelto que “esta prueba no puede ser directa, porque las partes se han cuidado de rodear al acto simulado (o mentiroso) de todas las apariencias de realidad, por lo cual no queda sino recurrir a la prueba de presunciones para establecer la no existencia real del acto o contrato simulado;”⁹⁷⁹ y que “la simulación, como divergencia psicológica que es de la intención de los declarantes, se sustrae de una prueba directa, y más bien se induce, se infiere, del ambiente en que ha nacido el contrato, de las relaciones entre las partes, del contenido de aquél y circunstancias que lo acompañan. La prueba de la simulación es indirecta, de indicios, de conjeturas, y es la que verdaderamente hiere a fondo a la simulación, porque la combate en su mismo terreno.”⁹⁸⁰

En atención a todo lo expuesto, la doctrina y jurisprudencia nacionales y comparadas, predicán que para los terceros no rigen las limitaciones expuestas para la probanza *inter partes*, doctrina que tiene consagración positiva en el Código civil italiano, cuyo artículo 1417 declara admisible *senza limiti* la prueba testimonial de la simulación cuando se la demanda por los acreedores o terceros,⁹⁸¹ y en el artículo 310 del Código civil paraguayo según el cual *La*

⁹⁷⁸ RJ 2000/2676.

⁹⁷⁹ Corte de Santiago, 4 de octubre de 1990, G.J. N° 124, sent. 4ª, p. 45 (C. 1° y 2°, pp. 45-46). En *Repertorio...*t. VI, p. 388.

⁹⁸⁰ Corte de Santiago, 26 de septiembre de 1967. R. t. 55, sec. 1ª, p. 188; 11 de septiembre de 1958, R. t. 58, secc., 2ª, p. 21. En *Repertorio...*p. 391.

⁹⁸¹ En idéntico sentido la jurisprudencia argentina: “la simulación de los actos jurídicos puede probarse por los terceros afectados por todos los medios legales de prueba, y entre ellos juegan un papel principal las presunciones, cuando por su gravedad, precisión y concordancia, contribuyen a demostrarla” (C. Civ, Sala F, ED 14-743; id. Sala A, LL 98-497; id. Sala B, ED 31-111). Cit. por J.J. LLAMBIAS: *Op. cit., Código civil anotado...*, Tomo II-B, p. 135.

prueba de la simulación será admisible sin limitación si la demanda fuere promovida por terceros.

Por último, los terceros pueden ampararse, adicionalmente, en el principio de facilidad probatoria del artículo 217.6 LEC; y dado, como ya se dijo, que para ellos el resarcimiento del perjuicio tiene sede extracontractual, están a su alcance todos los medios de prueba que franquea la ley, incluida la testimonial, y, de manera particular, la prueba indiciaria.

104. La prueba indiciaria.

1. Admisibilidad.

“La simulación –escribía Ferrara- como divergencia psicológica que es de la intención de los declarantes, se sustrae a una prueba directa, y más bien se induce, se infiere del ambiente en que ha nacido el contrato, de las relaciones entre las partes, del contenido de aquél y circunstancias que lo acompañan.”⁹⁸²

En efecto, no puede pasarse por alto el hecho de que la discordancia entre la intención de quienes celebran el acto simulado y aquello que declaran públicamente, suele quedar atrapada en el mundo oculto del acuerdo simulatorio al que, por lo general, como se ha dicho repetidamente, los terceros no tienen forma alguna de acceder para atacarlo con un medio de prueba directo, ya que los simuladores suelen poner especial cuidado en no dejar pistas explícitas que puedan servir de base para ese tipo de pruebas (no es muy frecuente que lo consignen por escrito, ni que tejan sus maquinaciones engañosas en presencia

Sobre el particular escribe Eugenio O. CARDINI. “Como lo subrayan numerosos fallos, es hoy doctrina pacífica, en nuestra praxis forense, y en la de los autores, que siendo el “*concilium simulandi in fraudem tertii*” un elemento anímico, intencional, escapa, de ordinario, a la prueba directa (instrumental e incluso testimonial) ya que las partes, autoras del engaño, lo realizan en el mayor secreto posible. Para que este aflore, para descubrirlo y desde luego, para evidenciarlo, el intérprete deberá desentrañarlo mediante el análisis del “*champs contractual*”, de las relaciones de las partes, del contenido mismo del acto negocial y, desde luego, del factor o elemento circunstancial que tornan esto, casi siempre, una difícil cuestión de hecho y, como tal, librada al prudente arbitrio judicial.” (*Op. cit., El llamado “vicio de simulación”...*, p. 405).

⁹⁸² F. FERRARA: *Op. cit., Simulación...*, p. 397.

de otras personas); y cuando las hay, como sucede con las contraescrituras, se ocupan de mantenerlas en estricta reserva.

Se comprende que por su carácter fraudulento (no interesa aludir en este punto a la simulación benigna o inocente) las propias partes se esmeran en ocultar cualquiera evidencia del engaño que han fraguado. Es muy raro, por lo mismo, encontrar evidencias del concierto simulatorio, y si ello puede darse algunas veces entre las partes, ha de afirmarse, sin temor a equivocación, que para los terceros perjudicados resulta inaccesible la comprobación directa del *consilium fraudis*.

Los autores insisten uniformemente sobre este particular. Para de Castro y Bravo, nada hay más difícil de probar que la simulación, pues en ella “todo se ha preparado para la ocultación, borrando las huellas de su existencia y creando apariencias engañosas, confeccionadas por especialistas en tales artificios.”⁹⁸³

Pero si esa prueba es punto menos que impracticable, lo que si puede ocurrir, es que en el entorno comercial se adviertan ciertas circunstancias sugerentes que, sin ser, a veces, idóneas por sí mismas para probar con fuerza plena la simulación, tengan, sin embargo, la potencia conjetural suficiente para producir en los jueces una convicción acerca del acuerdo simulatorio. Se trata de un recurso que encierra algunos riesgos porque en su apreciación juega, mucho más que en otros medios probatorios, la subjetividad del juez; pero es necesario y justo pues contrapesa la posición de desventaja en que se encuentran los terceros con relación a las partes, ya que se trata de un medio que, como dijera una Corte chilena, “hiere a fondo la simulación porque la combate en su mismo terreno.”⁹⁸⁴

La doctrina y la jurisprudencia ofrecen abundantes ejemplos de datos que han servido de soporte para una presunción judicial sobre la simulación de un negocio jurídico. Muñoz Sabaté, que nos ha entregado un minucioso estudio sobre esta materia, expresa que “en toda prueba de la simulación, e

⁹⁸³ F. de CASTRO Y BRAVO: *Op. cit.*, *El negocio jurídico...*, p. 334.

⁹⁸⁴ *Vid supra* §103.

independientemente de la variedad e indicios empleados, siempre habremos de desarrollar la presunción sirviéndonos de alguna muestra indiciaria.”⁹⁸⁵

La jurisprudencia española se ha hecho cargo de las dificultades de esta prueba y abierto generosamente la vía de los indicios. De esta manera el Tribunal Supremo ha estimado que “la declaración de simulación con base en presunciones es técnica procesal admitida con reiteración por esta Sala (SS de 13 de octubre de 1987,⁹⁸⁶ 5 de noviembre de 1998,⁹⁸⁷ 24 de noviembre de 1998,⁹⁸⁸ 31 de diciembre de 1999,⁹⁸⁹ 27 de noviembre de 2000,⁹⁹⁰;22 de julio de 2003,⁹⁹¹ y 1097/2004 de 11 noviembre⁹⁹²); que “la vía de las presunciones es la más utilizada en la práctica para acreditar la inexistencia de los contratos simulados” (S. 871/2000 de 3 de octubre);⁹⁹³ que “la doctrina admite la acreditación de la simulación contractual sirviéndose de la prueba indirecta” (SS. de 24 de abril de 1984,⁹⁹⁴ 13 de octubre de 1987,⁹⁹⁵ 855/2006 de 14 septiembre,⁹⁹⁶ 8 de marzo de 2007);⁹⁹⁷ que “la simulación se revela por pruebas indiciarias que llevan al Juzgador a la apreciación de su realidad (SS. de 24 de abril de 1984,⁹⁹⁸ 13 de octubre de 1987,⁹⁹⁹ 1072/2007 de 5 octubre¹⁰⁰⁰); que “es sabido que la prueba de la simulación contractual ha de obtenerse por lo común a través de indicios o presunciones ya que precisamente en la simulación se trata por las partes de dar apariencia de validez al negocio que se aparenta como realizado (...) que “la prueba de la simulación negocial se obtiene generalmente mediante presunciones que desmienten las declaraciones formales de la escritura de transmisión (SS de

⁹⁸⁵ L. MUÑOZ SABATÉ: *Op. cit.*, *La prueba de la simulación...*, p. 117.

⁹⁸⁶ RJ 1987/9985.

⁹⁸⁷ RJ 1988/8418.

⁹⁸⁸ RJ 1998/9230.

⁹⁸⁹ RJ 1999/9748.

⁹⁹⁰ RJ 2000/9317.

⁹⁹¹ RJ 2003/6600.

⁹⁹² RJ 2004/6894.

⁹⁹³ RJ 2000/8133.

⁹⁹⁴ RJ 1984/1967.

⁹⁹⁵ RJ 1987/9985.

⁹⁹⁶ RJ 2006/6371.

⁹⁹⁷ RJ 2007/1823.

⁹⁹⁸ RJ 1984/1967.

⁹⁹⁹ RJ 1987/9985.

¹⁰⁰⁰ RJ 2007/6801.

27 de febrero de 1998,¹⁰⁰¹ 24 de noviembre de 1988,¹⁰⁰² 31 de diciembre de 1998,¹⁰⁰³ 27 de abril de 2000,¹⁰⁰⁴ 20 de mayo de 2002, RJ 2002/ 4451; 22 de julio de 2002; 3 de octubre de 2002,¹⁰⁰⁵ 24 de septiembre de 2003,¹⁰⁰⁶ 29 de junio de 2005,¹⁰⁰⁷ 1253/2006 de 4 diciembre,¹⁰⁰⁸ que es reiterada doctrina que “se hace preciso acudir a la prueba indirecta de las presunciones, que autoriza el artículo 1253 del Código Civil (LEG 1889, 27)” (SS de 2 de noviembre de 1988,¹⁰⁰⁹ 5 de noviembre de 1988,¹⁰¹⁰ 23 de septiembre de 1989,¹⁰¹¹ 17 de junio de 1991,¹⁰¹² 15 de noviembre de 1993, RJ 1993/ 8911; 1072/2007 de 5 octubre);¹⁰¹³ que “la doctrina jurisprudencial reconoce la importancia y utilidad de la prueba de presunciones como criterio de determinación de los negocios simulados” (S. 976/1998 de 27 octubre);¹⁰¹⁴ que las presunciones “...constituyen un mecanismo para la fijación de la realidad de los hechos especialmente idóneo cuando se trata de apreciar la existencia de simulación contractual.” (S. 592-2006 de 8 de junio);¹⁰¹⁵ que “no existen unas pruebas directas de la simulación, como es práctica corriente en estos procesos, pero sí unas bases objetivas de las que hacer partir la operación deductiva, y mediante un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, llegar a la conclusión probatoria de que las escrituras combatidas no respondían a la voluntad traslativa que representa la compraventa (S. RJ-1991-1590 de 22 febrero); que “la doctrina de esta Sala, admite como suficiente la prueba de presunciones, la cual se configura en torno a un conjunto de indicios, que si bien tomados individualmente pueden no ser

¹⁰⁰¹ RJ 1998/968.

¹⁰⁰² RJ 1998/9230.

¹⁰⁰³ RJ 1998/9988.

¹⁰⁰⁴ RJ 2000/2676.

¹⁰⁰⁵ RJ 2002/9791.

¹⁰⁰⁶ RJ 2003/6205.

¹⁰⁰⁷ RJ 2005/6453.

¹⁰⁰⁸ RJ 2007/237.

¹⁰⁰⁹ RJ 1988/8406.

¹⁰¹⁰ RJ 1988/8418.

¹⁰¹¹ RJ 1989/6352.

¹⁰¹² RJ 1991/4466.

¹⁰¹³ RJ 2007/6801.

¹⁰¹⁴ RJ 1998\8256.

¹⁰¹⁵ RJ 2006/2406.

significativos, e incluso cabe que sean equívocos, sin embargo, en conjunto, y en relación con las circunstancias, son reveladores de la actuación simulatoria” (S. 64/2005 de 11 febrero).¹⁰¹⁶

Frente a esa abrumadora gama de pronunciamientos favorables a la prueba indiciaria de gran amplitud, resultan sumamente escasas las sentencias que proponen criterios restrictivos, como es el caso de la S. 976/1998 de 27 octubre¹⁰¹⁷ en la que la Sala Civil se declaró particularmente cuidadosa, al fijar los extremos de este tipo de prueba “puesto que haciendo aplicación de la doctrina jurisprudencial que reconoce la importancia y utilidad de la prueba de presunciones como criterio de determinación de los negocios simulados, señala que «teniendo en cuenta, además, que la apreciación de la simulación ha de hacerse con criterio restrictivo”, aduciendo como argumento para solventar esa posición, el hecho de que “en la duda el acto jurídico debe estimarse verdadero y eficaz mientras la ficción no se pruebe pues el título lleva en sí la presunción de legitimidad, existen en los autos suficientes indicios y medios de prueba que conducen a la estimación del motivo del recurso.”

2. Concepto y naturaleza.

Con mucha frecuencia se alude a la prueba que se deriva de indicios, como *prueba de presunciones*, lo que ha sido cuestionado certeramente por autores como Planiol y Ripert, para quienes “hablando propiamente, la presunción es el razonamiento mediante el cual se demuestra la existencia de un hecho desconocido y discutido con ayuda de las huellas materiales que ha dejado: es la valoración de la prueba; la verdadera prueba reside únicamente en los indicios o hechos materiales de que se sirve uno.”¹⁰¹⁸

¹⁰¹⁶ RJ\2005/1918. También lo han hecho los tribunales de Bolivia: “Se puede demostrar la simulación con todo género de pruebas, aun la indicial” (G.J. N° 1120, p. 21), y “para probar la simulación en los contratos, es admitida toda clase de pruebas, inclusive la de indicios y presunciones, interpretación constante que la jurisprudencia ha establecido en conformidad con la doctrina del art. 938 (1320) del c.c.” (G.J. N° 1250, p. 37). En C. MORALES GUILLÉN: *Op. cit., Código civil...*, Tomo. I, p. 784.

¹⁰¹⁷ RJ 1998/8256.

¹⁰¹⁸ M. PLANIOL y G. RIPERT: *Op. cit., Tratado elemental...*, T.I, p. 173.

En efecto, la presunción es el juicio o proceso racional,¹⁰¹⁹ mientras que el indicio es el hecho que lo sustenta. Por consiguiente, todo proceso de apreciación de una prueba constituye una presunción. En palabras de Muñoz Sabaté, “desde un punto de vista lógico-formal, toda la estructura de cuantos razonamientos se hacen en el proceso para la estimación de la prueba es de carácter netamente presuncional, de manera que, en definitiva, cualquier prueba es prueba de presunciones,”¹⁰²⁰ porque, como quiera que se lo mire, toda prueba implica, en último término, “pasar de un hecho conocido a otro desconocido, si bien la inducción que conduce del uno al otro sea tan rápida que pase desapercibida.”¹⁰²¹

Por ello parece más preciso, y técnicamente correcto, hablar de *prueba indiciaria*, en la medida en que el razonamiento encaminado a establecer el hecho buscado se apoya en uno o más *indicios*. Muñoz Sabaté lo expone con fina claridad: “cuando el indicio estimula el pensamiento del juzgador se produce la presunción.”¹⁰²²

El procesalista colombiano Devis Echandía define el indicio¹⁰²³ como “un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógico-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos.”¹⁰²⁴ Es, por consiguiente, un dato fáctico, de cualquier índole, con la aptitud suficiente como para “que nos provoque mentalmente una asociación de ideas encaminadas a la prueba de otro hecho;”¹⁰²⁵ el punto

¹⁰¹⁹ R. J. POTHIER definía la presunción como “un juicio que la ley o el hombre forman sobre la verdad de una cosa por ilación con otra cosa diferente” (*Op. cit., Tratado de las obligaciones...*, p. 508).

¹⁰²⁰ L. MUÑOZ SABATÉ: *Op. cit., La prueba...*, p. 60. El autor se encarga de aclarar que al negar la presunción sobre la base de su inutilidad metodológica, se lo hace “precisamente para reafirmarla en un estudio lógico más superior, ya convertido en inferencia” (*Id.*, p. 62).

¹⁰²¹ *Ibidem* (citando a BONNIER).

¹⁰²² *Id.*, p. 59.

¹⁰²³ La expresión proviene del derecho romano y se encuentra en el *Código* de la compilación justiniana, con ocasión de la reivindicación: *Indici cetera quae iure non respuuntur, non minorem probationis, quam instrumenta, continent fidem.* (L. III, T. XXXII, I.19. Los emperadores Dioclesiano y Maximiano, Augustos, a CALISTRATO).

¹⁰²⁴ H. DEVIS ECHANDÍA: *Op. cit., Teoría general...*, p. 587.

¹⁰²⁵ L. MUÑOZ SABATÉ: *Op. cit., La prueba...*, p. 55. El mismo autor nos advierte de inmediato que “no hace falta que (el indicio) nos *convenza* de la existencia de ese otro hecho, basta que nos

crucial de ese engarce argumentativo al que se refieren permanentemente las resoluciones del Tribunal Supremo cuando se trata de identificar el elemento esencial de la presunción: “en la esencia de la presunción está el enlace preciso y directo que religa el hecho base en el hecho consecuencia con ajuste a las reglas del criterio humano” (S. 60/2003, de 5 de febrero, que reproduce el texto de la S. de 23 de febrero de 1987, la que, a su vez, alude a la S. de 11 de junio de 1984); o simplemente de perfilar su concepto: “un proceso de razonamiento lógico, que, por vía inductiva, arranca de la existencia de un hecho conocido y suficientemente demostrado para alcanzar otro desconocido, como realidad concurrente y dotado de eficacia bastante para la más adecuada resolución de la controversia procesal planteada.” (S. 871/2000 de 3 octubre, RJ\2000\8133).

105. Carácter subsidiario de la prueba indiciaria.

Que la prueba de indicios sea el medio preferente para demostrar la simulación, es algo que solamente puede predicarse para aquellos casos en que no existe prueba directa que la establezcan o la excluyan, por la sencilla razón de que en ambos casos estaría conocido el hecho que en la técnica presuncional se anuncia como desconocido, de suerte tal que, en el primer caso, sería innecesario acudir a los indicios (ya se conoce el hecho buscado), y en el segundo inadmisibles, por el conocimiento negativo del hecho.

En efecto, si quien impugna el negocio simulado logra presentar en juicio el contradocumento en el que las partes reconocen el fraude simulatorio, carece de utilidad recurrir a indicios que demuestren lo mismo. Por el contrario, si los demandados prueban por vía documental que son reales los elementos de la compraventa atacada, por haberse justificado el pago del precio pactado, la

provoque aquella asociación. De ahí que la misión catalizadora del indicio igual puede hallarse en lo que tradicionalmente se ha venido denominando conjetura, sospecha, o adminículo (o prueba menor, *semiplena probatio*, prueba *levior*, etc.).” Sin duda que este aserto –que privilegia la provocación por sobre la convicción- ocupa un sitio importante en la conclusión de que la prueba de la simulación no requiere que los indicios sean unívocos, doctrina que, con muy pocas excepciones, ha venido sosteniendo el Tribunal Supremo y a la que se hace referencia más adelante (*Vid infra* §107).

suficiencia de los recursos del comprador o la efectividad de la entrega del bien vendido, etc., deberá rechazarse cualquier intento de hacer prevalecer la prueba indiciaria.

Por este motivo el Tribunal Supremo ha resuelto que la prueba de presunciones tiene un carácter remedial, en tanto se la admite en razón de las muchas dificultades que ofrece la prueba directa en materia de simulación, y, debido a ello "se presenta como subsidiaria o supletoria (SS. de 21 de octubre de 1982,¹⁰²⁶ 12 de mayo de 1985, 3 de octubre de 1986,¹⁰²⁷ 17 de marzo de 1994,¹⁰²⁸ y 30 de enero de 1998), para entrar en liza cuando no concurren pruebas directas suficientes sobre las cuestiones del debate.

Aplicando esa doctrina, la STS 7924/1992 de 23 de octubre, desestimó la pretensión de nulidad de un contrato de compraventa de acciones, acusado de simulación, pues para otorgarla exigiría una presunción que la parte recurrente ni siquiera ha intentado traer a los autos, además que en los autos no aparece probada esa pretendida simulación absoluta. Por el contrario, sostuvo la sentencia, "existen dos hechos objetivos que abogan por la validez del contrato que nos ocupa (...) Ninguno de estos dos hechos hubiera tenido justificación posible, si, como se pretende, el contrato primitivo hubiera sido absolutamente simulado y por tanto nulo, a lo que cabe añadir la doctrina jurisprudencial tendente a la conservación del negocio jurídico en los casos dudosos." En la S. 627/2000 de 17 de junio¹⁰²⁹ volvió a pronunciarse sobre esta materia para descartar nuevamente la simulación de un contrato de compraventa, por haberse acreditado dicho negocio jurídico mediante pruebas directas, como la existencia del precio en la referida transmisión, y la entrega de una parte del mismo "que se hace constar en el documento transcrito, mediante la transferencia a la cuenta de la demandada de los cuarenta millones en que consistía, por lo que en este supuesto no era necesario acudir a la prueba por presunciones. Apreciación de la

¹⁰²⁶ RJ 1982/5569.

¹⁰²⁷ RJ 1986/5236.

¹⁰²⁸ RJ 1994/1993.

¹⁰²⁹ RJ 2000/4425.

existencia del precio, que no puede destruirse por la pretendida disconformidad de la voluntad real con la declarada, como sostiene la parte recurrente.”

106. El uso de la prueba indiciaria es facultativo para el juez.

Recurrir al expediente de la presunción *homini* es un medio que la ley pone a disposición del juez para acceder al conocimiento del hecho o hechos que se estiman necesarios para la resolución de la controversia. En este sentido, constituye una facultad del juzgador, que la ejerce o no según los indicios que se le presentan en el proceso provoquen en él esa *estimulación del pensamiento* a la que se refiere Muñoz Sabaté y que he comentado más arriba.

Siendo así, el Tribunal Supremo ha declarado que “el artículo 1253 del Código Civil (LEG 1889, 27) faculta o autoriza mas no obliga a utilizar dicha prueba, por lo que cuando el juzgador de instancia no hace uso de este medio probatorio para fundamentar su fallo, no se infringe dicho precepto.” (SS. 1020/2006 de 20 de octubre y 1150/2006 de 6 noviembre¹⁰³⁰); y más recientemente, que “una cosa es que la presunción sea muy útil para detectar la existencia de la simulación del contrato y otra distinta que el artículo 1.253 del Código Civil resulte violentado por el hecho de que el Tribunal no lo aplique a tal fin (...) dicho precepto faculta o autoriza, pero no obliga al Tribunal a servirse de las presunciones.” (S. 262/2008 de 14 de abril).

Esta facultad judicial, sin embargo, ni es irrestricta ni está entregada a la pura subjetividad del juzgador. Si un hecho se encuentra completamente acreditado en el proceso –ha dicho con mayor frecuencia el Tribunal Supremo- y de él se infiera con la fuerza lógica que la ley exija la realidad de otro, el Tribunal está obligado a hacer esta inferencia para reconocer dicha realidad, de modo que si no lo hace, se infringe la norma del artículo 1253 CC (S. 60/2003, de 5 de febrero, que cita en el mismo sentido las SS. 18-3-93; 16-9-95; 22-10-95; 19-3-99; 23-7-99; 27-1-2000; 25-10-2000; 21-11-2000; 5-3-2001; 16-2-2002 y 5-6-86).

¹⁰³⁰ RJ 2006/7125.

107. No se exige que los indicios sean unívocos.

Para la doctrina tradicional de la prueba, los indicios deben ser varios y concordantes, de suerte que conduzcan a conclusiones unívocas. En caso contrario, no sirven de base para una presunción judicial.

No obstante, la jurisprudencia moderna se inclina por una solución distinta, según la cual la presunción establecida no tiene por qué ser la consecuencia de una deducción unívoca (SSTS de 5 de febrero,¹⁰³¹ 16 de junio,¹⁰³² 8 de julio,¹⁰³³ y 19 de diciembre de 2003;¹⁰³⁴ 25 de mayo,¹⁰³⁵ y 24 de noviembre de 1998¹⁰³⁶). Es suficiente, se ha dicho, que los indicios conduzcan a una deducción razonable, a la luz de los principios de la sana crítica, es decir, de la lógica, que algunas sentencias denominaron “reglas del criterio humano” (SSTS de 23 de febrero de 1987 y 60/003 de 5 de febrero de 2003), de la experiencia judicial y de la buena fe en la apreciación del juzgador, aunque los indicios no sean necesariamente unívocos, porque son también admisibles las presunciones en las que del hecho base pueden derivarse diversos hechos-consecuencia.

Un criterio similar sustentan los tratadistas franceses Henry, León y Jean Mazeaud, para quienes la norma del artículo 1353 del *Code*, según la cual el juez no deberá admitir sino las presunciones *más graves, precisas y concordantes entre sí*, es como lo han entendido la doctrina y la jurisprudencia francesas, una fórmula que no tiene más valor que el de un consejo “que deja en plena libertad a los tribunales para fundar su convicción sobre una presunción única.”¹⁰³⁷

¹⁰³¹ RJ 2003/1568.

¹⁰³² RJ 2003/5049.

¹⁰³³ RJ 2003/4337.

¹⁰³⁴ RJ 2003/9053.

¹⁰³⁵ RJ 1998/3996.

¹⁰³⁶ RJ 1998/9322.

¹⁰³⁷ H., L. y J. MAZEAUD: *Op. cit., Derecho civil...*, Parte Primera. Vol. I, p. 625.

El planteamiento puede parecer peligroso *prima facie*, pero no deja de tener razón, pues como lo exponen las ya citadas sentencias de 23 de febrero de 1987 y 5 de febrero de 2003, de ser unívoca la deducción “no nos encontraríamos ante verdadera presunción sino ante los “*facta concludentia*” que efectivamente han de ser concluyentes o inequívocos.

III. INDICIOS QUE HAN SIDO FRECUENTEMENTE ESTIMADOS POR LA JURISPRUDENCIA.

108. Principales categorías indiciarias.

La doctrina suele proponer variadas conductas que, por las distintas circunstancias que le sirven de entorno o contexto, deben considerarse como señales eficaces para servir de base a la presunción de simulación. Sin embargo es la jurisprudencia, con su inagotable cantera de situaciones concretas, la fuente más fecunda y variopinta de hipótesis indiciarias, positivas o negativas, en el sentido de que se han estimado a veces para afirmar el concierto simulatorio y otras para descartarlo porque el indicio apunta a la realidad del acto impugnado.

El vasto universo indiciario, que se nutre abundantemente, además, con los aportes del derecho comparado, obliga a ensayar una metodología que proporcione orden, claridad y coherencia a la exposición; y cuando digo *ensayar* utilizo una expresión de efecto puramente retórico, porque no se ensaya lo que ya está hecho, y en esta materia el método ya ha sido expuesto suficientemente en el extenso y prolijo trabajo de ordenamiento de Muñoz Sabaté,¹⁰³⁸ a partir de su interesante aplicación de la semiótica al derecho probatorio, en una obra que es de consulta obligada para quien incursiona en la materia.

¹⁰³⁸ *Op. cit.*, *La prueba de la simulación. Semiótica de los negocios jurídicos simulados...* Las referencias del presente apartado III a la jurisprudencia nacional y extranjera que tienen como fuente Aranz, RGD y RJAL, han sido tomadas de dicha obra.

Por consiguiente, adoptaré los lineamientos generales de esa metodología, pero simplificándola en el sentido de comprimir en la mayor medida posible las diversas categorías de indicios, y utilizaré su información más relevante, actualizándola con el material jurisprudencial producido con posterioridad, y las noticias doctrinarias, que, dada la época en que elaboró su trabajo, no pudieron tomarse en cuenta por Muñoz Sabaté.¹⁰³⁹

1) La ausencia de una necesidad real que explique razonablemente la celebración del negocio aparente.

Este es un indicio que ha sido considerado en varias oportunidades por el Tribunal Supremo para presumir, por ejemplo, la simulación de la contratación de préstamos, cuando el deudor no justificó la necesidad de contraer la deuda (S. de 26 de junio 1961, Aranz-2745); y de la enajenación de bienes, tratándose de una persona cuya cuantiosa fortuna no hacía necesario que dispusiera de todo su patrimonio (TS. 2 de febrero de 1955, Aranz-335). La AT. Palma de Mallorca (6 de marzo 1957, RGD 1958, p. 554), tuvo presente, a su vez, que no se había demostrado que al momento de celebrar el contrato, el vendedor tuviera dificultades económicas ni deudas pendientes que lo impulsaran a llevar a cabo la

¹⁰³⁹ También puede verse una referencia a indicios utilizados por la jurisprudencia, en DE CASTRO Y BRAVO (*Op. cit., El negocio jurídico...*, pp. 367-368): "...así, por ejemplo, la condición de las partes que hacen el negocio, venta hecha por quien no necesita vender (de todos o casi todos sus bienes), sin que aparezca a su muerte el precio que se dice recibido, ser hecha a favor de concubina, amigo, sirviente, pariente, ser el comprador persona carente de medios económicos propios; la situación de las partes, estar el vendedor ante el inminente peligro de un embargo, frente a las resultas condenatorias de un pleito, de la necesidad de pagar alimentos; estar enemistado con los legitimarios, en trance de separación los cónyuges, ser anciano sometido a la influencia de otra persona; no contar la entrega del precio por ser éste confesado; haber salido y entrado de la cuenta corriente de quien se dice vendedor la misma cantidad que entregara quien se dice comprador en las fechas anterior y posterior a la de la escritura de venta; no haberse puesto en ejercicio la relación negocial; que el supuesto vendedor sigue actuando como dueño, cobrando rentas, cultivando fincas, pagando gastos y contribuciones...(S. 16 marzo 1956, 26 abril 1956, 30 octubre 1956, 3 febrero 1957, 5 octubre 1957, 11 abril 1961, 31 marzo 1964, etc.). Y en la jurisprudencia uruguaya: "la enfermedad grave y terminal del vendedor (...) pago del precio por adelantado a la celebración del negocio, actuación de idéntico profesional, un mismo domicilio, iguales socios fundadores e igual fecha de constitución de varias sociedades que no tienen relaciones entre sí (...) la conducta endoprocesal, como por ejemplo, que los integrantes de la demandada (,,) no comparecieron a declarar, los hijos de los deudores no contestaron siquiera la demanda" (Trib. Civ. 2° Sent. N° 61 de 26.4.2006. En *Anuario de Derecho civil uruguayo*, tomo XXXVII, Fundación de Cultura Universitaria, julio 2007, p. 493).

enajenación, y algo similar ocurrió con la SAT de Oviedo (14 de julio 1955, RGD 1956, p. 286), que puso de manifiesto que al momento de la celebración del negocio nada aconsejaba una casi total enajenación del patrimonio, pues estaban satisfechas las deudas principales del enajenante y no se le conocían otras atenciones urgentes extraordinarias. El 5 de noviembre de 1958 la AT. Palmas de Gran Canaria (RGD 1959, p. 166) sentenció que la compradora no tenía arraigo en esa isla de modo que no se veía el interés real en adquirir la finca en ella.

Aplicando la lógica de este indicio, otra sentencia de la misma Audiencia, de 16 de octubre 1968 (RGD 1969, p. 663), desestimó como justificación de la venta que hizo a sus hijos, la supuesta necesidad de la vendedora motivada por una enfermedad que, según se probó, fue diagnosticada después de cuatro meses de celebrado el contrato, y habida cuenta, para mayor sospecha, que estaba afiliada a seguros sociales y había concertado con una compañía de seguros una póliza de gastos de sepelio.

2) Las relaciones de parentesco, afecto u otras de similar efecto vinculativo entre los simuladores.

En este sentido se han considerado como indicios significativos el que la venta la hace el padre a su hijo, con el que está asociado en los negocios, cuando está agotada la vía amistosa intentada por su acreedor para el pago de la deuda vencida y a punto de iniciarse el juicio en su contra (TS. 1991/1590 de 22 de febrero); la compraventa que se ha hecho “en agradecimiento de la colaboración de los hijos y nueras en los negocios (...) la realización de la operación dentro del ámbito familiar” (TS. 816/1997 de 30 de septiembre);¹⁰⁴⁰ que los bienes desaparecidos formalmente del patrimonio “han pasado a integrarse, formalmente, merced a esos contratos litigiosos, en patrimonios de familiares muy próximos a los contratantes con la Caja actora, como son el hijo o los padres de algunos de los contratantes con la entidad crediticia o en manos de entidades que son controladas por los propios deudores transmitentes” (TS. 871/2000 de 3 de

¹⁰⁴⁰ RJ 1997/6614.

octubre);¹⁰⁴¹ “en el contrato de litigio no se pretendió una finalidad traslativa a favor de los hijos, del dominio que correspondía a los padres, sino únicamente crear la apariencia de una situación ficticia de insolvencia del vendedor” (TS. 1245/2000 de 29 de diciembre);¹⁰⁴² “concorre la significativa circunstancia de ser el comprador hijo de los vendedores”, de un solar sobre el que construyó un edificio de tres plantas, siendo “el hijo comprador” ,entonces menor de edad, sin ingresos económicos conocidos” (TS. 548/2001 de 28 de mayo);¹⁰⁴³ “esta Sala comparte el criterio de dicha sentencia que llega a aquella conclusión, de hechos tales como la relación conyugal entre la tercerista y el transmitente, pese a que posteriormente, seis años más tarde medió separación legal” (TS. 797/2005 de 20 de octubre);¹⁰⁴⁴ el hecho de que la sociedad patrimonial ha sido formada por los cónyuges, a la que aportaron su vivienda y la plaza de aparcamiento (TS. 2007/2398 de 27 de abril); “los transmitentes afianzaban solidariamente, transmisión de los inmuebles a parientes o personas ligadas con intereses económicos con los deudores” (TS. 1072/2007 de 5 de octubre);¹⁰⁴⁵ “concurren circunstancias tan significativas como la relación de parentesco entre los supuestos arrendador y arrendataria (tío y sobrina); que vivieran juntos antes de celebrarse el contrato y lo continúen haciendo después, sin que se explique la razón de que se hubiera concertado el arriendo” (TS. 1027/2007 de 11 de octubre).¹⁰⁴⁶

También la jurisprudencia argentina y uruguaya han estimado este elemento como indicio importante de simulación;¹⁰⁴⁷ si se han hecho a parientes muy próximos y muy queridos sin explicable necesidad;¹⁰⁴⁸ suficiente y serio,

¹⁰⁴¹ RJ 2000/8133.

¹⁰⁴² RJ 2001/714.

¹⁰⁴³ RJ 2001/3438.

¹⁰⁴⁴ RJ 2006/1960.

¹⁰⁴⁵ RJ 2007/6801.

¹⁰⁴⁶ RJ 2007/6490.

¹⁰⁴⁷ En Argentina, C. Civ. Sala A, ED 31-107; cit. por J. J. LLAMBÍAS: *Op. cit.*, *Código civil anotado...*, Tomo II-B, p. 135. Nº 20.).

¹⁰⁴⁸ C. Civ, Sala F, ED 54-207. Cit. por J. J. LLAMBÍAS, *id.* Nº 21.

incluyendo “la relación de concubinato entre el vendedor y la compradora (Trib. Civ. 2°, Sent. N° 61 de 26.4.2006).¹⁰⁴⁹

3) Precio vil, calificado a veces *mínimo* o *irrisorio*, o de valor poco frecuente en el tráfico jurídico.

Para este efecto se entiende con bastante latitud la noción de *precio*, de modo que se pueda comprender en ella toda contraprestación en dinero (en contratos como la compraventa o el arrendamiento), u otro objeto de intercambio (p. ej., en la permuta), en negocios onerosos; y teniendo presente, además, la dificultad de precisar con exactitud el concepto de *vileza* que desde luego debe asociársela a una notable diferencia entre el valor de tasación normal de un bien y aquel que se hace constar en el contrato (posiblemente un 50% o más),¹⁰⁵⁰ pero sin perder de vista otros indicadores de tipo cualitativo de muy diversa índole que pueden influir en una depreciación auténtica del bien materia del negocio, como el grado de necesidad de quien enajena o entrega el uso del bien, el valor afectivo del bien, las relaciones afectivas entre las partes, etc.

¹⁰⁴⁹ En *Anuario de Derecho civil uruguayo*, tomo XXXVII, Fundación de Cultura Universitaria, julio 2007, p. 493.

Asimismo, la jurisprudencia argentina ha utilizado abundantemente este indicio. S. CIFUENTES (*Op. cit., Negocio jurídico...*, p. 661, nota 134).informa sobre las siguientes sentencias que lo han tomado en cuenta: CNCiv, Sala A, 4/12/51; JA, 1952-I-527; íd., íd., 25/4/67, ED, 31-107; íd., íd., 26/12/78, ED 82-502; íd., íd., 17/3/83, L. n° 284,536, inédito; íd., íd., 28/3/94, ED, 158-595; íd., íd., 23/8/00, LL, 2000-F-293; íd., Sala C, 30/12/57, LL, 91-523; íd., Sala D, 25/7/69, ED, 31-97; íd., Sala E, 30/5/61, LL, 103-409; íd., Sala F, 4/9/73, ED, 54-207.

C. CORONEL JONES señala que “presunciones judiciales comunes a cualquier simulación son las que resultan del parentesco y amistad íntima entre los contratantes” pues es muy natural que quien pretenda recurrir a la simulación “elija como contraparte a una persona de su entera confianza, como un pariente o un amigo íntimo, de manera que, desaparecida la razón determinante de la Simulación, reconozca lealmente la verdadera naturaleza del contrato” (*Op. cit., La simulación...*, p. 175).

¹⁰⁵⁰ Este criterio cuantitativo para apreciar el precio vil como indicio de simulación, se utilizó, por ejemplo, en las SS. AT. Madrid de 24 de marzo de 1969 citada por MUÑOZ SABATÉ, que se menciona en la nota siguiente (se pactaron en 300 y 3.000 ptas. las rentas de piso y nave valoradas en 2.500 y 10.000 pesetas), y AT. Valencia, 26 de septiembre 1955 (se permutaron por valor de 40.500 y 3.500 ptas. una casa y la mitad proindivisa, cuyos valores reales eran 150.000 y 17.500 ptas.); y en las S. Cámara Civil 2ª., Capital Federal de Argentina, de 19 de mayo de 1947 (la misma nota). Sin embargo, la S. Trib. Alçada Sao Paulo de 11 abril 1956 (la misma nota), utilizó una relación porcentual menos exigente y estimó desproporcionado el precio de 300.000 cruzeiros de un bien cuyo valor mínimo era de 500.000.

Este indicio constituye uno de los soportes más frecuentes de presunción de simulación utilizado por los tribunales. Muñoz Sabaté cita al efecto las sentencias nacionales¹⁰⁵¹ TS 17 enero 1959 (Aranz-1045), Audiencia T. Palma de Mallorca, 5 abril 1960 (RGD 1961, p. 696), AT. La Coruña, 29 abril 1961 (RGD 1962, p. 809), AT. Albacete, 25 marzo 1960 (RGD 1961, p. 995), TS., 3 junio 1967 (Aranz-2981), AT. Madrid, 24 marzo 1969 (RGD 1969, p. 1145), TS., 14 diciembre 1967 (Aranz-5010), AT. Valencia, 26 septiembre 1955 (RGD 1955, p. 718), AT Las Palmas de Gran Canaria, 5 noviembre 1958 (RGD 1959, p. 166), TS., 12 julio 1941 (Aranz-912), T.S., 23 junio 1953 (Aranz-1673), TS., 17 abril 1950 (Aranz-991), AT Oviedo, 21 febrero 1967 (RGD 1968, p. 124), TS., 2 diciembre 1968, Sala Criminal (Aranz-5116).

A ellas puede agregarse la STS. 29 de noviembre 1989¹⁰⁵² que se refiere al precio “que se califica con acierto por la Sala a quo de irrisorio”; y las posteriores en que el Tribunal Supremo ha estimado con mérito indiciario el hecho de que “el precio fijado en la escritura representaba prácticamente el valor de la hipoteca que pesaba sobre los inmuebles, circunstancia notoriamente infrecuente, dado el margen de valor que se tiene en cuenta para la constitución de las hipotecas” (TS. RJ 1991/1590 de 22 de febrero); “el precio mínimo de la venta” (TS. 816/1997 de 30 de septiembre);¹⁰⁵³ “el precio fijado (600.000 ptas.) no responde a la realidad económica del mercado inmobiliario, pues la finca fue valorada (...) en cantidad cercana a los 15.000.000 de ptas.” (TS. 1245/2000 de 29 de diciembre);¹⁰⁵⁴ “la escasez del precio fijado en la compraventa (TS. 86/2007 de 5 febrero, RJ 2007/85); los bienes aportados a la sociedad patrimonial creada por los cónyuges “se valoraron, además, por debajo del valor del mercado” (TS.

¹⁰⁵¹ Además, en el mismo sentido, las SS. del Trib. Alçada Sao Paulo, Brasil, 11 abril 1956 (R.T. vol. 253, p. 545), de la Cámara Civil 2ª, Capital Federal, Argentina, 19 mayo 1947 (RJAL n° 46, p. 793 y ss) y, del mismo país, C. Civ. Sala A, ED 31-107, esta última citada por J. J. LLAMBIAS (*Op. cit., Código civil anotado...*, Tomo II-B, p. 135. N° 290).

¹⁰⁵² RJ 1989/7921.

¹⁰⁵³ RJ 1997/6614.

¹⁰⁵⁴ RJ 2001/714.

2007/2398 de 27 de abril); “precio inferior al de mercado, cuya entrega no está acreditada” (TS. 1072/2007 de 5 de octubre).¹⁰⁵⁵

En ocasiones, el puro dato de la cifra reducida no es idóneo para fundar una presunción de simulación, como lo resolvió la STS 1027/2007 de 11 de octubre,¹⁰⁵⁶ luego de que la AP. de Oviedo consideró como indicio la escasísima renta de quince mil pesetas al mes para una vivienda de 140 metros cuadrados en el centro de la ciudad. El Tribunal Supremo descartó dicho indicio tomando en cuenta las conclusiones del informe pericial según el cual, por el mal estado del conjunto del piso, este no reunía las condiciones mínimas de habitabilidad de modo que “por su estado actual nadie pagaría nada.”

Muñoz Sabaté pone en duda “la logicidad” de este indicio, al que considera ambivalente, pues “la máxima de experiencia nos enseña que no es sólo en los negocios simulados donde se aparentan los precios bajos sino que en los propios negocios serios y reales es costumbre generalizada el introducir un pequeño elemento simulado cual es precisamente el precio de la convención.”¹⁰⁵⁷ Aunque luego matiza este aserto, descuida el autor el hecho de que la hipótesis que propone constituye una modalidad típica de simulación relativa (simulación relativa parcial), de manera que me parece que sigue en pie la *logicidad* del indicio y su efecto decisorio en la calificación de aquélla dependerá de la apreciación de los factores cuantitativos y cualitativos en liza.¹⁰⁵⁸

Por consiguiente, dependiendo del concurso de otras circunstancias, el *pretium vilis* tanto puede servir de indicio para evidenciar la simulación del negocio en su totalidad, cuanto para revelarnos la presencia de un negocio real en el que se ha simulado solamente uno de sus elementos, sea para efectos tributarios, que es lo más frecuente, o simplemente para ocultar la fortuna del que lo paga.

¹⁰⁵⁵ RJ 2007/6801.

¹⁰⁵⁶ RJ 2007/6490.

¹⁰⁵⁷ L. MUÑOZ SABATÉ: *Op. cit.*, *La prueba...*, p. 298.

¹⁰⁵⁸ Tanto es así, que en la jurisprudencia ecuatoriana, por ejemplo, la mayoría de las sentencias que se ocupan de esta materia, se refieren precisamente a la simulación del precio.

4) Valores no entregados efectivamente.

Es este uno de los indicios que mejor inclina el ánimo de los tribunales para estimar la simulación del contrato, y puede asumir diversas formas. En algunos casos se trata del no pago del precio, entendido este concepto en el sentido lato que se le ha atribuido más arriba, y entonces se da con particular frecuencia en los contratos de compraventa y de arrendamiento. En otros, no aparece la entrega de los dividendos hipotecarios o de los valores supuestamente prestados.

Así, se han valorado como indicios de esta clase, el hecho que no se probó la entrega del precio aunque en el documento se hiciera constar como recibido (AT Las Palmas de Gran Canaria, de 5 de noviembre 1958, RGD 1959, p. 166);¹⁰⁵⁹ no haberse probado el abono del precio, por lo demás mínimo, de la venta (TS. 816/1997 de 30 septiembre);¹⁰⁶⁰ "la total ausencia de prueba acerca de la realidad del pago del irrisorio precio confesado" (TS. 1245/2000 de 29 diciembre);¹⁰⁶¹ no haber justificado la sociedad demandante "la vía por la que el dinero del supuesto préstamo entró en el patrimonio de la sociedad demandada";¹⁰⁶² "no haber pagado ningún vencimiento de la hipoteca formalizada el 3 de agosto de 1987 hasta septiembre de 1994" (TS. 695/2002 de 10 de julio);¹⁰⁶³ "el precio de la venta no había sido satisfecho, ni el confesado como recibido por el vendedor en la escritura pública, ni menos el que, en las diligencias penales seguidas por esta doble venta, el ahora demandado (...) manifestó que

¹⁰⁵⁹ En L. MUÑOZ SABATÉ: *Id.*, p. 309. También cita la sentencia de la Cámara 1ª, de Apelaciones de La Palma, Sala II, argentina, de 26 de agosto de 1946 (RJAL, n° 43, p. 797), que consideró que la declaración de haberse entregado con anterioridad el precio, en un juego sucesivo de escrituras (padre-tercero-hijos del primero-hermanos), es un modo habitual de simulación. Sin embargo, parece exorbitante la doctrina anunciada en otra sentencia argentina (Juzgado 1ª Instancia de Buenos Aires, 3 de mayo de 1931, RJAL n° 24, p. 334 y ss), según la cual el pago por anticipado del importe de la venta encierra una presunción grave de simulación. Sin disponer del texto de dicha resolución, debo pensar que esa doctrina se refiere únicamente a los casos en que se ha ocultado el pago anticipado para hacerlo aparecer como contemporáneo del negocio, porque en otro caso, si así se estipula en el contrato, el anticipo del pago del precio no llama en absoluto la atención en una compraventa o un arrendamiento.

¹⁰⁶⁰ RJ 1997/6614.

¹⁰⁶¹ RJ. 2001/1714.

¹⁰⁶² Este fallo de la AP de Madrid consta en los antecedentes de hecho de la STS. 1067/2002 de 8 de noviembre (RJ/2002/1015), que lo conoció vía casación, desestimando el recurso.

¹⁰⁶³ RJ 2002/8242.

era el precio real satisfecho por las fincas” (TS. 96/2003 de 6 febrero);¹⁰⁶⁴ no estar comprobado por vía alguna de los demandados, la recepción del precio (T.S. 548/2001 de 28 mayo);¹⁰⁶⁵ subrogación en la prenda de acciones “sin que se abonen cantidad alguna, ni conste ningún tipo de imputación económica, lo que revela la falta de realidad jurídica de la operación” (TS. 1120/2004 de 29 de noviembre);¹⁰⁶⁶ “la falta de prueba del pago por la esposa, presunta adquirente actual y tercerista, del crédito hipotecario en el que se subrogó aparentemente” (TS. 797/2005 de 20 de octubre);¹⁰⁶⁷ la confesión del precio “como recibido por el vendedor sin prueba de su efectiva entrega” (TS. 86/2007 de 5 de febrero);¹⁰⁶⁸ que “pese a los años transcurridos desde que supuestamente se otorgó el contrato, la demandada no haya podido justificar el pago de una sola renta” de arrendamiento (TS. 1027/2007 de 11 de octubre).¹⁰⁶⁹

Por su parte, la jurisprudencia argentina ha declarado que la prueba de que el dinero fue entregado al escribano no es certeza de la realidad de la operación, pues se desconoce su origen.¹⁰⁷⁰

Este indicio puede aparecer bajo diferentes disfraces. A veces lo hace con una apariencia que podríamos llamar *pura*, en la que se afirma falsamente que el precio se entrega en numerario o en especie, según la forma convenida, en el mismo acto contractual. Pero hay otras coberturas para el mismo indicio. Tal ocurre cuando el precio no se entrega en la forma expuesta, pero se hace aparecer que se lo compensa con otra obligación que tenía quien debía recibirlo, para con el obligado a entregarlo; o bien, cuando se acuerda el pago diferido del precio,¹⁰⁷¹ siempre, claro está, que se demuestre que el acuerdo es sólo

¹⁰⁶⁴ RJ 2003/622.

¹⁰⁶⁵ RJ 2001/3438.

¹⁰⁶⁶ RJ 2005/1874.

¹⁰⁶⁷ RJ 2006/1960.

¹⁰⁶⁸ RJ 2007/85.

¹⁰⁶⁹ RJ 2007/6490.

¹⁰⁷⁰ CNCiv, Sala A, 28/3/94, *ED*, 158-595; *id.*, Sala C, 10/11/71, *ED*, 40-517 y *JA*, 1976-I-109; *id.*, *id.*, 6/5/82, *ED*. 100-215. En S. CIFUENTES: *Op. cit.*, *Negocio jurídico...*, p. 662, nota 136.

¹⁰⁷¹ Estas dos modalidades son presentadas como indicios autónomos por MUÑOZ SABATÉ (12. *Compensatio* y 13. Precio diferido), no obstante lo cual reconoce que son variantes de su indicio 12. *Pretium Confessus* (*Op. cit.*, *La prueba...*, pp. 316-323).

aparente, porque un diferimiento de esta clase suele ser normal en el tráfico jurídico. Es más, alegarlo puede resultar un *boomerang*, porque dadas las circunstancias, podría estimárselo excluyente de simulación, como ocurrió en el caso de la sentencia de la Sala B de la CNCiv argentina, de 16 de octubre de 1967,¹⁰⁷² que desestimó la simulación por la poca significación de la parte del precio que se declara entregada en relación con la importancia del monto diferido, siendo que en los casos de simulación la entrega suele ser por el total o por parte importante del precio.

Finalmente, es cierto es que en muchas ocasiones el no pago del precio declarado tiene motivaciones inocentes o corresponde *bona fide* a realidades que sólo están temporalmente desfasadas, como cuando se lo declara entregado en el acto de celebración del contrato, cuando en realidad se lo hizo con anterioridad. Pero, aun admitiendo que esta falsa declaración pueda ser inocente, el hecho de que el falseamiento de la verdad no tenga como propósito el perjuicio de terceros, como oportunamente se señaló, no excluye técnicamente la figura de la simulación; simplemente la hace jurídicamente intrascendente.

5) Falta de capacidad económica suficiente para atender a las prestaciones del contrato.

En relación con este indicio el Tribunal Supremo ha dicho que “hay que partir en primer lugar y necesariamente de la precaria situación económica de los demandados, y del endeudamiento de los mismos” (S. 976/1998 de 27 de octubre);¹⁰⁷³ y tomado en cuenta la insuficiente capacidad económica del demandado (...) para la compra de los inmuebles” (S. 208/2007 de 22 de febrero);¹⁰⁷⁴ “que doña (...) reconozca al otorgar la escritura de poder que es de

¹⁰⁷² RJAL n° 129, p. 718 y ss.

¹⁰⁷³ RJ. 1998/8256.

¹⁰⁷⁴ RJ. 2007/1478.

profesión estudiante, sin que se le conozcan ingresos para hacer frente al pago de la renta” (S. 1027/2007 de 11 de octubre).¹⁰⁷⁵

6) Falta de movimientos en las cuentas de las partes.

Muñoz Sabaté cita al efecto varias sentencias de tribunales argentinos, en los que se aprecia como indicios sospechosos de simulación el que ni la vendedora ni la compradora hayan hecho pasar por los bancos la suma considerable del negocio (Cámara Civil 2ª, Capital Federal, 24 de julio de 1936, RJAL, n° 3, p. 468); “que el actor no haya demostrado el movimiento de dinero a que debió dar lugar la adquisición del vehículo” (Sala A de la Cámara de Apelaciones de la Capital Federal 17 de agosto de 1961); que se afirme que la cantidad tan importante de dinero que fue entregado, la tenía guardado en la casa (Cámara Civil 2ª., Capital Federal, 2 de mayo de 1941, RJAL, n° 22, p. 898; Cámara Nacional Civil, Sala A, 25 de abril de 1967, RJAL n° 128, pp. 128 y ss; Cámara de Apelaciones de La Plata, 31 de julio de 1939, RJAL n° 15, p. 741; Cámara Civil 2ª, Capital Federal, 23 de marzo de 1936, RJAL n° 2, p. 98); el que se hayan conservado sumas tan importantes de dinero sin invertir y devengar intereses (Cámara de Apelaciones de la Capital Federal, Sala A, 7 de agosto de 1961, RJAL, n° 104); que el dinero no se haya depositado en un banco, a pesar de que el demandado tiene varias cuentas a su nombre en distintos bancos y Cajas de ahorro (Cámara Civil 2ª, Capital Federal, 15 de diciembre de 1942, RJAL n° 29.

En contrario, también se refiere a algunos fallos en los que, por el escaso valor de las operaciones en cuestión o los hábitos de los involucrados, no se han

¹⁰⁷⁵ RJ 2007/6490. Comentando la jurisprudencia argentina, S. CIFUENTES (*Op. cit.*, *Negocio jurídico...*, pp. 662) alude a este indicio junto con otros que se refieren a “la situación patrimonial de las partes y la incongruencia que al respecto presenta el negocio, así como al desequilibrio de las prestaciones” (incapacidad económica del adquirente; desprendimiento de todos los bienes o de bienes necesarios del enajenante; ausencia de razones para cederlos; precio vil; falta de fondos para pagarlos; ignorancia del destino o bien del origen de esos fondos, etc.); y cita al efecto la siguiente jurisprudencia de ese país: CNCiv. Sala A, 24/12/58, LL, 94-170; íd., íd., 25/4/67, ED, 31-106; íd., Sala B, 21/3/55, LL, 79-41; íd., Sala C, 16/7/62, JA, 1963-I-366; íd., íd., 29/8/68, ED, 31-104; íd., Sala D, 17/12/53, LL, 73-514; íd., Sala F, 29/9/64, JA, 1965-III-400; íd., íd., 17/2/66, ED, 13-829; Capel Dolores, DJBA, 1944-VII-99; CCiv 1ª Cap, 8/9/38, JA, 67-827.

tenido como indicios de simulación. Así, no se consideró relevante que la persona no haya retirado de un banco la suma poco considerable de que se trataba, pues nunca tuvo una cuenta corriente bancaria (Cámara Civil 1ª, Capital federal, 11 de marzo de 1938, RJAL, n° 9, p. 846); que la “condición de prestamista hace factible que tuviera sumas de dinero no justificadas en su poder” (Cámara Nacional Civil, Sala F, 30 de julio de 1964, RJAL, n° 16, p. 476); la falta de confianza de los campesinos en las instituciones bancarias, que hace que no depositen sus dineros en ellas (Cámara 1a. de Apelaciones de Córdoba, 7 de agosto de 1936, RJAL n° 3, p. 676).

7) Ausencia de posesión o tenencia del bien por quien debía poseerlo o tenerlo en virtud del negocio.

Lo normal en los negocios translaticios verdaderos, como la compraventa, la permuta, el aporte por suscripción de capital en las sociedades, etc., es que una vez perfeccionados, el adquirente entre en posesión del bien para obtener lo más pronto posible las ventajas prácticas de esa posesión, que son, en último término, las que le impulsaron a la celebración del negocio. Algo similar ocurre en negocios constitutivos de derechos reales como el usufructo, respecto de la tenencia de la cosa fructuaria, y en los contratos de arrendamiento tratándose del uso de la cosa arrendada.

Por ello, por lo menos a primera vista, no hay razones lógicas para que el vendedor, el nudo propietario o el arrendador continúen en el disfrute de la cosa vendida, constituida en usufructo o dada en alquiler, por lo que es muy explicable que situaciones como estas despierten en el juzgador fundadas sospechas de simulación en tan extraños negocios.

Adviértase, sin embargo, que esas solas circunstancias no son siempre ni necesariamente, indicios de negocio simulado. En efecto, bien podría tratarse de uno de aquellos casos que los romanos llamaron *constitutum possessorium*, modalidad de *traditio* en la que el tradente, vendedor y antiguo propietario, por ejemplo, continua en poder de la cosa transferida pero a un título diferente,

digamos que como arrendatario.¹⁰⁷⁶ Esta es una operación irreprochable, que nada tiene de extraño y normalmente deberá quedar exenta de sospechas. Pero si las circunstancias que entornan al negocio la hacen ver anómala, inusual, sin una correspondencia útil para quien no llega a tener la cosa debiendo tenerla, entonces tenemos un indicio capaz de *estimular el pensamiento del juzgador* (para emplear nuevamente la bella figura de Muñoz Sabaté), y conducirlo a la presunción de simulación.

El Tribunal Supremo lo ha estimado precisamente así en numerosas oportunidades, cuando se han presentado indicios como “la continuidad de la posesión del inmueble por la vendedora” (TS. 816/1997 de 30 de septiembre);¹⁰⁷⁷ “que los bienes cuya propiedad aparentemente se han transmitido, de hecho, siguen siendo disfrutados por quienes formalmente los transmitieron” (ST. 871/2000 de 3 de octubre);¹⁰⁷⁸ “la evidencia de que la finca siguiese figurando a nombre del padre y ocupada por la madre, ya que los compradores en ningún momento habían tomado posesión de la misma” (TS. 1245/2000 de 29 de diciembre);¹⁰⁷⁹ “el no haber habitado nunca el actor la vivienda litigiosa” (T.S. 695/2002 de 10 de julio);¹⁰⁸⁰ “la falta de cambio real de la situación posesoria” a pesar de la compraventa (TS. 797/2005 de 20 de octubre);¹⁰⁸¹ la continuación de los donantes “en el uso de los bienes donados en igual forma que lo venían haciendo con anterioridad” (TS. 1253/2006 de 4 de diciembre);¹⁰⁸² “la permanencia de sus padres junto con todos sus hijos en la vivienda (...) presuntamente adquirida” por el demandado, agregándose a ello el hecho demostrado que el precio fue pagado por los referidos padres (TS. 208/2007 de

¹⁰⁷⁶ Esta modalidad de constitución posesoria no está contemplada expresamente en el Código civil español, pero la doctrina la sustenta mediante una interpretación *contrario sensu* del artículo 1463 Cc, que se refiere a formas simbólicas de entrega de la cosa vendida (C. LASARTE: *Op. cit.*, *Principios...*, Tomo IV, pp. 30-31).

¹⁰⁷⁷ RJ 1997/6614.

¹⁰⁷⁸ RJ 2000/8133.

¹⁰⁷⁹ RJ. 2001/714.

¹⁰⁸⁰ RJ. 2002/8242.

¹⁰⁸¹ RJ 2006/1960.

¹⁰⁸² RJ 2007/4237.

22 de febrero);¹⁰⁸³ no ha habido siquiera tradición de los bienes aportados a la sociedad patrimonial creada por los cónyuges, quedando estos como poseedores-arrendatarios (TS. 2007/2398 de 27 de abril).

LLambías cita decisiones similares de la jurisprudencia argentina que ha considerado como circunstancias que hacen inequívoca la simulación, “la falta de razonabilidad de la transmisión gratuita de la parte del inmueble que no fue prometida en venta; al no haber hecho tradición de la cosa; el que los actores siguieran comportándose como dueños.”¹⁰⁸⁴

8) La época de celebración del contrato.

Este indicio se pone de manifiesto, algunas veces, con la sospechosa proximidad existente entre la celebración del negocio simulado y el acontecimiento que se pretende evitar o subsanar, que en la mayor parte de los casos, sobre todo si se trata de simulación absoluta, es la ejecución por parte de los acreedores; y en otras ocasiones, con la inusual rapidez con que se celebra el negocio simulado.

De este tipo son la venta que hace el padre a su hijo (...) luego de agotada la vía amistosa intentada por su acreedor para el pago de la deuda vencida y a punto de iniciarse el juicio en su contra (TS. 1991/1590 de 22 de febrero); la celebración del supuesto contrato de trabajo luego de que la recurrente había agotado todo el período que le correspondía cobrar por prestación de desempleo” (AP. Barcelona, 9 de mayo de 2000);¹⁰⁸⁵ los negocios de venta, aporte a sociedad y adjudicación de varias fincas registrales, que provocaron la insolvencia de los demandados, y cuya nulidad se pretende, se llevaron a cabo poco tiempo después de que se suscribiese con la Caja de Ahorros actora, el contrato de otorgamiento de una línea de descuento en que esta funda su pretensión (TS.

¹⁰⁸³ RJ 2007/1478.

¹⁰⁸⁴ C. Civ. Sala A, ED 31-107 y C. Civ. Sala D, ED 53-167; cit. por J. J. LLAMBÍAS: *Op. cit.*, *Código civil anotado...* Tomo II-B, p. 135, Nos. 14 y 20.

¹⁰⁸⁵ ARP 2000/610.

871/2000 de 3 de octubre);¹⁰⁸⁶ el mismo día de la escritura pública de permuta suscrita entre don Juan Antonio y doña Antonia, y que se acusa de simulada, don Juan Antonio hipotecó el chalé sobre el que tenía sólo la nuda propiedad y en la escritura de constitución de hipoteca compareció la usufructuaria vitalicia doña Antonia renunciando a su usufructo (TS. 1063/2000 de 13 de noviembre);¹⁰⁸⁷ “la inmediatez de fechas entre la transmisión y el vencimiento de letras de cambio de que era avalista el transmitente” (TS. 797/2005 de 20 de octubre);¹⁰⁸⁸ la coincidencia de que el otorgamiento de la escritura de venta de la “casa pairal” hecha por el causante, y que se acusa de simulada por encubrir una donación, vino seguida, en la misma fecha y Notaría, por el otorgamiento del último testamento válido del causante en el que nombró heredero universal a su hijo y supuesto comprador (TS. 86/2007 de 5 de febrero);¹⁰⁸⁹ la constitución de la sociedad a la que se hizo el aporte simulado tiene lugar sólo cinco meses de haberse constituido los aportantes como fiadores solidarios de la empresa deudora de la Caja demandante. (TS. 2007/2398 de 27 de abril); la proximidad temporal de las fechas de las escrituras de venta cuya simulación se acusa y de los impagos de las cuotas de los contratos de arrendamiento financiero de los cuales los vendedores eran garantes solidarios (TS. 1072/2007 de 5 de octubre);¹⁰⁹⁰ el que la fecha del contrato de arrendamiento, “aunque no pueda tenerse por indubitada, sea posterior al momento en que el propietario otorgó escritura pública de emisión de obligaciones hipotecarias sobre esa misma finca, cuyo disfrute se mantenía así indemne a la acción de los acreedores” (TS 1027/2007 de 11 de octubre).¹⁰⁹¹

En otras ocasiones el transcurso del tiempo opera con un efecto de convicción inverso, porque el juzgador afinca la sospecha de simulación en la circunstancia de haber transcurrido un tiempo considerable para la celebración de

¹⁰⁸⁶ RJ 2000/8133.

¹⁰⁸⁷ RJ 2000/9213.

¹⁰⁸⁸ RJ 2006/1960.

¹⁰⁸⁹ RJ 2007/785.

¹⁰⁹⁰ RJ 2007/6801.

¹⁰⁹¹ RJ 2007/6490.

contrato, como ocurrió en el caso resuelto el 24 de junio de 1991 (TS RJ 1991/4577) en el que el Tribunal Supremo estimó compraventa encubierta o disimulada de una vivienda el contrato que aparecía como cesión de derechos de cooperativista, considerando ostensible evidencia el hecho de que las partes celebraron dicho contrato después de cuatro años de haberse terminado la construcción el edificio, y la vivienda en cuestión no sólo había sido adjudicada por la Cooperativa al cedente, sino que este ya habitaba en la misma cuando se suscribió el contrato.

9) El cambio de lugar de celebración, para el ocultamiento del negocio.

La jurisprudencia ha apreciado este indicio para presumir la simulación, entre otras, en la STS. de 26 de abril de 1956 (Aranz-1576), que valoró el hecho de haberse autorizado la escritura por notario distinto de la residencia de los otorgantes; y SS. AT. Albacete, 7 de marzo de 1958 (RGD 1959, p. 726) y 25 de marzo de 1960 (RGD 1961, p. 995), y AT. Valencia, 4 de abril de 1930 (C.L. n° 18, noviembre 1931); que consideraron como indicio el que los simulantes, interesados en que se ignore el negocio, otorgaron la escritura en un lugar distinto al de sus residencias normales.¹⁰⁹²

10) El silenciamento de las operaciones que podrían dar a conocer la existencia del negocio simulado.

La jurisprudencia ha estimado indicios suficientes el que, para ocultar la enajenación sin un motivo distinto y razonable, los simulantes se comportaron con secretismo y clandestinidad (AT. Albacete, 7 de marzo 1958);¹⁰⁹³ el modo apresurado o clandestino en que se efectuó el contrato (AT. La Coruña, 18 de

¹⁰⁹² En MUÑOZ SABATÉ: obra citada, pp. 358-360. Cita además la S. Cour de Pau, Francia, de 13 de marzo de 1888 (RTDC 1965, 11 cit. por Colombet), en un caso en el que para hacer la emancipación de la hija se había elegido un juez de paz distinto del de su domicilio; y otras argentinas en similar sentido de la Cámara 1ª de Apelaciones de La Plata, Sala 11, de 26 agosto 1946 (RJAL n° 43, p. 797), Juzg. de 1ª instancia de Córdoba, 23 de diciembre 1933 (RJAL n° 6, p. 8) y Juzg. de 1ª Instancia de La Plata, 29 de marzo 1946 (RJAL n° 43, p. 795 y ss).

¹⁰⁹³ RGD 1959, p. 726.

mayo 1960);¹⁰⁹⁴ mantener en el mayor secreto la supuesta venta (AT. Las Palmas de Gran Canaria, 5 de noviembre 1958).¹⁰⁹⁵

Por esta misma razón, la circunstancia de que el negocio impugnado se lleve a efecto con publicidad, a la vista de quienes puedan tener interés en conocer su celebración, deberá estimarse normalmente como un indicio de acción contraria, que descarte la presunción de simulación.¹⁰⁹⁶

11) Notable e injustificado desequilibrio en un contrato sinalagmático.

Ilustra este indicio el caso resuelto por el Tribunal Supremo el 3 de junio de 1967 (Aranz-2981), en el que se trataba de un contrato de arrendamiento muy favorable al arrendatario, por la reducida renta y la facultad ilimitada para subarrendar, lo que le permitía obtener una renta superior en nueve veces a la que el mismo debía pagar; sumado a ello la renuncia del arrendador a toda participación en los beneficios del traspaso. También la injustificada renuncia del comprador a la evicción y saneamiento de los vicios redhibitorios (TS. 9 de mayo 1958, Aranz-1726); o de gratuidad del préstamo (AT. Madrid, 13 de octubre 1954);¹⁰⁹⁷ o el conocido por la AT. de Valencia (S. 30 de septiembre 1955),¹⁰⁹⁸ que estimó simulado un contrato por el que una persona compró unas fincas en 30.000 ptas. y acto seguido otorgó al comprador el derecho de opción por un precio cinco veces superior; o el caso de la compraventa en que el supuesto vendedor tomó sobre sí cargas que son propias y exclusivas del propietario, como la de pagar todos los impuestos, contribuciones, seguro y suministros (TS. 6 de marzo 1962, Aranz-493).

12) Adopción de medidas para asegurar el éxito del propósito simulatorio.

¹⁰⁹⁴ RGD 1961, p. 560.

¹⁰⁹⁵ RGD 1959, p. 166.

¹⁰⁹⁶ Así lo estimó la S. 30 de diciembre 1936 de la Cámara Federal de Bahía Blanca, Argentina (RJAL n° 6, p. 88). En MUÑOZ SABATÉ: obra citada, pp. 362-363).

¹⁰⁹⁷ RGD 1954, p. 474.

¹⁰⁹⁸ C.L. enero 1959, caso n° 9.

Es el caso de la venta simulada de los bienes seguida de un testamento en el que se nombra heredero al mismo comprador (TS. 29 de octubre de 1956), o la permuta de una finca a una sobrina seguida de un legado de la mitad indivisa del mismo inmueble (AT. Valencia, 26 de septiembre 1955).¹⁰⁹⁹

13) Descuido, ignorancia o falta de preocupación en los elementos contractuales, en la observancia de los recaudos y las formas necesarias o respecto de los efectos del negocio.

Se estimó este indicio en el caso del subarrendador que declaró no haber visto nunca a su contraparte (AT. Málaga, 26 de febrero 1968);¹¹⁰⁰ asimismo, en ignorar una persona la solvencia de la sociedad a la que vende por precio aplazado de monto considerable (AT. Barcelona, 12 de febrero 1970);¹¹⁰¹ la falta de una adecuada descripción de los animales materia del contrato de aparcería y de los propietarios de los fundos (Apel. Bolonia, Italia, 26 de abril 1897); la afirmación de que el compareciente actúa como mandatario verbal del vendedor y que luego acompañará el poder, lo que finalmente no se hizo (caso n° 275, C.L. diciembre 1948); o errores de bulto como el reservarse el comprador la suma de \$ 10.000 para pagar la hipoteca con que estaba gravado el inmueble, en circunstancias de que en una escritura ligeramente anterior consta que dicha hipoteca estaba reducida a \$ 6.837 (Cámara Civil 2ª, Capital, Argentina, 2 de mayo 1941, RJAL, n° 22, p. 899).¹¹⁰²

En este sentido el Tribunal Supremo valoró el hecho de que en las escrituras no se liquidaron los impuestos, ni fueron inscritas en el Registro y las entregas de dinero supuestamente entregadas no corresponden, ni por las fechas ni por sus cuantías, con el título dominical básico (TS. RJ 1991/1590 de 22 de febrero); las supuestas deudas en que trata de basarse la existencia de la transferencia de propiedad, “se hallan asentadas sólo en meros documentos

¹⁰⁹⁹ RGD 1955, p. 718

¹¹⁰⁰ Boletín Colegio Abog. Madrid, 1969, n° 2, p. 330.

¹¹⁰¹ RJC 1970, p. 731.

¹¹⁰² Todas en L. MUÑOZ SABATÉ: *Op. cit., La prueba...*, pp. 384 y 385.

privados, sin eficacia para terceros, cuyo supuesto pago se ha producido de manera precipitada” (TS. 871/2000 de 3 de octubre);¹¹⁰³ y, en otra oportunidad, la AP. de Madrid, el que no se pudiera explicar de qué manera se realizó la entrega del capital del préstamo, habida cuenta que la sociedad actora actuaba en nombre de terceras personas y la diligencia adecuada le obligaba a dejar constancia documental suficiente del dinero que le había sido confiado (18 de diciembre de 1998).¹¹⁰⁴

14) Excesivo virtuosismo en la presentación del negocio.

El indicio fue aceptado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de diciembre 1957 (Aranz-3644), en la que, refiriéndose a los contratos simulados, y tratándose específicamente de un contrato de arrendamiento, declaró que “la primorosa confección de su máscara contribuye poderosamente a denunciarlos.” Se trataba, en efecto, de un contrato de arrendamiento suscrito entre una madre y su hijo, como arrendadora y arrendatario respectivamente, que fue cuidadosamente inscrito, de la misma manera prolija en que se extendieron y presentaron a cobro los recibos, y se pagaron puntualmente las rentas, archivando el hijo todos los recibos “mostrando un celo tan exquisito como innecesario”, puesto que bastaba la presentación del último recibo, sin reservas, para acreditar el pago de todas las rentas anteriores, todo lo cual estimó el Tribunal como indicios de preconstitución, porque tan inútil incomodidad sólo puede tener el propósito de desvanecer toda posible sospecha.¹¹⁰⁵

15) Resguardos Inusuales para casos de eventual ingratitud.

Así ocurrió en el caso resuelto en la STS. de 31 de enero de 1955 (Aranz-128), en el que una persona vendió todos sus bienes a una sobrina la que, a la vez, reconoció una falsa deuda con aquél por un valor superior al precio de venta, obligándose a pagarla cuando el acreedor lo exija; o el de la STS de 13 de mayo

¹¹⁰³ RJ 2000/8133.

¹¹⁰⁴ Cit. en la STS. 1967/2002 de 8 de noviembre (RJ 2002/10015).

¹¹⁰⁵ En L. MUÑOZ SABATÉ: *Op. cit., La Prueba...* pp. 371 y 373.

de 1959 (Aranz-1999) en el cual la supuesta compradora pagó solamente la quinta parte del precio, estipulándose una renta vitalicia a favor de la vendedora; o el de la compradora simulada que otorgó testamento abierto instituyendo heredero universal al vendedor, que era su hermano (TS. 29 de diciembre 1949); o reservándose el vendedor el usufructo vitalicio (TS. 23 de junio 1965, Aranz-3986).

16) Posición dominante del actor principal de la simulación con respecto de su cómplice, en contratos en los que normalmente debe existir equiparación.

Esta situación suele presentarse cuando la parte dominante redacta el documento negocial. Al respecto la AT. Madrid resolvió un caso en que el contrato de subarrendamiento, que el arrendatario (que actuó como testafierro), declaró haber otorgado libre y espontáneamente, se había redactado en la misma máquina de escribir del propietario de la finca (26 de febrero 1968);¹¹⁰⁶ y la AT La Coruña sentenció otro en que los recibos de subarrendamiento los suscribía el arrendador y su esposa (23 de mayo 1960).¹¹⁰⁷ El 28 de febrero 1953, el Tribunal Supremo se pronunció sobre un caso en que el supuesto comprador, en realidad donatario, escogió el notario e hizo redactar la escritura sin intervención del simulado vendedor con datos proporcionado únicamente por él. También es un indicio de este tipo el hecho de que el propietario perciba las rentas del subarrendamiento (AT. Madrid, 8 de mayo 1956).¹¹⁰⁸

17. Comportamiento y antecedentes de las partes.

Santos Cifuentes cita como indicios utilizados por la jurisprudencia argentina, el comportamiento de las partes, sus antecedentes y actuación: vida correcta o deshonesto, negligencia probatoria en el proceso, etc.¹¹⁰⁹

¹¹⁰⁶ Boletín Colegio Abog. Madrid 1968, n° 2, p. 330.

¹¹⁰⁷ F.G. 1960, p. 764.

¹¹⁰⁸ RGD 1956, p. 573.

¹¹⁰⁹ S. CIFUENTES: *Op. cit., Negocio jurídico...*, p. 662. El autor cita la siguiente jurisprudencia: CNCiv, Sala A, 24/12/58, LL, 94-170; íd., Sala C, 5/5/55, LL, 80-326; íd., Sala D, 18/2/63, JA, 1963-V-76; íd., íd., 17/12/52, LL, 73-514; íd., íd., 25/7/69, ED, 31-97; íd, Sala E, 20/11/81, L. n°

IV. ESTABLECER SI UN NEGOCIO ES O NO SIMULADO, ES UNA
CUESTIÓN DE HECHO.

Como habrá podido apreciarse por lo dicho hasta aquí, la calificación de la simulación es el resultado de un proceso de valoración en el que se dan cita los elementos esenciales que le dan figura: la existencia de un negocio jurídico sospechoso que se posiciona en el centro de la litis, por un lado; y, por el otro, de manera relevante, la evidencia de un acuerdo simulatorio.

Lo primero suele ser un dato que consta documentado desde el inicio y es el blanco al que apunta la impugnación. Lo segundo, ya se vió, permanece en las sombras, oculto por el designio de sus autores y por lo general sólo puede vislumbrarse a partir de la constatación de un móvil que hace verosímil la simulación y la concurrencia de uno o más indicios que permiten presumir razonablemente su existencia.

En ese proceso de calificación no son necesarias y, por lo mismo, no se producen propiamente reflexiones de derecho. El juez se limita a constatar los hechos que las partes intentan justificar con los distintos medios de prueba. Por ejemplo, se ha agregado al proceso el instrumento en que consta el contrato que se acusa de simulado, está probada documentalmente la relación de parentesco de las partes intervinientes, se justificó con la presentación de estados financieros el mal estado de los negocios del vendedor, los peritos han informado que el precio de venta es groseramente inferior al del mercado, etc. Todos hechos, simplemente, cuyo establecimiento es función soberana y excluyente del juez de la causa y mediante los cuales, aplicando las reglas de la sana crítica, puede formarse finalmente la convicción de que el contrato ha sido simulado, lo que significa dar por cierto un nuevo hecho: el hecho de la simulación. De allí en

272.931, inédito; íd., Sala F, 7/7/82, L. n° 15.627, "Filipelli c/Fuente", inédito; CCivI2ªCap, 22/10/37, LL, 8-328; íd, 30/5/49, LL, 58-877; íd., 23/3/50, LL, 60-250.

adelante vienen las reflexiones de derecho para derivar, a partir de aquel hecho, las consecuencias jurídicas correspondientes.

Siendo así las cosas, la calificación de negocio simulado se queda congelada en el nivel de los jueces de instancia y no puede ser modificada por la función casacional del Tribunal Supremo, cuyo cometido se limita al control de legalidad de la sentencia inferior.

El Tribunal Supremo ha mantenido una línea invariable de jurisprudencia en este sentido,¹¹¹⁰ que se puede sintetizar en los siguientes criterios:

1) Es facultad peculiar del juzgador de instancia la estimación de los elementos de hecho sobre los que ha de basarse la declaración de existencia de la causa o de su falsedad o ilicitud (SS. de 20 de octubre de 1966, 11 de mayo de 1970, 11 de octubre de 1985, 21 de julio de 1998, 31 de diciembre de 1999 y 553/2000 de 6 de junio).

2) La simulación es una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación de los jueces de instancia (SS. de 3 de junio de 1953, 23 de junio de 1962, 20 de enero y 3 de junio de 1968, 17 de noviembre de 1983, 14 de febrero de 1985, 5 de marzo de 1987, 1 de julio y 16 de septiembre de 1988, 12 de diciembre de 1991, 29 de julio de 1993, 550/1997 de 19 de junio y 553/2000 de 6 de junio)

3) Consecuentemente, la apreciación de la existencia o no de la simulación contractual (absoluta o relativa), en cuanto integrante de una cuestión de hecho, es de la exclusiva incumbencia de los juzgadores de instancia, cuya apreciación probatoria ha de ser mantenida en casación en tanto la misma no sea desvirtuada por medio impugnatorio adecuado para ello (SS. de 6 de marzo de 1999 y 553/2000 de 6 junio).

4. Sin embargo, hay dos situaciones que competen al control de la casación:

¹¹¹⁰ La jurisprudencia chilena mantiene la misma doctrina y ha dicho, por ejemplo, que “la determinación de quien tiene el carácter de interpósita persona constituye un hecho de la causa sobre cuya existencia o inexistencia deben pronunciarse los jueces sentenciadores, en términos definitivos, apreciando con sus facultades privativas los diversos antecedentes probatorios allegados al proceso” (Corte Suprema de Chile, 29 de noviembre de 1929. G. 1929, 2º sem., Nº 36, p. 190. R. t. 27, sec. 1ª, p. 656. En *Repertorio...*, p. 431).

a) La sumisión a la lógica de la operación deductiva, de modo que exista el enlace preciso y directo que es obligatorio en toda presunción, como dijo, por todas, la sentencia de 23 de abril de 1980.¹¹¹¹ Sólo cuando la presunción “sea irrazonable, por faltar notoriamente el enlace preciso y directo requerido en el artículo 1253 del Código Civil (LEG 1889, 27) puede ser casada la sentencia de instancia”, se resolvió en las sentencias de 19 de julio de 2002¹¹¹² y 16 de junio de 2005;¹¹¹³ y,

b) De manera excepcional, agregó la sentencia de 23 de abril de 1980, el caso en que existiendo aquel enlace lógico, el juez de instancia no haya aplicado la prueba indiciaria; porque –declaró la S. de 5 de junio de 1986-¹¹¹⁴ “si bien por regla general no se infringe el art. 1253 cuando el juez no utiliza el medio indirecto de las presunciones, no lo es menos que por excepción cuando un hecho se tenga por completamente acreditado y de él se infiera con la fuerza lógica que la Ley exija la realidad de otro, si el Tribunal así no lo reconoce, cabe la denuncia de la infracción de tal precepto, siempre que se trate de materia discutida en el período expositivo del juicio (...)”-SS. 18-3-1993;¹¹¹⁵ 16-9-1995 (sic); 22-10-1995 (sic); 19-3-1999;¹¹¹⁶ 23-7-1999 (RJ 1999, 6096); 27-1-2000 (RJ 2000, 127); 25-10-2000 (RJ 2000,8549); 21-11-2000 (RJ 2000,9347); 5-3-2001 (RJ 2001, 3972); 16-2-2002 (RJ 2002,1621).”

¹¹¹¹ RJ 1980/1532.

¹¹¹² RJ 2002/ 8547.

¹¹¹³ RJ 2005/4277.

¹¹¹⁴ RJ 1986/3291.

¹¹¹⁵ RJ 1993/2024.

¹¹¹⁶ RJ 1999/1860.

Conclusiones

Al plantearme el presente trabajo me parecían claras algunas hipótesis que, aunque no propuestas formalmente como puntos de arranque, tendrían que orientar, como en efecto lo han hecho, el curso de su desarrollo, en la búsqueda de respuestas a las muchas dudas que todavía persisten en el tema de la simulación, a pesar del importante tratamiento de que ha sido objeto por alguna legislación positiva y, sobre todo, mucha doctrina y jurisprudencia.

Aspectos si se quiere tangenciales pero de singular relevancia en su construcción teórica, como la exigencia de seriedad en la manifestación de la voluntad y el modo en que este factor incide en la naturaleza jurídica de la simulación. Otros, propios de la sustancia de la simulación o de sus contornos adjetivos, como el perfil elusivo del *concilium fraudis*, propuesto por alguna doctrina como entidad autónoma y por otras como elemento estructural del propio negocio simulado; los efectos de este instituto, ligados, por una parte, al debate sobre el tema de la existencia y la validez de los negocios jurídicos, en general, y, por otra, a la relación de las personas con el negocio simulado, en particular; su discutida aplicación a ciertos negocios jurídicos, como el testamento y el matrimonio; la naturaleza declarativa de certeza mixta de la acción simulatoria y las particularidades de su legitimación tanto activa como pasiva, las dificultades que presenta la prueba de la simulación y las concesiones que deben hacerse en esta materia para proteger los intereses de terceros de buena fe, etc., son cuestiones que inicialmente tenían forma de dudas metodológicas y que,

avanzada la investigación, parecen encontrar algunas respuestas, que, sometidas como deben estar siempre a la crítica científica, presento ahora a modo de conclusiones.

I. La voluntad que se exige para el nacimiento de un negocio jurídico, debe ser seria, es decir y si se trata de un contrato, manifestada con la intención de obligarse. De no serlo, el negocio técnicamente no existe. Es el caso clásico de los contratos que se celebran en ejercicios académicos y en general de todos los que se proponen simplemente con *animus jocandi*. Siendo así, los negocios realizados con una voluntad carente de seriedad, no están amparados por el principio de la eficacia presunta o de preservación del negocio, y no se requiere, al menos en principio, un pronunciamiento judicial sobre su inexistencia, a menos que muestren una apariencia de seriedad que haga necesario o conveniente ese pronunciamiento.

II. No obstante y precisamente por efecto de esa apariencia, la mayor parte de la doctrina jurídica suele tratar esta manifestación anómala de la voluntad como una hipótesis de nulidad, lo que ha sido el predicamento uniforme del Tribunal Supremo y de un sector importante de los autores españoles.

III. En toda simulación es ostensible la falta de seriedad de la manifestación de la voluntad correspondiente al negocio simulado, pues las partes no tienen la intención de obligarse en la forma que allí lo exponen. Se produce entonces una clara incongruencia entre aquello que realmente quieren y lo que manifiestan querer. De allí que tradicionalmente se la haya presentado como uno de los casos más típicos de discordancia entre la voluntad real y la voluntad declarada. Detenidos en este punto, no me parece consistente la tesis que niega la discordancia anotada, para proponer que en la simulación existe una divergencia entre dos voluntades concordes, de manera que los simuladores quieren el negocio pero no sus efectos (Trabucchi); o, como lo expresa Ferri, que existe en

ella una declaración querida con efectos no deseados; o que se trata de un negocio querido pero sólo como apariencia para obtener un fin que no es el suyo (Grasetti y Mosset Iturraspe). La cuestión, a mi modo de ver, no consiste en saber si se quiere la declaración, sino si se quiere el negocio con los efectos que le son propios.

IV. La esencial discordancia a que me refiero tiene una proyección concreta y directa en la causa del contrato simulado, al que las partes le atribuyen efectos jurídicos que no corresponden a la realidad querida, configurándose una hipótesis de falsa causa que ha servido de fundamento para que la doctrina y sobre todo la jurisprudencia nacionales, vengán sosteniendo con bastante regularidad que la simulación es principalmente un vicio de la causa contractual (artículo 1276 CC).

V. Sin embargo, parece cada vez más evidente que, bien miradas, las tradicionalmente encontradas doctrinas de la voluntad y de la causa no son contradictorias, sino que más bien se complementan para dar lugar a una tesis de armonización en la que una y otra, voluntad y causa, juegan roles específicos y complementarios (Gagliardo, Lasarte) que robustecen la ineficacia del negocio. La jurisprudencia del TSE no ha desconocido del todo esta perspectiva (p. ej., S. de 13 de octubre de 1987).

VI. Tampoco veo mayor fundamento en la idea de que en la simulación relativa existen dos negocios jurídicos (uno aparente y otro disimulado), tesis que sostiene buena parte de la doctrina francesa, con su particular interpretación acerca de la naturaleza de las contraescrituras (*contre-lettres*) previstas en el artículo 1321 del *Code*. Dos tipos de reflexiones me llevan a esta conclusión: a) Las contraescrituras no son propiamente un negocio jurídico, sino simplemente un medio de prueba que las partes preconstituyen para dejar constancia de su verdadero propósito; y b) El análisis de los distintos elementos del negocio simulado revela que solamente existe uno, que capta la manifestación de

voluntad, la causa y el objeto negociales. No hay en esta figura dos manifestaciones de voluntad, dos causas y dos objetos..

VII. Consecuente con lo anterior, tampoco el acuerdo simulatorio parece ser un negocio jurídico independiente de la misma simulación, cuya función, a juicio de algunos (Mosset Iturraspe), sería la de preparar esta última. Esta tesis es contradictoria con la que sustentan esos mismos autores sobre la existencia de un solo negocio en el caso de la simulación. Creo que el acuerdo simulatorio, pieza vital de la figura, debe presentárselo como un elemento inserto en la propia estructura de la simulación.

VIII. En relación con sus efectos, deben distinguirse aquellos que se refieren al negocio mismo y que tienen que ver con la cuestión de su eficacia; y los que atañen a las personas, según su participación en el negocio simulado. Respecto de lo primero he señalado como, desde un punto de vista teórico, el negocio simulado es inexistente, por falta de voluntad seria, pero que en la disciplina del Código civil español, debe atacárselo por la vía de la nulidad, en sede de la falsedad de la causa (artículo 1276 CC).

IX. La doctrina es relativamente pacífica en el sentido de que *inter partes* debe prevalecer el negocio o la cláusula simulados u ocultos, cuando se trata de la simulación relativa. La razón es simple y ha sido sintetizada con singular claridad por Vidal del Río: “es obvio que las partes no pretenden engañarse a si mismas, pues bien saben lo que quieren hacer.” La lógica no varía para el caso de la simulación absoluta, de manera que no habiendo negocio simulado, lisa y llanamente no existe negocio jurídico alguno.

X. En cuando a los efectos respecto de terceros de buena fe la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que para estos, en principio, solamente existe el negocio simulado o público y por regla general deberán ajustarse a sus efectos.

Mas, si conviene a sus intereses, porque sus derechos derivan del negocio disimulado, o se satisfacen con su reconocimiento, pueden prescindir del simulado y optar por la existencia y eficacia de este último, en el evento de simulación relativa, o simplemente por la ineficacia del disimulado, en el caso de la simulación absoluta. En ocasiones esta regla puede ocasionar conflictos entre terceros de buena fe que defienden, cada uno según sus legítimos intereses, la eficacia de diferentes negocios. En tal caso la mejor doctrina postula que debe prevalecer la defensa del negocio público, con fundamento en la doctrina de la apariencia.

XI. La simulación se ataca mediante una acción personal y declarativa, de certeza positiva y negativa a la vez. Su objeto es la declaración de la simulación del negocio (certeza positiva) y la correspondiente ineficacia negocial (certeza negativa). Se trata de una acción personal y generalmente considerada imprescriptible. La legitimación activa corresponde tanto a las partes cuanto a los terceros perjudicados por la simulación. Respecto de los primeros, tema polémico en otros ordenamientos y cuestionado por algunos autores (Ospina Acosta), el Tribunal Supremo ha negado los intentos de privar de acción a las partes con el pretexto del principio *nemo auditor propriam turpitudem allegans* y de la doctrina *venire contra factum proprium*.

XII. En materia de prueba, la simulación deja ver uno de sus aspectos más interesantes, sobre todo tratándose de terceros de buena fe, porque entre las partes no hay novedades respecto de las reglas generales que rigen el *onus probandi* y el valor de los distintos medios probatorios. En el caso de la simulación alegada por terceros, la necesidad de probar comprende, en primer lugar, la justificación de un motivo que haga verosímil la hipótesis de simulación; y luego, la prueba específica de la simulación negocial. Dada la dificultad que la prueba presenta para terceros, por el especial cuidado que ponen los simuladores en dar verosimilitud a su engaño, se hace particularmente aplicable en este caso, por

una parte, la regla de la prueba dinámica o de facilidad probatoria prevista en el artículo 217.6 LEC; y por la otra, la prueba de indicios respecto de la cual la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo han sido especialmente flexibles.

Bibliografía

Abeliuk Manasevich, René: *La obligaciones*. Tomo I, 4ª edición actualizada. Eds. Temis-Ed. Jurídica de Chile, Bogotá, 2001.

Albaladejo García, Manuel: *Estudio de la jurisprudencia sobre la validez de la escritura de venta simulada para cubrir la forma de la donación disimulada*. En *Actualidad Civil*, N° 15, de 13 al 19 de abril de 1998.

Albaladejo García, Manuel: *La simulación*. Ed. Edisofer, Madrid, 2005.

Albaladejo García, Manuel: *Derecho civil*, T. II (*Derecho de obligaciones*). 13ª edición. Ed. Edisofer, Madrid, 2008.

Alessandri, Arturo y Somarriva, Manuel: *Derecho Civil*, Tomo I, Vol. I (*Parte General*), 3ª edición. Redactado y puesto al día por Antonio Vodanovic Ed. Nascimento, Santiago, 1961. Tomo IV, Redactado y puesto al día por Antonio Vodanovic. Ed. Nascimento, Santiago, 1942.

Alterini, Atilio Aníbal: *Contratos civiles, comerciales, de consumo. Teoría general*. 2ª reimpresión de la 1ª edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005.

Anuario de Derecho civil uruguayo, Tomo XXXVII, Jurisprudencia 2006 sistematizada, por Santiago Carnelli. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007.

Arias Ramos, J., y Arias Bonet, J.A.: *Derecho romano*, Tomo I, 15ª edición. Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1976.

Armenta Deu, Teresa: *Lecciones de Derecho procesal civil*, 4ª edición. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.

Auricchio, Alberto: *La simulazione nel negozio giuridico. Premesse generali*. Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell'Università di Napoli. Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1957.

Barbero, Doménico: *Sistema del Derecho Privado*, Tomos I y II. Traducción de la 6ª edición (Torino 1962), de Santiago Sentis Melendo. Ed. E.J.E.A, Buenos Aires 1967.

Belluscio, Augusto César: *Manual de Derecho de Familia*, Tomo I. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1974.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo: *Comentario a la sentencia de 28 de mayo de 1990, sobre compraventa a plazo y leasing o arrendamiento financiero*. En Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil, N° 23, abril/agosto 90.

Betti, Emilio: *Teoría general del negocio jurídico*. 2ª. Edición, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

Biscaro, Beatriz R. y Santangelo, María Victoria: *Nulidad de matrimonio*. Capítulo XVII de Nulidades de los actos jurídicos (Carlos Ghersi, Director). Ed. Universidad, Buenos Aires 2005.

Boffi Boggero, Luis M.: *Tratado de las obligaciones*, Tomo 4. Ed Astrea, Buenos Aires, 1977.

Bonnetcase, Julien: *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II (Derecho de las Obligaciones, de los Contratos y del Crédito). Ed. Cajica, México, 1945.

Borda, Alejandro: *La teoría de los actos propios*, 4ª edición, Ed. LexisNexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005.

Borda, Guillermo A.: *Manual de Derecho de familia*. 10ª edición actualizada, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1993.

Brugi, Biagio: *Instituciones de Derecho Civil*. Traducción de la 4ª edición italiana, Ed. Hispano Americana, México, 1955.

Bustamante Salazar, Luis: *El interés jurídico como condición de ejercicio de las acciones de suimulación y pauliana y el derecho para deducirla perteneciente a los acreedores posteriores al acto de enajenación del deudor*. En Colección de Estudios de Derecho Civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo (Alejandro Guzmán Brito, Editor científico). Ed. Universitaria de Valparaíso, P.U.C. de Valparaíso, 2008.

Cano Martínez, J. Ignacio: *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*. Ed. Bosch, Barcelona, 2009.

Cárcaba Fernández, María: *La simulación en los negocios jurídicos*. Librería Boch, Barcelona, 1986.

Cardini, Eugenio Osvaldo: *El llamado "vicio de simulación"*. En *Doctrinas esenciales, Derecho Civil, Contratos*, Tomo I (Raúl Tavolari Oliveros, Director). Ed. Jurídica de Chile, Puntotex, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2010.

Cariota Ferrara, Luigi: *Il negozio giuridico, nel Diritto Privato italiano*. Morano Editore, Napoli

Carnelutti, Francisco: *Sistema de derecho procesal civil*, t. IV (Procedimiento de conocimiento). Ed. Uthea Argentina, Buenos Aires 1944.

Carrasco Perera, Angel: *Derecho de contratos*. 1ª edición, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2010.

Castán Tobeñas, José: *Derecho civil*, Tomo II (Derecho de obligaciones). 3ª edición refundida, Instituto editorial Reus, Madrid, 1941.

Castán Tobeñas, José: *Derecho civil español común y foral*. Tomo I, Vol. II. 15ª edición revisada y puesta al día por Antonio M. Román García. Ed. Reus S.A., Madrid, 2007.

Cerdá Olmedo, Miguel: *Nemo auditur propiam turpitudinem allegans*. En Revista de Derecho Privado, diciembre 1980.

Chiovenda, José: *Principios de Derecho procesal civil*, t. II. Traducción española de la 3ª edición italiana. Ed. Reus. Madrid, 1925 (versión digitalizada de la Biblioteca Jurídica Argentina).

Cifuentes, Santos: *Negocio jurídico*. 2ª edición. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004.

Claro Solar, Luis: *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, Tomo Undécimo (De las Obligaciones II). Edición facsímil, Ed. Jurídica de Chile, Santiago 1979.

Colin, Ambrosio y Capitant, H.: *Curso elemental de Derecho civil*. Tomo primero. Traducción de la última edición francesa, por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Ed. Reus, Madrid, 1922.

Contreras Restrepo, Gustavo, Tafur González Alvaro y Castro Guerrero, Arturo: *Código Civil comentado*. Ed. Leyer, Bogotá, 2006.

Cornet, Manuel: *Simulación del acto jurídico*. En Libro homenaje a Fernando Vidal Ramírez, Tomo I. Ed. Idemsa, Lima, 2011.

Coronel Jones, César: *La simulación de los actos jurídicos*. Ed. Nomos, Bogotá, 1989.

Couture, Eduardo J.: *Fundamentos del Derecho procesal civil*, 4ª edición. Ed. B de F, Montevideo 2007.

Coviello, Nicolás: *Doctrina general del Derecho civil*, Valetta Ediciones, Buenos Aires, 2007.

Crovi, Daniel: Comentarios al Capítulo I, *De la simulación en los contratos*. En Código Civil Comentado (Julio César Rivera y Graciela Medina, Directores). Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005,

Cuerpo de Derecho civil romano (*Corpus iuris civilis*). Publicado por Kriegel, Herman y Osenbruggen. Notas de D. Ildelfonso L. García del Corral. Ed. Jaime Molinas, Barcelona, 1889. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2004.

Dagot, Michel: *La simulation en Droit privé*. Ed. Pichon et Durand-Auzias, París, 1965.

De Castro y Bravo: *Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil*. Tomo X (El Negocio Jurídico). Edición facsímil de la edición original de 1971. Ed. Civitas, Madrid, 1985.

De la Iglesia Monje, María Isabel: *Nulidad del matrimonio de complacencia como supuesto de reserva mental*. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 724, Marzo 2011.

De los Mozos, José Luis: *El negocio jurídico (Estudios de derecho civil)*. Ed. Montecorvo S.A., Madrid, 1987.

De Ruggiero, Roberto: *Instituciones de derecho civil*. Tomo Primero. Traducción de la 4ª edición italiana. Instituto Editorial Reus, Madrid,

Devis Echandía, Hernando: *Teoría general de la prueba judicial*, T. I y II, 5ª edición. Ed. Temis, Bogotá, 2006;

Devis Echandía, Hernando: *Nociones generales de Derecho procesal civil*, 2ª edición, Ed. Temis Bogotá, 2009

Díez-Picazo, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I (Introducción Teoría del Contrato). 6ª edición. Ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2007.

Díez Picazo, Luis y Gullón, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I. 11ª edición. Ed. Tecnos, Madrid, 2003;

Díez Picazo, Luis y Gullón, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II. 5ª reimpresión de la 9ª edición de 1991, Ed. Tecnos, Madrid 2005.

Domínguez Benavente, Ramón y Domínguez Aguila, Ramón: *Derecho Sucesorio*, Tomo I, 2ª edición. Ed. Jurídica de Chile, Santiago 1998.

Emiliani Román, Raimundo: *Conferencias de obligaciones*. Ed. Temis, Bogotá, 1980.

Enneccerus Ludwig, Kipp Theodor y Wolff, Martin: *Tratado de Derecho civil*, Primer Tomo, Vol. II. Traducción de la 39ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer. Ed. Bosch, Barcelona.

Espinoza, Galo: *Diccionario de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Ed. Don Bosco, Quito.

Ferrara, Francesco: *La simulación en los negocios jurídicos*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1960.

Ferri, Luigi: *Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho civil. Traducción de Nélvor Carreteros Torres*. Ed. Andrés Bello, 2006.

Fissore, Diego: Comentario a los artículos 973 a 1036 del Código civil argentino. En *Código civil comentado* (Julio C. Rivera y Graciela Medina, directores), Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2005.

Fueyo Laneri, Fernando: *Algunos aspectos del negocio fiduciario*. En *Doctrinas esenciales, Derecho Civil, Contratos*, Tomo II (Raúl Tavorari Oliveros, Director). Ed. Jurídica de Chile, Puntotex, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2010.

Galgano, Francesco: *El negocio jurídico*. Trad. de Francisco Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albertosa. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1992.

Gangi, Calógero: *Derecho matrimonial*. Traducción de la 3ª edición. Ed. Aguilar, Madrid, 1960.

García Gómez, Ramón: *Simulación y fraude de derechos legitimarios*. En *Actualidad Civil*, N° 2, enero 2007.

García Vázquez, Sonia y Goizueta Vértiz, Juana: *El "ius connubii" como elemento de controversia constitucional en el marco del derecho de extranjería: la inconstitucionalidad de los controles sistemáticos por razón de nacionalidad*. ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/7421/1/ad_12_art_22.

García Zúñiga, Rocío: *Los matrimonios de conveniencia como fraude de ley*. Ponencia presentada a la I Jornada de Derecho de familia internacional. "La adopción internacional y los matrimonios de conveniencia." Facultad de Derecho de A Coruña, 6 y 7 de abril de 2006. www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=294 - España

Garibotto, Juan Carlos: *Teoría general del acto jurídico*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991.

Gaudemet, Eugène: *Teoría General de las Obligaciones*. (Traducción y notas por Pablo Macedo). Primera edición en español, Ed. Porrúa, México, 1974.

Gete Alonso, María del Carmen: *Teoría general del contrato*. En Puig I Ferriol Lluís, Gete-Alonso y Calera María del Carmen, Gil Rodríguez Jacinto, Hualde Sánchez José Javier: *Manual de Derecho civil*, II (Derecho de Obligaciones, Teoría general del contrato), 3ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.

Gherzi, Carlos A. (Director): *Nulidades de los actos jurídicos*. Ed. Universidad, Buenos Aires, 2005.

Gimeno Sendra, Vicente: *Derecho Procesal Civil, Tomo I (El proceso de declaración. Parte general)*. 3ª edición, Ed. Colex, Madrid, 2010.

Guerrero, Mario: *La simulación en el Derecho Civil colombiano*. Ed. Máxima, Bogotá, 1957.

Guzmán Brito, Alejandro: *Derecho Privado romano*, Tomos I y II. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

Hernández Caballero, María José: *El ejercicio del ius connubii por parte de los no nacionales. El matrimonio simulado*. En *Actualidad Civil* N° 17 - 1ª quincena de Octubre de 2005.

- Ihering, Rudolph von: *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Ed. Comares, 1998, p. 992.
- Josserand, Louis: *Derecho civil*. Revisado y completado por André Blum. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Ed. Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía., Buenos Aires, 1951.
- Lacruz Berdejo, José Luis *et al*: *Elementos de Derecho civil*. Tomo III, Volumen Primero. Ed. Dykinson, Madrid, 2007.
- Lafont Pianetta, Pedro: *Manual de Derecho Privado Contemporáneo*. 1ª edición, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2006
- Larrea Holguín, Juan: *Derecho civil del Ecuador*. Tomo VIII. *Derechos reales*. 1ª edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1995.
- Lasarte, Carlos: *Principios de Derecho Civil I*. (Parte general y Derecho de la persona). 15ª edición. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.
- León, Leysser L.: *Apuntes sobre el papel de la voluntad en los negocios jurídicos*. En Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código civil italiano. 2ª edición, ARA editores, Lima, 2004.
- Liévano Lacerda, José Ignacio: *Planteamiento acerca del concepto de la simulación*. En Revista de derecho civil. Universidad de los Andes, Facultad de derecho, Bogotá, Vol. I, agosto 1984.
- Llambías, Jorge Joaquín: *Código civil anotado*. Tomo II-B (Hechos y actos jurídicos, actos ilícitos). Reimpresión, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.
- López Santamaría, Jorge: *Los contratos, Parte General*, tomos I y II, 4ª edición, Ed. Jurídica de Chile, 2005.
- Lorenzetti, Ricardo Luis.: *Tratado de los contratos. Parte general*. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2004
- MARIANI DE VIDAL, Marina: *Derechos reales*, Tomo 2. 7ª edición actualizada, Ed. Zavalia, Buenos Aires, 2004.
- Martínez de Aguirre, Carlos: *El nuevo matrimonio civil*. En Novedades legislativas en materia matrimonial (Dir. Carlos Martínez de Aguirre). Estudios de Derecho Judicial, N° 130, Ed. Cendoj, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.
- Martínez Gallegos, Eva María: *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.
- Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Derecho Civil*, Parte Segunda, Vol. I. Traducción de la 1ª. edición. Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1978.

Melich Orsini, José: *Doctrina general del contrato*. 2ª edición, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 1993.

Méndez, Rosa M. y Vilalta, A. Esther: *Acción declarativa de simulación de un contrato*. Acciones civiles, LEC 2000. Biblioteca básica de práctica procesal, Ed. Bosch, Barcelona, 2001.

Messineo, Francesco: *Doctrina general del contrato*, Tomo II. Traducción de R. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Volterra, de la edición italiana de 1948, con notas de Derecho argentino de Vittorio Neppi. Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986.

Mosset Iturraspe, Jorge: *Contratos simulados y fraudulentos*. Tomo I. *Contratos simulados*. Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001.

Mosset Iturraspe, Jorge: *Introducción a la simulación*. En Revista de Derecho Privado comunitario. 2006-1, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

Muñoz Sabaté, Luis: *La prueba de la simulación. Semiótica de los negocios jurídicos simulados*. Ed. Hispano Europea, Barcelona, 1972.

Nicolau, Noemí Lidia: *Fundamentos de Derecho contractual*. Tomo I. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009.

Nieto Blanc, Ernesto E.: *Nulidad en los actos jurídicos*, 2ª edición. Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2005.

Ospina Acosta, Eduardo: *Análisis crítico del tratamiento de la simulación en el derecho colombiano*. En Revista de derecho civil. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, Vol. I, agosto 1984.

Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo: *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Ed. Temis, Bogotá, 2000.

Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo: *Régimen general de las obligaciones*. 8ª edición, Ed. Temis, Bogotá, 2008.

Paillás, Enrique: *La simulación. Doctrina y Jurisprudencia*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1981.

Parraguez Ruiz, Luis: *Manual de Derecho civil ecuatoriano. Derechos reales*, Vol. I. 3ª edición, Ed. U.T.P.L., Loja, 2004.

Pellicanò, Aldo: *Il problema della simulazione nei contratti*. Serie diretta da Francesco Galgano. CEDAM, Padova, 1988.

Perego, Enrico: *La simulazione nel matrimonio civile*. Ed. Dott A. Giuffré, Milano, 1980.

Pérez Gurrea, Rosana: *La donación de bienes inmuebles encubierta bajo la forma de una compraventa otorgada en escritura pública*. En Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 723, enero 2011.

Pizarro Aranguren, Luis: *Acercamiento a los negocios fiduciarios: tratamiento legal al fideicomiso en la legislación peruana*. En *Contratación contemporánea*, T. 2. Ed. Palestra, Lima-Ed. Temis, Bogotá, 2001, p.229.

Planiol, Marcel y Ripert, George: *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Tomo V (Teoría general de los contratos. Contratos especiales), 2ª edición. Ed. Cárdenas, México, 1991.

Pothier, R.J.: *Tratado de las Obligaciones*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1978.

Preciado Agudelo, Darío: *De la simulación*, 2ª edición, Ed. Librerías del Profesional, Bogotá, 1988.

Principios de Derecho contractual europeo. Partes I y I (Los trabajos de la “Comisión de Derecho contractual europeo.” Edición Ole Lando y Hugh Beale. Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz. Ed. Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.

Puig Brutau, José: *Fundamentos de derecho civil*, Tomo II, Vol. I. Ed. Bosch, Barcelona, 1954.

Puig I Ferriol Lluís, Gete-Alonso y Calera María del Carmen, Gil Rodríguez Jacinto, Hualde Sánchez José Javier: *Manual de Derecho civil*, II (Derecho de Obligaciones, Teoría general del contrato), 3ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.

Puig Peña, Federico: *Compendio de Derecho civil español*, T. III, 3ª edición. Ed. Pirámide, Madrid, 1976.

Puig Vilazar, Carlos: *Índice de Procedimiento Civil Ecuatoriano*, Tomo III.”

Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código civil y leyes complementarias, Tomo VI. Tercera edición, Ed. Jurídica de Chile,

Rescigno, Pietro: *Contratto, accordo, convenzione, patto. La terminología legislativa italiana en materia de contratos*. En *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil Italiano* (Selección, traducción y notas de Leysser L. León). 2ª edición, Ed Ara, Lima, 2004.

Revista de derecho civil. Universidad de los Andes, Facultad de derecho, Bogotá, Vol. I, agosto 1984.

Roca Sastre, Ramón Ma.: *Estudios de Derecho Privado*, Vol. I (Obligaciones y Contratos). Ed. Thomson Reuters, 2009.

Rodríguez Grez, Pablo: *Inexistencia y nulidad en el Código civil chileno. Teoría bimembre de la nulidad*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1995.

Rojina Villegas, Rafael: *Compendio de Derecho Civil* T. III (Teoría General de las Obligaciones). 22ª edición. Ed. Porrúa, México 1999.

- Roppo, Vicente: *Divagaciones no muy ortodoxas en materia de contratos*. En Estudios sobre el contrato en general. Por los 60 años del Código civil italiano. (Selección y traducción de Leysser L. León). 2ª edición, Ed. Ara, Lima, 2004.
- Roselló, Gabriela: *Simulación*. En: *Nulidades de los actos jurídicos*, (Carlos A. Ghersi, Director). Ed. Universidad, Buenos Aires, 2005.
- Ruz Lártiga, Gonzalo: *Explicaciones de Derecho civil*. Tomo I. Parte general y acto jurídico. 1ª edición, AbeledoPerrot, Legal Publishing Chile, 2011.
- Santos Briz, J; Sierra Gil de la Cuesta, I; González Poveda, P; Martínez-Pereda Rodríguez, J.M.; Paz Rubio, J.M.: *Tratado de Derecho Civil, Teoría y Práctica*. Tomo III (Derecho de Obligaciones). Ed. Bosch, Barcelona, 2003.
- Satta, Salvatore: *Manual de Derecho procesal civil*, Vol. I. Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972.
- Savigny, Friederich Karl von: *Sistema del Derecho romano actual*. Ed. Comares, S.L., Granada 2005.
- Scialoja, Vittorio: *Negozi Giuridici*. 5ª ristampa, Soc. ed. Foro italiano, Roma, 1950.
- Scognamiglio, Renato: *Contribución a la Teoría del negocio jurídico*. Traducción de Leysser L. León. Ed. Grijley, Lima, 2004.
- Spota, Alberto G.: *Contratos. Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I, Parte general. 2ª edición actualizada y ampliada (Luis F. P. Leiva Fernández, actualizador), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009.
- Stolfi, Giuseppe: *Teoria del negozio giuridico*. CEDAM, Padova, 1947.
- Suescún Melo, Jorge: *Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Tomo I. Reimpresión de la 2ª edición, Ed. Legis, Bogotá, 2004.
- Suescún Melo, Jorge y Suescún de Roa, Felipe: *La simulación*. En *Derecho de obligaciones*, Tomo I (Marcela Castro de Cifuentes, Coord.). Ed. Universidad de los Andes - Temis, Bogotá, 2009.
- Suárez Franco, Roberto: *Derecho de Familia*, Tomo I, Ed. Temis, Bogotá, 1998.
- Terré François, Simler Philippe y Lequette Yves: *Droit Civil. Les obligations*. 10ª edición, Ed. Dalloz, 2009.
- Trabucchi, Alberto: *Instituciones de Derecho Civil*. T. I. Traducción de la 15ª edición. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid.
- Valencia Zea, Arturo: *Derecho civil*, Tomo III, *De las obligaciones*. 5ª edición. Ed. Temis, Bogotá 1978.

Vallet de Goytisolo, Juan Bms.: *Negocios en fraude de ley, simulados, fiduciarios e indirectos*. En Revista Jurídica del Notariado, N° 14, abril-junio 1995, p. 199.

Velásquez Gómez, Hernán Darío: *Estudio sobre obligaciones*. Ed. Temis, Bogotá, 2010.

Vial del Río, Víctor: *Teoría General del Negocio Jurídico*. 5ª edición. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

Vidal Ramírez, Fernando: *El acto jurídico*, 7ª edición. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2007.

Verdera y Tuells, Evelio: *Algunos aspectos de la simulación*. En Anuario de Derecho Civil, Tomo III, Fascículo 1, Enero-Marzo, MCML.

Vodanovic, Antonio: *Manual de Derecho civil*, Segundo volumen (Partes preliminar y general). Ed. Cono Sur, Santiago, 2001.

Von Thur., A.: *Derecho civil*, Vol. III. Traducción de Tito Ravá. Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2005.

Wegmann Stockebrand, Adolfo: *Fiducia cum creditore y simulación. La validez de la venta en garantía*. En Estudios de Derecho Civil III, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2007. Ed. Legal Publishing, Santiago, 2008-

Zanoni, Eduardo A.: *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. 2ª reimpresión, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000.

Zanoni, Eduardo A.: *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tomo I. 3ª edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998.

Códigos y otros cuerpos normativos consultados

Circular 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería, de la Fiscalía General del Estado.

Código Civil de Alemania

Código civil de Argentina

Código Civil de Bélgica

Código Civil de Bolivia

Código Civil de Brasil

Código Civil de Chile

Código Civil de Colombia

Código Civil de Costa Rica

Código Civil de Ecuador

Código Civil de España

Código Civil de Francia

Código Civil de Italia

Código Civil de Japón

Código Civil de México (para el D.F.)

Código Civil de Paraguay

Código Civil de Portugal

Código Civil de Uruguay

Código Civil de Venezuela

Código de derecho canónico

Compilación de Derecho civil foral de Navarra

Constitución española

Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980 (Convención de Viena).

Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera.

Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia.

Ley 26-1988 de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito

Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos

Ley 28/1998 de 13 de julio, sobre venta de muebles a plazo.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley de sociedades de capital (Texto refundido. RDL 1/2010 de 2 de julio).

Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, 2010.

Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (derogado).

Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los estados miembros de la unión europea y de otros estados parte en el acuerdo sobre el espacio económico europeo.

Real Decreto ley 5 /2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)

Resolución del Consejo de la U.E. de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos (97/c 382/01)

Sentencias del Tribunal Supremo consultadas

STS, 1964, de 1 de diciembre
STS, 1968, N° RJ 1968-2479, de 17 de mayo
STS, 1970, N° 1970-4247, de 28 de octubre
STS, 1981, N° 223-1981 de 20 de mayo
STS, 1981, N° 486-1981 de 18 de diciembre
STS, 1982, de 31 de mayo
STS, 1982, N° 315-1982 de 1 de julio
STS, 1984, de 12 junio 1984
STS, 1984, de 28 de junio de 1984
STS, 1986, N° 1986-7432, de 11 de diciembre
STS, 1987, N° 1987-9985, de 13 de octubre
STS, 1988, N° RJ-1988-1607, de 8 de marzo
STS, 1988, N° RJ-1988-3146, de 13 abril
STS, 1988, N° RJ-1988-7746, de 28 octubre
STS. 1988, de 21 de noviembre
STS, 1989, N° RJ 1989-7921, de 29 de noviembre
STS, 1990, N° RJ 1990-2813 de 30 abril
STS, 1990, N° RJ 1990-4092, de 28 de mayo
STS, 1990, N° RJ 1990-10312, de 19 de diciembre
STS, 1991, N° RJ 1991-1590, de 22 de febrero
STS, 1991, N° RJ 1991-4577, de 24 de junio
STS, 1991, N° RJ 1991-7438, de 1 de octubre
STS, 1991, N° RJ 1991-9816, de 14 de mayo
STS, 1992, N° 17353-1992 de 23 de octubre
STS, 1992, N° 17264-1992 de 23 de octubre
STS, 1992, N° 7925-1992 de 23 de octubre
STS, 1992, N° 7924-1992 de 23 de octubre
STS, 1994, N° 585-1994 de 10 de junio
STS, 1994, N° 19335-1994 de 8 de noviembre
STS, 1995, de 12 de julio
STS, 1995, N° 0907-1995 de 23 de octubre
STS, 1996, N° 883-1996 de 31 octubre
STS, 1996, N° 1012-1996, de 2 de diciembre
STS, 1996, N° 1042-1996, de 10 de diciembre
STS, 1997, N° 810-1997, de 19 de septiembre
STS, 1997, N° 816-1997, de 30 de septiembre
STS, 1998, N° 6-1998 de 24 de enero

STS, 1998, N° 381-1998 de 23 de abril.
STS, 1998, N° 374-1998, de 27 de abril.
STS, 1998, N° 870-1998 de 28 septiembre
STS, 1998, N° 976-1998, de 27 de octubre.
STS, 1999, N° 46-1999 de 1 febrero
STS, 1999, N° 146-1999, de 26 de febrero
STS, 1999, N° 146-1999 de 26 de febrero
STS, 1999, N° 145-1999 de 26 de febrero
STS, 1999, N° 142-1999 de 26 de febrero
STS, 1999, N° 296-1999 de 6 de abril
STS, 1999, N° 542-1999, de 15 de junio
STS, 1999, N° 712-1999 de 30 julio
STS, 1999, N° 964-1999, de 20 de noviembre
STS, 2000, N° 67-2000, de 5 de febrero
STS, 2000, N° 176-2000, de 24 de febrero
STS, 2000, de 6 de abril
STS, 2000, N° 428-2000, de 27 de abril.
STS, 2000, N° 553-2000, de 6 de junio
STS, 2000, N° 568-2000, de 9 de junio
STS, 2000, N° 627-2000, de 17 de junio
STS, 2000, N° 871-2000, de 3 de octubre
STS, 2000, N° 1073-2000, de 27 de noviembre
STS, 2001, N° 103-2001, de 12 de diciembre
STS, 2000, N° 1245-2000, de 29 de diciembre
STS, 2001, N° 103/2001 de 12 de febrero
STS, 2001, N° 444-2001, de 8 de mayo
STS, 2001, N° 548-2001, de 28 de mayo
STS, 2001, N° 135-2001, de 12 de junio
STS, 2002, N° 695-2002, de 10 de julio
STS, 2002, N° 1067-2002, de 8 de noviembre
STS, 2003, N° 60-2003, de 5 de febrero
STS, 2003, N° 89-2003, de 13 de febrero
STS, 2003, N° 96-2003, de 6 de febrero
STS, 2003, N° 309-2003, de 1 de abril
STS, 2004, N° 192-2004, de 18 de marzo
STS, 2004, N° 452-2004, de 26 de mayo
STS, 2004, de 10 de junio.
STS, 2004, N° 814-2004, de 26 de julio
STS, 2004, N° 1010-2004, de 29 de octubre
STS, 2004, N° 1065-2004, de 3 de noviembre
STS, 2004, N° 1097-2004, de 11 de noviembre
STS, 2004, N° 1104-2004, de 23 de noviembre
STS, 2004, N° 1120-2004, de 29 de noviembre
STS, 2004, N° 1168-2004, de 3 de diciembre
STS, 2005, N° 64-2005, de 11 de febrero
STS, 2005, N° 94-2005 de 14 de febrero
STS, 2005, N° 465-2005, de 6 de junio
STS, 2005, N° 565-2005, de 4 de julio
STS, 2005, N° 653-2005, de 18 de julio
STS, 2005, N° 613-2005 de 29 de julio
STS, 2005, N° 739-2005, de 18 de octubre
STS, 2005, N° 797-2005, de 20 de octubre
STS, 2005, N° 762-2005, de 25 de octubre
STS, 2005, N° 928-2005, de 21 de noviembre

STS, 2005, N° 749-2005, de 15 de diciembre
STS, 2006, N° 144-2006, de 13 de febrero
STS, 2006, N° 164-2006, de 28 de febrero
STS, 2006, N° 592-2006, de 8 de junio
STS, 2006, N° 645-2006, de 19 de junio
STS, 2006, N° 813-2006, de 18 de julio
STS, 2006, N° 855-2006, de 14 de septiembre
STS, 2006, N° 899-2006, de 18 de septiembre
STS, 2006, N° 976-2006, de 16 de octubre
STS, 2006, N° 988-2006, de 16 de octubre
STS, 2006, N° 1150-2006, de 6 de noviembre
STS, 2006, N° 1253-2006, de 4 de diciembre
STS, 2006, N° 1283-2006, de 7 de diciembre
STS, 2007, N° 1394-2007, de 11 de enero
STS, 2007, N° 2-2007, de 16 de enero
STS, 2007, N° 86-2007, de 5 de febrero
STS, 2007, N° 208-2007, de 22 de febrero
STS, 2007, N° 204-2007, de 26 de febrero
STS, 2007, N° RJ-2007-2398, de 27 de abril
STS, 2007, N° 525-2007, de 18 de mayo
STS, 2007, N° 794-2007, de 27 de junio
STS, 2007, N° 852-2007, de 12 de julio
STS, 2007, N° 1072-2007, de 5 de octubre
STS, 2007, N° 1045-2007, de 5 de octubre
STS, 2007, N° 1027-2007, de 11 de octubre
STS, 2007, N° 1364-2007, de 20 de diciembre
STS, 2008, N° 35-2008, de 23 de enero
STS, 2008, N° 236-2008, de 18 de marzo
STS, 2008, N° 147-2008 de 27 de marzo
STS, 2008, N° 262-2008, de 14 de abril
STS, 2008, N° 341-2008 de 28 de abril
STS, 2008, N° 317-2008, de 5 de mayo
STS, 2008, N° 278-2008 de 06 de mayo
STS, 2008, N° 360-2008 de 07 de mayo
STS, 2008, N° 334-2008, de 14 mayo
STS, 2008, N° 474-2008 de 27 de mayo
STS, 2008, N° 496-2008, de 29 de mayo
STS, 2008, N° 607-2008 de 18 de junio
STS, 2008, N° 640-2008 de 24 de junio
STS, 2008, N° 887-2008 de 06 de octubre
STS, 2008, N° 977-2008 de 17 de octubre
STS, 2008, N° 1088-2008 de 12 de noviembre
STS, 2008, N° 977-2008 de 17 de octubre
STS, 2008, N° 887-2008 de 06 de octubre
STS, 2006, N° 1020-2006 de 20 de octubre
STS, 2008, N° 1080-2008, de 14 de noviembre
STS, 2009, N° 8-2009, de 28 de enero
STS, 2009, N° 287-2009, de 4 de mayo
STS, 2009, N° 378-2009 de 27 de mayo
STS, 2009, N° 363-2009 de 02 de junio
STS, 2009, N° 527-2009 de 2 de julio
STS, 2009, N° 518-2009 de 13 de julio
STS, 2009, N° 746-2009, de 13 de noviembre
STS, 2009, N° 642-2009 de 21 de octubre 2009

STS, 2009, N° 794-2009 de 02 de diciembre
STS, 2009, N° 826-2009, de 21 de diciembre
STS, 2010, N° 25-2010 de 3 de febrero.
STS, 2010, N° 199-2010, de 26 de marzo.
STS, 2010, N° 548-2010 de 16 de septiembre.
STS, 2010, N° 587-2010 de 29 de septiembre.
STS, 2010, N° 5390-201 de 18 de octubre.
STS, 2010, N° 608-2010 de 21 de octubre.
STS, 2011, N° 288-2011 de 13 de julio.
STS, 2012, N° 1066-2012 de 17 de enero
STS, 2012, N° 34-2012 de 27 de enero.
STS, 2012, N° 19-2012 de 31 de enero..
STS, 2012, N° 44-2012 de 15 de febrero.
STS, 2012, N° 139-2012 de 21 de marzo.
STS, 2012, N° 199-2012 de 26 de marzo.
STS, 2012, N° 225-2012 de 4 de abril.

Sentencias de Audiencias provinciales consultadas

SAP Las Palmas, 21 de marzo. 1995.
SAP Burgos, 15 de mayo de 1995:
SAP Cádiz, 12 de junio de 1995.
SAP Palma de Mallorca, 28 de septiembre de 1995.
SAP San Sebastián, 28 de septiembre de 1995.
SAP Santa Cruz de Tenerife, 2 de diciembre de 1995:
SAP Málaga. N° 847-1999, 12 de noviembre (AC 1999-2595)
SAP Girona. N° 14-2003, 20 de enero (AC 2003-17)
SAP Valencia, N° 713-2008 de 13 de noviembre (JUR 2009-61742). Matrimonio simulado
SAP Alicante, N° 345-2010 de 9 de noviembre. Matrimonio simulado