

Algunos aspectos de la simulación

EVELIO VERDERA Y TUELLS

Catedrático de Derecho Mercantil

SUMARIO: I. *Introducción*: 1. *Concepto de la simulación*; 2. *Precisiones terminológicas. La interposición ficticia de persona*; 3. *Función histórica*.—II. *Simulación contractual*: 1. *El problema de la divergencia entre la voluntad y la declaración. Breve esquema doctrinal*; 2. *El negocio simulado*: a) *Concepto*; b) *Elementos. La unidad del proceso simulatorio*; c) *El llamado acuerdo simulatorio*; d) *Fin de engaño*; e) *La cuestión de la simulación genéricamente no reconocible*; 3. *Delimitación de otras figuras afines, especialmente*: a) *De la reserva mental*; b) *De las declaraciones no serias y de los negocios*; c) *Ficticios*; d) *Fiduciarios*; e) *Indirectos*; f) *Fraudulentos*.—III. *Clases de simulación*: a) *Absoluta*; b) *Relativa*; c) *Interposición de persona*.—IV. *Consecuencias jurídicas de la simulación*: 1. *Antes de ser descubierta*; 2. *Después de ser descubierta*: a) *Entre las partes*: a') *Simulación absoluta*; b') *Simulación relativa*; b) *Frente a terceros*; 3. *La acción de simulación*: a) *Concepto y naturaleza*; b) *Fundamento*; c) *Sujetos activos y pasivos*; 4. *Prueba de la simulación*; 5. *Simulación instrumentada en documento público*.

I. La doctrina dominante ha venido construyendo la teoría de la simulación dentro de los límites del campo contractual, encuadrándola en un apartado más de su amplia problemática.

Sin embargo, esta apriorística limitación contrasta con la realidad de los hechos, que nos muestran cómo el imperio de la simulación, producto de un impulso instintivo del hombre, ratificado después racionalmente como eficaz instrumento para la vida en sociedad a que el hombre está llamado, escapa del frondoso árbol de los contratos para irrumpir en el ámbito total de la vida.

Simular equivale, tanto en su origen etimológico como en el lenguaje corriente, a hacer aparecer lo que no es (1), y siendo una de las formas que la mentira reviste, se manifiesta como ésta en todas

(1) Para no citar sino una de las aportaciones ya clásicas y la más reciente referencia a la materia vid. FERRARA, F.: *La simulación en los negocios jurídicos*, Madrid, 1926, pág. 59 y nota 1, y CARIOTA FERRARA, L.: *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Nápoles, 1949, pág. 496.

las esferas de la actividad social (2). Así, toda situación jurídica en que la realidad pueda estar disociada de la apariencia, con un fin de engaño, es campo propicio para la simulación. El hecho, innegable, de que sea en el campo contractual donde este fenómeno reviste mayor importancia, presente aspectos más curiosos y se realice con mayor frecuencia justifica tan sólo el que la doctrina se haya ocupado de la simulación contractual con cierta preferencia, no, en cambio, la exclusión apriorística de otros aspectos no menos interesantes. Los criterios estadísticos no pueden ser decisivos para fijar la naturaleza de una institución.

En otro lugar trataremos alguno de estos aspectos, descuidados quizá por no ajustarse siempre al esquema negocial clásico, al que la doctrina tradicional ha querido en todo caso reconducir la simulación (3)

1. Limitando nuestro estudio dentro del marco del obrar humano, entendemos por simulación la realización de un acto o de un conjunto de actos dirigidos a escindir apariencia y realidad con un fin de engaño. Hay simulación siempre que se produce una disociación de apariencia y realidad con fin de engaño.

Elementos de esta noción son el juego de apariencia y realidad y el fin. La adecuada conjugación de los dos primeros elementos da lugar a tres especies fundamentales de simulación. La pervivencia en todas ellas de un mismo fin de engaño, no necesariamente ilícito, mantiene la unidad esencial del concepto.

La característica más saliente de la simulación es, sin duda, el

(2) BELEZA DOS SANTOS, J.: *A simulação em Direito Civil*, Coimbra, 1921, página 61.

(3) Así, p. ej., FERRARA, loc. cit., pág. 121 afirma que "el terreno en que se mueve la simulación es el de los negocios jurídicos" y más atrás, pág. 60 llega a la conclusión de que "el significado genérico de la simulación, que no llega a darnos una figura propia y autónoma, no tiene interés. Es preciso que estudiemos el concepto con relación a los negocios jurídicos." En una obra muy posterior como es la de BUTERA, A.: *Della simulazione nei negozi giuridici o degli atti in fraudem legis*, Torino, 1936, pág. 90 se dice que "el teatro en que largamente se mueve y obra la simulación es el contractual. La simulación no recae más que sobre los contratos, no en los testamentos y en los negocios jurídicos unilaterales", citándose abundante bibliografía en este mismo sentido, vid. pág. 90, nota 2.

Basta, por lo demás, pasar revista a los estudios sobre simulación para observar como, aun cuando explícitamente no se diga, se ha venido estudiando tan sólo la simulación contractual, reflejándose claramente tal postura en las definiciones propuestas.

Para la teoría tradicional de la civilística francesa que ha venido construyendo, en base del art. 1.321 del C. c., toda la difusa teoría de las *contre-lettres*, puede verse en el sentido apuntado las obras de MILHAUD: *Des actes apparentes et des actes imulés. De la simulation dans les actes juridiques*, Montpellier, 1889; CAZAL: *Etude théorique et pratique sur les actes simulés*, Montpellier, 1897; BARTIN: *Théorie des contre-lettres*, Paris, 1885; PASSAMA: *Simulation dans les actes juridiques*, Toulouse, 1877; FLAVIAN: *Des contre-lettres*, Paris, 1929, etcétera, además de los tratados generales. Como excepción puede citarse la tesis de APÉLLE: *La simulation dans la vie juridique*, Marseille, 1938. Para la aplicación de los principios que exponemos en las páginas que siguen a sector concreto del moderno Derecho mercantil puede verse nuestro estudio *La simulación en la autonomía* en la "Revista de Derecho mercantil": nov-dic. 1941 págs. 349-411.

contraste entre el significado que un acto o conjunto de actos exteriores tienen socialmente, objetivamente, y el que les atribuyen sus actores.

2. El juego de la apariencia y realidad puede dar lugar a las situaciones siguientes, que vamos a precisar porque la terminología jurídica en materia de simulación no es rigurosa ni parece definitivamente fijada: apariencia sin realidad es el acto simulado puramente ficticio; apariencia desfigurando una realidad diferente, enmascaramiento. Así diremos que una suscripción es ficticia cuando, realizada tan sólo en apariencia, no ofrece los caracteres de realidad. Un ejemplo típico del segundo supuesto es el de la venta enmascarando una donación.

La ficción es, pues, en suma, la representación de algo que no existe realmente. El procedimiento de provocar la apariencia de un acto, inexistente realmente, con el fin de que los demás crean en su existencia. En el polo opuesto de esta simulación de carácter privado están las ficciones legales, a través de las que un hecho se supone legalmente existente para atenuar o corregir la norma positiva.

La distinción entre acto simulado y acto ficticio, de amplias repercusiones prácticas, viene a coincidir así con la más usual dentro de la simulación contractual de simulación absoluta (acto puramente ficticio) y simulación relativa (acto simulado).

El que hemos denominado enmascaramiento es el tipo de simulación que mejor se corresponde con la concepción tradicional.

La doctrina francesa ha venido denominando, en una abundante literatura, "contre-lettre" al documento en que se hace figurar que el acto secreto enmascarado por el acto es aparente. En los dominios de la simulación convencional se le ha denominado, más genéricamente, acuerdo simulatorio.

Como complemento de ciertos enmascaramientos, es frecuente la simulación por interposición de persona. Alguien finge estipular un negocio con un determinado sujeto cuando en realidad quiere estipularlo y lo estipula con otro que no aparece. Es el enmascaramiento del acto extendido a los actores, llamado también por ello simulación relativa subjetiva. No todo enmascaramiento, sin embargo, presupone necesariamente la persona interpuesta, prestanombre u hombre de paja. El sujeto que no aparece se suele denominar persona real. La figura, en su conjunto, puede calificarse de interposición ficticia (o simulada) de persona, para distinguirla de la interposición efectiva de persona, que viene a coincidir con la representación indirecta, en la que una persona efectivamente adquiere, o enajena, o hace algo en nombre propio, pero en interés o por cuenta ajena (4).

En el caso de interposición simulada de persona, el negocio se estipula entre dos sujetos (A y B); pero, en definitiva, el beneficio

(4) Contra esta tesis todos aquellos que incluyen los negocios fiduciarios dentro del marco de la simulación.

de éste redundaría en favor de otro (C). En la terminología más usual se calificaría como supuesto de simulación relativa (5). Si entre A. y B se realiza una donación enmascarada de venta, hay tan sólo simulación del acto, simulación del negocio. En una venta aparente de A y B, siendo B prestanombre de C, real adquirente, hay también simulación de persona.

Conviene advertir que para que se dé el supuesto de simulación por enmascaramiento no es necesaria la concurrencia de dos actos de naturaleza diferente (venta y donación, en el ejemplo precedente); es suficiente haya habido un acto aparente diferente del real (6).

Nuestro Tribunal Supremo ha entendido certeramente que el contrato celebrado por persona interpuesta es válido en principio y fuente de acciones para las tres partes contratantes, y está sujeto al pronunciamiento de la nulidad de la convención cuando persiga un fin ilícito y cuyas consecuencias hayan pretendido esquivarse por medio de la simulación (7).

3. El Derecho, dictado para el gobierno de una comunidad determinada, lejos de permanecer inalterado, petrificado, debe adaptarse a los nuevos supuestos que la realidad, siempre cambiante, vaya presentando. Uno de los instrumentos más fecundos al servicio de esta necesidad ha sido y es todavía la simulación.

La obra del legislador, necesitada siempre de reflexión, no ha seguido, en ocasiones, la rapidez de la evolución social, ni tampoco ello hubiera sido siempre deseable. La ausencia del texto legal ha sido suplida por los particulares adaptando los tipos anteriormente establecidos que, permaneciendo aparentemente inmutados, vienen a cumplir exigencias y funciones diversas de las que originariamente fueron llamados. Así han nacido nuevos negocios, que, reconocidos a menudo por la jurisprudencia y sancionados oficialmente después por el ordenamiento jurídico, gracias a la función creadora de la simulación, heraldo que crea nuevas formas jurídicas y las coloca bajo la protección del Derecho. Su triunfo, con el reconocimiento legal, señala también su fin, porque suprime su razón de ser.

II. 1. La voluntad humana, a la que el derecho objetivo concede un amplio poder para regular las relaciones jurídicas, exteriorizada a través de las que la técnica jurídica denomina declaraciones de voluntad, constituye el sustrato esencial del negocio jurídico, a la par que la voluntad no manifestada carece, en principio, de todo valor para el Derecho.

Es lo normal que entre la voluntad interna y la declarada exista

(5) FERRARA, loc. cit., pág. 66 y MESSINEO: *Manuale di Diritto civile e commerciale*, Milano, 1947. I. págs. 333 y ss.

(6) Para esta materia puede verse DESFLEU-MORTIERS: *La simulation pour l'emploi d'un tiers. Essai sur les interpositions de personnes*, Th. Paris, 1916, y CÁMARA: *Simulación de los actos jurídicos* Buenos Aires, 1944 págs. 124 y ss.

(7) Cfr. S. 1 febrero 1941 y CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, Madrid, 1941. II. pag. 600.

plena correspondencia, que la declaración sea fiel reflejo del interno querer; pero la ciencia del Derecho ha tenido también en cuenta aquellos casos en que la declaración no expresa la efectiva voluntad del sujeto, o es emitida sin real voluntad interna. En estos últimos casos se dice que existe divergencia, consciente o inconsciente, entre voluntad y declaración. Y siendo posible, y aun de hecho en ocasiones frecuente, este desacuerdo entre voluntad y declaración, ¿cuál debe prevalecer? ¿Cuál debe ser el régimen a que debe someterse este supuesto? El intento de solucionar estos problemas ha originado una de las más enconadas controversias de la problemática del Derecho privado, fomentada por la ausencia de regulación positiva, dando lugar, fundamentalmente, a dos teorías radicalmente contrapuestas: las llamadas de la voluntad, más rancia, y de la declaración, posterior. El punto de discordancia está en determinar si debe prevalecer la valoración subjetiva o la objetiva, esto es, en otras palabras, si debe considerarse como operante para el Derecho la declaración tal como aparece en el mundo exterior, o el real y efectivo querer del declarante (8).

Muchos y contrapuestos intereses en pugna dependen del sentido de la solución adoptada, y por ello en el continuo replanteamiento de la cuestión han sido tenidos en cuenta no sólo los puros principios de lógica jurídica, sino también los intereses en juego y el fin lícito o fraudulento perseguido por las partes.

La exposición crítica de las diversas teorías nos llevaría muy lejos y descentraría este necesariamente breve estudio de introducción. Su visión unilateral del problema ha dado lugar a justas críticas, y hoy puede decirse que, superados los radicalismos extremos, la doctrina se ha esforzado en adoptar posturas conciliadoras, entre las que se deben citar las teorías de la confianza o de la legítima expectativa y la de la responsabilidad, basada en una idea de culpa (9).

Como síntesis de la evolución, cabe afirmar que la doctrina moderna ha mantenido entre las partes el predominio de la valoración subjetiva sobre la efectiva, y, frente a los terceros de buena fe que han creído en la apariencia, la solución inversa. Con ello se pretende compaginar el imperio del dogma de la voluntad y la necesaria protección de la buena fe y la seguridad del comercio jurídico (10).

(8) En realidad, para los partidarios de esta última postura la figura de la simulación, tradicionalmente encuadrada entre los supuestos de divergencia consciente entre voluntad y declaración, debería ser lógicamente suprimida, por ser la declaración simulada obligatoria jurídicamente aun para los mismos contratantes, puesto que el derecho atiende a las acciones externas de la voluntad y no a las fluctuaciones internas del querer, vid. FERRARA, loc. cit., pág. 68.

(9) Cfr. BUTERA, loc. cit., pág. 17; para una exposición de teorías BELEZA páginas 3-44; CÁMARA, págs. 5-33, y para un recentísimo planteamiento CARIOTA FERRARA, pág. 390.

(10) CASTÁN, loc. cit., I, págs. 295-298. Nuestro T. S. recoge esta moderna postura en la S. de 23 de mayo de 1935. Vid. sobre la materia BUTERA, loc. cit., páginas 10 y ss; PUGLIESE, G.: *La simulazione nei negozi giuridici. Studio di*

Tres casos de divergencia entre la voluntad interna y la declarada son lógicamente posibles: a) Interno querer sin declaración de voluntad; b) Declaración de voluntad sin interno querer; y c) Interno querer y declaración de voluntad en su íntima correspondencia. En el primer caso nos encontramos con la reserva mental, sin importancia, como regla general, para el Derecho. En principio, no es invocable porque la voluntad que no hace su aparición en el mundo exterior es un fenómeno arcano y misterioso del que el Derecho se desinteresa. El segundo supuesto es el del negocio simulado; el tercero es el normal en el ámbito de los negocios jurídicos.

a) Un negocio es simulado cuando las partes, de común acuerdo, asignan a sus declaraciones de voluntad un valor diverso del que objetivamente tengan en el caso concreto, para producir, con fines de engaño, la apariencia de un negocio inexistente o diverso del realmente concluido.

b) Elementos constitutivos de este negocio, según la concepción más clásica, son: una declaración deliberadamente disconforme con la intención, concertada de acuerdo entre las partes, y emitida con fin de engaño.

Para la doctrina tradicional, hay en todo negocio simulado una divergencia deliberada, voluntaria, entre la declaración y la voluntad, que deberá ser regulada según la disciplina propia de ésta (11).

Una doctrina posterior ha negado la existencia de tal divergencia, atribuyendo su nulidad a la correcta interpretación del valor que las partes atribuyen realmente a su manifestación de voluntad. Se argumenta que en estos casos ninguna de las partes manifiesta una voluntad en contraste con el interno querer, sino que ambas están de acuerdo en dar una apariencia de veracidad a una voluntad diversa de la real, de tal manera que, en definitiva, realizan dos actos antitéticos: de un lado declaran aparentemente querer algo; por otro, no querer nada o querer algo diferente (12). Solamente negando la contraposición entre el elemento objetivo y el subjetivo, se añade, es posible justificar la validez del negocio disimulado, que resultaría, de otro modo, querido, pero no manifestado. Esto aparece muy evidente, se dice, cuando la forma del negocio simulado (escrito, acto público) es requerida para la validez del negocio disimulado (13).

Diritto romano. Padova, 1938, págs. 2 y ss., y MESSINEO: *Manuale*, I, páginas 274 y ss.

(11) FERRARA, loc. cit., págs. 6 y ss.; SCIALOJA: *Negozi giuridici*, Roma, 1933, pág. 332; PESTALOZZA, voz *Simulazione*, en la "Enciclopedia Giuridica Italiana", vol. XV, parte segunda, pág. 750; BUTERA, loc. cit., págs. y ss., esp. 9, y CARIOTA FERRARA, loc. cit., págs. 496 y ss.

(12) STOLFI, loc. cit., pág. 122.

(13) PUGLIESE, loc. cit., págs. 3-4, nota 2. Como precursor de esta postura se señala a SAVIGNY: *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1801, III, página 347, siendo desarrollada por SEGRÉ, G.: *Scritti giuridici*, Cortona, 12.º, I, página 127; *Studi sul concetto del negozio giuridico nel diritto romano nel diritto germanico*, en "Scritti", pág. 422 y recogida por BETTI: *Diritto romano*,

Pero estos argumentos no nos parecen convincentes porque, tanto frente a terceros, en contemplación de los cuales las declaraciones simuladas se emiten, como entre las partes, las declaraciones divergen de la respectiva e interna voluntad; lo que ocurre es que entre esta última tal declaración aparente es inocua, porque ha sido emitida de común acuerdo. Los autores de la simulación están exclusivamente vinculados por el "quod dictum". El negocio disimulado vale entre las partes porque es realmente querido por ellas (14).

El fin perseguido y la naturaleza misma del negocio simulado exigen que éste se manifieste de algún modo exteriormente. Un negocio concluído por las partes oralmente, sin la presencia de testigos, no reproducido posteriormente de manera alguna, no puede ser aceptado de simulación, ya que su manifestación exterior, quedando reducida a un hecho interno entre las partes, no es susceptible de ser conocido por los terceros sino a través de las manifestaciones de las partes. Y en este caso, cuando estas manifestaciones no sean fiel reflejo de la relación efectivamente constituida, se deberá hablar más propiamente de falsedad que de simulación. Por ello, es necesario que el acto constitutivo del negocio simulado se realice en presencia de extraños, o sea, consignando por escrito (15). No creemos, sin embargo, como han entendido algunos (16), que en todo caso la conclusión del negocio por escrito sea esencial para la eficacia de la simulación.

Para una abundante doctrina, que pervive en todos los seguidores de la teoría francesa de las "lettres" y las "contre-lettres", concurren en el negocio simulado dos declaraciones—ficticia y real o contra declaración—, elementos distintos, pero necesarios, que se neutralizan y anulan.

Esta postura no es, sin embargo, plenamente convincente, porque admitir que ha existido un primer acuerdo y después se ha celebrado otro que lo contradice 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.

El acto simulado nace de un proceso deliberativo único desde su origen, no afirmando los contratantes, ni siquiera por un momento,

parte generale Padova, 1935, pág. 278. También dentro de esta misma dirección MESSINA: *La simulazione assoluta*, "Riv. Dir. Comm.", 1907, I, página 393, esp. 500.

(14) Por ello no me parece exacta la crítica de PUGLIESE, pág. 4, nota 2, a BUTERA, pág. 9, por que las partes no manifiestan su interna, real y verdadera voluntad, sino algo que, en atención a los fines perseguidos, es ficticio. Como dice CARIOTA FERRARA, loc. cit., pág. 397 habría imposibilidad de divergencia si esta debiera existir entre la declaración y la voluntad de declarar, pero aquí la divergencia es entre la manifestación y la voluntad del contenido o del resultado práctico de esta, lo que es distinto y posible.

(15) PUGLIESE, loc. cit., pág. 1, nota 1.

(16) MESSINA: *La simul...* cit. págs. 510 y ss.

la seriedad del negocio ostensible, para modificarlo con posterioridad (17).

c) Para una doctrina que ha venido siendo dominante (18), la existencia de un acuerdo inter partes de emitir frente a terceros una declaración ficticia, esto es, del llamado acuerdo simulatorio, es un requisito esencial y característico en todo negocio simulado.

A pesar del predominio innegable de este punto de vista, que dificultaría en algunos supuestos la identificación del negocio simulado, no es fácil encontrar en la doctrina una neta y clara justificación de este requisito. Ello obliga a un planteamiento de la cuestión, que sólo podrá ser resuelta satisfactoriamente partiendo de la función del acuerdo simulatorio en todo proceso de simulación. No parece lícito admitirlo sin más, *a priori*, como requisito necesario de la simulación.

Estando este acuerdo privado entre las partes destinado tan sólo a eliminar toda posibilidad de equívocos en sus recíprocas relaciones, concretando de manera precisa el real contenido de su voluntad, no parece necesario la existencia en todo caso de tal acuerdo previo y expreso. La simulación exige, ciertamente, que las partes estén de acuerdo sobre el valor de sus actos exteriores; pero ello no supone, necesariamente, que hayan pactado previamente el exacto valor de los mismos. En la mayoría de los casos, tal acuerdo acompañará al negocio simulado, porque las partes, buscando la seguridad en sus transacciones, siempre deseable, no suelen conformarse con la simple esperanza de ser entendidos, lo que, unido al interés en ocultar la simulación frente a todo intento de desenmascaramiento, induce a celebrar el acuerdo inter partes. Por ello, en nuestra exposición nos referiremos a este supuesto como más general.

Han surgido también dudas al plantearse el problema de saber si hay un solo negocio con dos declaraciones de voluntad que se neutralizan o modifican recíprocamente, o se trata de una suma de dos negocios jurídicos que llevan al mismo resultado concreto.

Para algunos autores se trata de dos declaraciones autónomas e independientes, que no pudiendo coexistir, se anulan y neutralizan, dejando inalterada la situación objetiva de las cosas. Se trata de un querer y un no querer simultáneo que no producen una alteración en el mundo exterior (19). Tampoco FERRARA (20) ve una declara-

(17) CÁMARA, loc. cit., págs. 50-51.

(18) SAVIGNY, loc. cit., pág. 347; PESTALOZZA, loc. cit., pág. 749; MESSINA, loc. cit., págs. 506-507; BUTERA, loc. cit., núms. 35 y ss.; STOLFI, loc. cit., página 123; CÁMARA, loc. cit., págs. 40 y ss.; CARIOTA FERRARA, loc. cit., págs. 497 y ss. En contra PUGLIESE, loc. cit., págs. 12 y ss.

(19) Cfr. para esta cuestión FERRARA, loc. cit., págs. 68 y ss.; BUTERA, páginas 236 y ss. Es la doctrina de gran parte de los autores alemanes que viene, en esencia a coincidir con la doctrina francesa de las "contre-lettre". La diferencia estriba en que mientras los alemanes ven un solo negocio, cuyo contenido se neutraliza, los franceses hablan de dos negocios que también vienen a neutralizarse.

(20) Loc. cit., pág. 71.

ción única y compleja, sino varias declaraciones distintas e independientes, con fines diversos y diversa importancia jurídica. En la simulación concurren dos declaraciones separadas y autónomas, que tienen en la mente de los contratantes una función diversa: la primera sirve para regular sus recíprocas relaciones, en lo que se agotan sus efectos; la segunda, para producir la apariencia ante terceros, con propósito de engaño. Hay aquí un acuerdo sobre la no realidad del negocio y la voluntad de producir la ficción; pero este acuerdo resulta ya de la sola declaración de contratar aparentemente (de la contrao antideclaración), y, por su parte, la declaración pública, con la cual viene a ejecutarse dicho acuerdo, y que tiende a producir la ilusión en el público, está, en sí misma, con un contenido y un fin determinado.

La idea de la neutralización es excluida por FERRARA por la unidad de la acción de la voluntad, que supone dos términos igualmente eficaces y contrarios. Además, para que dos declaraciones se neutralicen, precisa que se sucedan en el orden de lo positivo a lo negativo, y así, sustrayendo la una el contenido de la otra, dan por resultado cero.

Quizá se pueda llegar a una conciliación entre estas dos contrapuestas doctrinas, en el sentido de que entre las partes prepondere la unidad de relación frente a terceros, la coexistencia de dos actos. Los autores de la simulación están exclusivamente vinculados por el "quod gestum"; frente a los terceros, en general, vale el "quod dictum".

En el caso de simulación relativa, la segunda declaración es lo que se ha venido denominando contradecларación, y viene a precisar el contenido del negocio disimulado. En la absoluta se aclara tan sólo, por ella, que la declaración exterior se hace solamente con fin de engaño a terceros y que no se quiere realmente. Ambas declaraciones pueden ser verbales o escritas. La contradecларación, más comúnmente, suele ser escrita.

En todo caso, el procedimiento simulatorio se agota en la realización del negocio simulado. La simulación queda perfecta en el momento mismo de la celebración del contrato simulado, que tiende a producir la situación jurídica ilusoria. Todo lo que pueda suceder después de un "post factum" que no interesa para integrar la simulación: se trata, simplemente, de un efecto de la misma (21).

d) Una doctrina predominante (22), apenas contradicha (23) con-

(21) Cfr. FERRARA, loc. cit., pág. 67. En contra MESSINA, loc. cit., pág. 511, basándose erróneamente en la idea de que la simulación persigue siempre un fin fraudulento, ve en el negocio simulado un solo grado del proceso simulatorio, que sólo se perfecciona con la oposición del negocio simulado a los terceros que viene a consumar el engaño.

(22) Cfr. FERRARA, loc. cit., págs. 61 y ss., espec. 65; PESTALOZZA, loc. cit., página 747; BELEZA, loc. cit., pág. 66; CÁMARA, loc. cit., págs. 44 y ss., y CARIOTA FERRARA, págs. 498 y ss.

(23) PUGLIESE, loc. cit., pág. 24.

sidera esencial al negocio simulado el fin de engaño; o sea: la intención de las partes de inducir a terceros, genéricamente, a un falso conocimiento del negocio. Este sería el elemento diferencial de los negocios concluidos "per iocum", "docendi causa", o con fines de representación teatral.

Decimos intención de engaño y no intención fraudulenta o de perjuicio, porque la simulación no persigue necesariamente un fin ilícito. Se trata de un procedimiento destinado a escindir apariencia y realidad, y, por ello, psicológicamente, moralmente, es incolora (24), neutra (25). Así como hay mentiras disculpables, que aun en determinados casos la moral las impone como un deber, no faltan supuestos de simulación en que se engaña sin intención de perjudicar. Son los móviles los que colorean psicológicamente la simulación, y por ello su determinación presenta un indudable interés, porque permite distinguir la simulación lícita de la ilícita. Si la simulación va dirigida contra persona que no tiene interés alguno en conocer la realidad, o que, aun teniendo un interés opuesto al del simulador, no está protegido por la ley, se trata de un instrumento de lucha, en sí lícito. Si está destinada a ocultar una violación legal, poniéndose así al servicio del fraude, será ilícita. Lícitamente puede simularse con simple fin de ostentación, para aparentar una fortuna que no se tiene, por modestia para no revelar una acción generosa, por precaución para librarse de la insistencia de quienes pretenden que se enajene una cosa que uno quiere conservar, o evitar envidias y rivalidades, por interés, a fin de promover el desenvolvimiento de los propios negocios, sin que en ninguno de todos estos ejemplos y de otros muchos que se podrían citar haya un propósito ilícito.

Reputamos, por ello, inadmisibles las tesis de quienes sustentan que la simulación está siempre inspirada en un propósito fraudulento de perjudicar a terceros (26). El "animus nocendi" no es un elemento de la simulación: lo es, en cambio, el "animus decipiendi".

Más frecuente es, sin embargo, la simulación con fin ilícito, cuya misión es velar la transgresión de una prohibición. En este sentido se ha dicho que el fraude es normalmente el convidado de piedra en todos los actos simulados (27).

c) Para que se dé un supuesto de simulación es preciso que el valor asignado por las partes a sus respectivas declaraciones de voluntad sea diverso, no sólo del comúnmente atribuido, sino también de aquel que en el ambiente social pueda entenderse en el caso concreto. Para la consecución del fin de engaño perseguido, por medio

(24) FERRARA, págs. 65-66, y ABELLE, loc. cit., pág. 60.

(25) V. TUHR, II, 2, pág. 241 (trad. argentina), insiste también en la posibilidad de que se persigan fines deshonestos o lícitos; JOSSEMAND: *Les mobiles dans les actes juridiques du Droit privé*, Paris, 1928, pág. 241 y CÁMARA, loc. cit., página 135, con citas de doctrina argentina.

(26) La tesis criticada es la sustentada por MESSINA loc. cit., pág. 507.

(27) CÁMARA, loc. cit. pág. 135.

del procedimiento simulatorio, es necesaria la antítesis entre la valoración subjetiva y la objetiva del acto exterior. Elemento peculiar del negocio simulado es la divergencia entre la apariencia y la realidad, el contraste entre el "quod dictum" y el "quod gestum". Esto es doctrina común. Las divergencias surgen tan sólo, como hemos visto, en lo tocante al origen y naturaleza de este contraste. Por esta razón nos parece absurdo hablar de la misma posibilidad de una simulación reconocible por los terceros. Evidentemente, los terceros pueden descubrir el carácter simulado de un negocio, porque, de lo contrario, todos los terceros tendrían que ser necesariamente de buena fe. Pero una vez que tales terceros vienen en conocimiento del real significado de las declaraciones, no pervive ya el negocio como tal negocio simulado. Es característica de la simulación sólo la razonable probabilidad de que los extraños al negocio, genéricamente, entiendan la manifestación en su significado normal. Cuando en un caso concreto esta probabilidad quiebra y el negocio aparece tal como es, no puede seguirse hablando de un negocio simulado, por lo menos ante los terceros en cuestión.

En contra de esta tesis, que puede considerarse dominante (28), BETTI (29) cree en la existencia de verdadera simulación, aun en el caso de que sea realizada de modo externamente reconocible, afirmando que hay que buscar en este concepto amplio de simulación el origen histórico de los negocios realizados "ioci causa" y de los negocios fiduciarios, nexo genético que debe negar quien no vea en la simulación exteriormente reconocible un verdadero supuesto de simulación.

Pero la tesis de BETTI no parece convincente, ya que un concepto de simulación tan extraordinariamente amplio no es tan sólo contrario al significado etimológico y técnico comúnmente admitido, sino que permite agrupar como integrantes de una única categoría jurídica fenómenos y figuras esencialmente diversas que merecen una disciplina propia. Por lo demás, al faltar la apariencia engañosa, gran parte del régimen jurídico de la simulación, estructurado para la protección de los terceros de buena fe, carecería de fundamento lógico.

3. a) La simulación y la reserva mental, supuestos ambos de divergencia consciente entre declaración y voluntad, presentan profundas analogías. En el caso de reserva mental conocida por la otra parte, la distinción es muy sutil y, eficazmente, en muchos casos, impracticable (30). Cuando la reserva mental es conocida, deja de ser tal, y sus semejanzas con la simulación aumentan, porque aquí también ambas partes saben que la declaración no es querida. Sin embargo, tampoco en este caso cabe confundir ambas figuras, porque para

(28) Cfr. PUGLIESE, págs. 19 y ss.

(29) *Diritto romano*, Padova, 1935, núm. 61.

(30) TUHR. op. cit. II, 2, pág. 241.

que haya simulación es necesario que las partes hayan procedido de común acuerdo para crear la apariencia del negocio (31).

En los supuestos normales, el punto más notable de divergencia está en que la reserva se desenvuelve en la mente de uno de los contratantes y, por ello, es inoperante para el Derecho, siempre no sea conocida por la otra parte, mientras que el negocio simulado presupone la manifestación externa de las partes. En los negocios jurídicos unilaterales no recepticios puede darse la reserva mental, figura indiferente al Derecho, no la simulación. En estos negocios todo intento de simulación se resolvería en una reserva mental. La simulación ha de ser bilateral o colectiva; la reserva mental es siempre obra de uno. Además, el destinatario en la reserva mental es el otro contratante; en la simulación, son los terceros. La reserva mental no afecta al acto viciado; la simulación puede ser causa de la anulación del negocio (32).

b) La categoría de las declaraciones no serias comprende no solamente los ejemplos conocidísimos de la broma y las declaraciones con fin pedagógico o teatral, sino también la reserva revelada directamente por el declarante a la otra parte antes de que ésta reciba la declaración. Ahora bien: la voluntad, que constituye la base del negocio jurídico simulado, debe ser seria. La declaración de voluntad emitida "ioci causa", por broma, con fines de enseñanza o en escena, está privada de intención jurídica, estando incapacitada para dar nacimiento a un negocio. No surge ningún negocio si falta el "animus contrahendae obligationis", si no concurre la intención de asumir un vínculo jurídico. La relación nacida "ioci causa" no tiene de negocio jurídico ni siquiera la apariencia, porque de la manera en que se desenvuelven y las circunstancias que los rodean hacen comprender fácilmente a los terceros que no se pretende realizar ningún negocio jurídico (33).

c) Bajo la denominación genérica de negocios ficticios se han agrupado todas aquellas figuras negociales en que el valor de las manifestaciones de las partes, aun cuando diverso de lo ordinario, es reconocible "prima facie" por los terceros, dada la falta de separación suficiente entre las declaraciones y las circunstancias que sirven para su interpretación. Esta categoría comprendería, no tan sólo aquellos negocios concluidos "ioci" o "docendi causa", sino también las manifestaciones privadas de un elemento esencial, como serían una

(31) ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho privado*, I, pág. 15; BRUGI: *Instituciones de Derecho civil*, UTEHA, 1946, pág. 132, insiste también en que en el caso en que la otra parte conozca la reserva mental y se aproveche del acto en beneficio propio, sea una figura análoga a la simulación, pero no idéntica.

(32) Cfr. sobre la materia, ampliamente. FERRARA, loc. cit., pág. 74 y ss.; BUTERA, loc. cit., págs. 30 y ss., 321 y ss.; ROCA, loc. cit., págs. 15 y ss.; BRUGI, loc. cit., pág. 132; PUGLIESE, loc. cit., págs. 28-29; CÁMARA, loc. cit., págs. 51-57, y CARIOTA FERRARA, loc. cit., págs. 500 y ss.

(33) BUTERA, loc. cit., págs. 10-11 y PUGLIESE, loc. cit., pág. 29

venta o un arrendamiento sin precio o renta, o siendo éstos tan bajos ("nummo uno") como para no ser tenidos por existentes, y todos aquellos negocios que en la intervención de las partes deberían ser simulados, pero que se manifiestan como no serios.

La postura de los negocios aparentes, se ha añadido (34), no es diversa, ya que constan de una estructura exterior propia de un determinado negocio causal; pero son utilizados por las partes para la consecución de fines diversos de los que la causa típica originaria del negocio representa.

El requisito de la reconocibilidad del significado anormal de la manifestación en las relaciones con los terceros distingue claramente estos tipos negativos de los simulados.

Los negocios aparentes no son, como ha querido una numerosa doctrina, originariamente simulados, sino negocios reales empleados artificial y engañosamente y combinados de tal modo, que permiten obtener un resultado nuevo y distinto del deseado por las partes y no proporcionado directamente por el ordenamiento jurídico (35). No hay en estos casos simulación porque, conocidos por todos y establecidos a menudo en interés de todos, no engañan a nadie (36). La diferencia entre ambos tipos es, pues, de carácter técnico y psicológico: los actos simulados son producidos para crear una ilusión con objeto de engañar a los terceros; en los negocios aparentes la discrepancia entre el querer y su expresión se debe a motivos o circunstancias externas a la voluntad de los particulares, y como son conocidos por todos, no confunden a nadie sobre su significado (37).

d) Dos corrientes fundamentales han concurrido en la construcción dogmática de los negocios fiduciarios, en los que ha quedado impresa su peculiar impronta: la romanística y la germánica (38).

Según la doctrina más común, el negocio fiduciario es considerado, descriptivamente, por la corriente romanística como un negocio escogido por las partes para llevar a efecto sus fines prácticos, con el conocimiento de que los efectos jurídicos de este negocio exceden de los fines perseguidos, y desde un punto de vista estructural y funcional a la vez, como una forma compleja que resulta de la unión de dos negocios de índole y efectos diferentes, colocados en oposición recíproca: de un contrato real positivo, la transferencia de la propiedad o del crédito, que se realiza de modo perfecto e irrevocable,

(34) PUGLIESE, loc. cit., págs. 29 y ss.

(35) FERRARA, loc. cit., págs. 106 y ss., esp. 110; MILHAUD: *De la simulation dans les actes juridiques*, Th., Montpellier, 1889, pág. 19.

(36) ABELLE, loc. cit., pág. 95.

(37) CÁMARA, loc. cit., pág. 95.

(38) Se habla también de una doctrina francesa cfr. MESSINA: *Negozi fiduciari*, en "Scritti giuridici", Milano, 1948, págs. 6 y ss., espec. 18 y ss. Para evitar repeticiones, para una amplia nota bibliográfica nos remitimos a RUBINO: *Il negozio giuridico indiretto*, Milano 1937, págs. 95-96, notas 21-22. En España, últimamente, las referencias de BONER, F.: en *Algunas figuras afines al contrato de mandato*, "Rev. Gral. de Leg. y Jurisp.", dic. 1948, págs. 652 y ss.

y 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 (39).

Para la construcción germánica, el fiduciario adquiere un derecho de propiedad condicionado resolutivamente y con efecto real, o un derecho real limitado sobre la cosa del fiduciante, o encuentra, cuando se trata de investidura fiduciaria de derechos de crédito, en la ley misma la limitación de su contenido de conformidad con el fin (40).

Las diferencias entre ambas concepciones estriban principalmente en las modalidades de las limitaciones de los poderes del fiduciario: la construcción romanística se sirve de un simple pacto obligatorio; la fiduciaria de tipo germánico acude a una condición resolutoria (41).

La distinción entre simulación y fiducia es por demás intere-

(39) FERRARA, loc. cit., págs. 82 y ss., esp. 83-84; BRAGANTINI, L.: *Liano-nimo con un solo azionista*, Milano, 1940, pág. 102 apunta que el negocio jurídico que podemos denominar clásico está constituido por una transmisión de la propiedad, de la cual el fiduciario debe hacer el uso determinado por el pacto obligatorio. Pero no parece haya obstáculos en admitir que el negocio fiduciario pueda existir cuando en lugar de un derecho real sea transferido un derecho de crédito con el acuerdo "inter partes" de hacer un uso determinado. Lo mismo cabe decir cuando en lugar de un derecho de crédito sea transmitido un título de crédito y, en general, todas las veces que se conceda un derecho con el acuerdo "inter partes" de hacer de él un uso determinado. Por este camino BRAGANTINI, loc. cit., págs. 103-104 cree que cabe precisar esta figura diciendo que "frente al fiduciante el fiduciario tiene un poder (de disponer del derecho real o del derecho de crédito cedido) y que tiene a su cargo (y con eficacia naturalmente limitada inter partes) una obligación que limite el uso que puede hacer de lo que frente al fiduciante, es un poder". Aclara el autor que habla de "poder" por que el fiduciante no estará nunca obligado (a un determinando comportamiento) frente al fiduciario, sino solamente sujeto al uso y eventualmente al abuso que este haga. La palabra "poder" ha sido ya, por otra parte, usada por los autores para definir la posición jurídica del fiduciario. Cfr. CARIOTA-FERRARA, L.: *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, pág. 9, núm. 8, pág. 26 núm. 19; GRASSETTI: *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, "Riv. Dir. Comm.", 1936, I, pág. 355.

Así, el primer elemento del negocio fiduciario será un poder del fiduciario sobre la cosa o sobre el derecho que se le ha transmitido a su patrimonio, poder que tiene eficacia "erga omnes", y, por tanto, también frente al fiduciante. El segundo elemento es una obligación con eficacia "inter partes".

(40) Cfr. sobre este punto MESSINA: *Scritti*, cits., págs. 19 y ss.

(41) Una modalidad que no cabe reconducir a ninguna de las dos corrientes fundamentales apuntadas por carecer de base histórica nacionalista es la llamada "teoría de la legitimación" o de la propiedad formal o relativa, que atribuye la propiedad al fiduciario en las relaciones externas, considerándolo tan sólo mandatario del acreedor en las relaciones internas. Vid. sobre este punto MESSINA, loc. cit., últimamente, págs. 20-23. La construcción ha sido también utilizada en la doctrina anglosajona para explicar el "mortgage" y el "trust".

Para las diferencias entre titularidad y facultad de disposición nos remitimos a los autores citados por RUBINO, loc. cit., págs. 97-98, nota 26 bis, cuyo elevado número da idea de lo debatido del problema, a pesar de que su planteamiento es relativamente reciente.

sante. La concepción del negocio fiduciario como el resultado de la combinación de dos negocios, uno traslativo y otro obligatorio, con un evidente contraste entre los efectos del negocio traslativo y el fin práctico perseguido por las partes, aproxima un tanto los negocios fiduciarios a los simulados, y plantea más acusadamente la necesidad de su delimitación.

Sin embargo, una asimilación de ambas figuras negociales es sólo posible si se demuestra fundada en alguna de las tres hipótesis siguientes (42):

a) Que el negocio simulado es un negocio efectivamente querido, empleado como medio para la consecución de fines diversos del suyo propio, y contradicho por un compromiso personal de las partes de no hacer uso de la posición jurídica constituida. Esta postura de BETTI vendría a identificar los negocios simulados, no solamente a los fiduciarios, sino también, más ampliamente, con los indirectos. Dentro de la concepción de BETTI, que niega al negocio simulado su condición de irreal, GRASSETTI (43) adopta una postura menos extrema, al distinguir los negocios simulados de los fiduciarios, según persigan o no, respectivamente, un fin típico propio, en todo o en parte de un negocio. Tal postura nos parece poco convincente, porque no es preciso que el fin disimulado deba ser un fin típico, previsto legislativamente, encontrándose en la misma tesis defendida motivos suficientes para distinguir los negocios fiduciarios de los simulados.

b) Que es inadmisíble la constitución efectiva de un derecho amplio para fines limitados, por lo que ésta no puede ser más que aparente. PESTALOZZA (44), refutando la tesis de FERRARA, niega, en este sentido, que haya transmisión plena del Derecho al fiduciario; si las partes quieren un determinado fin, dice, no pueden querer un medio que exceda del mismo, en este caso la transmisión de la propiedad, porque la voluntad de las partes es una sola y no puede ser más que una.

Pero el razonamiento de PESTALOZZA, fundado sobre el presupuesto de que en la realidad no es posible una voluntad dirigida a conseguir lo menos a través de lo más, es arbitrario, porque por lo menos, a veces, no se puede conseguir siempre del modo como uno desearía, sino que en ocasiones es preciso andar un camino que excede del resultado final (45). Es evidente que en los negocios fiduciarios hay una sola voluntad; pero se trata de una voluntad compleja, de contenido múltiple. Se confunde en la argumentación de PESTALOZZA la causa del negocio con los motivos psicológicos (46). No parece imposible, pues, que las partes quieran realmente, aun en las relaciones internas, una situación jurídica superior a la normalmente nece-

(42) PUGLIESE, loc. cit., pág. 38.

(43) Loc. cit., pág. 359.

(44) Loc. cit., pág. 783, núm. 38, a él se suma CÁMARA, págs. 75 y ss.

(45) CARIOTA-FERRARA: *I negozi fiduciari*, cit., pág. 49.

(46) PUGLIESE, loc. cit., págs. 42-43 y BONER, loc. cit., pág. 655.

saría para la consecución del fin pensado, y por ello, no cabe, por este lado, una asimilación de los negocios simulados a los fiduciarios.

c) Para otros (47) el concepto de la simulación es tan vasto que permite encuadrar en una categoría unitaria tanto negocio irreales como negocios reales limitados en sus efectos. Los negocios fiduciarios y los "in fraudem legis" quedarían incluidos en la amplia figura del negocio simulado, del que vendrían a constituir "las más singulares y conspicuas aplicaciones" y aunque se reconoce que en el negocio simulado la transmisión es sólo aparente, no se considera esta diferencia decisiva, añadiéndose que nada ha de ganar la ciencia del derecho con la creación de figuras superfluas (48). Sin embargo, en este último dato de la transmisión efectiva de la propiedad es el que nos impide subsumir en una misma disciplina jurídica los dos supuestos, a los que habrá que aplicar principios diversos. Concretamente, siendo el fiduciario el verdadero titular del derecho quien adquiere de él adquiere "a domino" y de tal manera no es preciso recurrir a los principios que rigen los conflictos entre voluntad y declaración o a la teoría de la apariencia para fundar en ella la validez de tal adquisición.

Ninguna de estas tres hipótesis, las únicas que permitirían una asimilación de los negocios fiduciarios a los simulados aparece como defendible. Por ello, afirmamos, con la doctrina dominante (49) la separación de estas dos figuras.

La función práctica del negocio fiduciario es diversa de la del negocio simulado. Las partes acuden al negocio fiduciario con la voluntad seria y efectiva no sólo de someterse a su disciplina jurídica, sino también de conseguir aquello que con sus efectos jurídicos normales (50). Estamos en presencia de un traspaso efectivo de un derecho de una persona (fiduciante) a otra (fiduciario), entendiendo que tal traspaso debe servir a fines determinados (51). Tanto el elemento real

(47) Vid. espec. BUTERA, loc. cit., págs. 35-36 y 65-66.

(48) También DEMOGUE: *Traité*, I, núm. 159, afirma que el negocio fiduciario es una subespecie o aplicación particular del acto simulado y niega la necesidad de hacer de él una figura autónoma. A la tesis de BUTERA, aunque limitándola tan sólo al supuesto de la simulación relativa se han adherido últimamente CÁMARA, págs. 77 y ss.

(49) FERRARA: *I negozi fiduciari*, págs. 745 y 758; ASCARELLI: *Il negozio indiretto e le società commerciali*, en "Studi di Diritto Commerciale in onore di Cesare Vicante", Roma, 1931 I, págs. 3 y ss. núm. 4; COVELLO: *Parte Generale*, pág. 371; CARIOTA-FERRARA: *I negozi fiduciari*, cit., págs. 43 y ss.; PUGLIESE, loc. cit., pág. 31-45; MESSINEO, loc. cit., I, pág. 338 número 11; FRANCESCHELLI, R.: *Il Trust nel diritto inglese*, Padova, 1935, págs. 16-17, número 8, muy recientemente CARIOTA FERRARA: *Il negozio giuridico*, cit., pág. 216.

En la doctrina mejicana PÉREZ PÉREZ, E., ha consagrado especialmente su tesis "La simulación y los negocios fiduciarios", México 1946, a la delimitación de simulación relativa y negocio fiduciario.

(50) ASCARELLI, loc. cit., págs 31-32 y FRANCESCHELLI, loc. cit., pág. 16, número 8.

(51) Así el negocio fiduciario se utiliza para conferir de modo particularmente eficaz un encargo al fiduciario, para procurarle la más fácil utilización de un derecho de crédito para entregarle la custodia y la disponibilidad de los

como el obligatorio son queridos real y positivamente por las partes. El primero porque da vida a aquel negocio jurídico real, que dado un determinado ordenamiento jurídico es necesario para la consecución del fin perseguido; el lado obligatorio porque permite superar la excesiva genericidad y extensión jurídica del primero. Se quieren ambos elementos porque sólo a través de ellos se consigue el fin particular perseguido, que en realidad es realizado en dos etapas correspondientes a los dos elementos constitutivos del negocio. En el primer tiempo se realizan, efectivamente, los efectos jurídicos típicos del negocio real adoptado, puesto que si bien es cierto que el fin perseguido por las partes no queda identificado con estos primeros efectos, no es menos cierto que en la segunda etapa se presuponen aquéllos y corrigiéndolos se llega al fin que las partes querían y que les movió a contratar (52). Conviene recordar que mientras en la simulación el negocio negativo destruye, reduce a la nada el positivo, según la concepción dualista, en el caso del negocio fiduciario el contrato obligatorio (negativo) tiende sólo a limitar indirectamente los efectos del contrato real (positivo). Como regularmente la relación obligatoria es secreta, en algún momento esta figura contractual puede presentar alguna semejanza externa con la simulación de persona.

En todo caso los rasgos propios de los negocios fiduciarios: coexistencia de una relación de derecho real con otra obligacional y la realidad del negocio con la utilización de un medio técnico excesivo normalmente para la consecución del fin práctico perseguido, y relevante ciertamente a los ojos de terceros, permiten una neta diferenciación admitida comúnmente por la doctrina.

Como es lógico, una vez trazada la línea de separación entre la simulación y la fiducia es ya cuestión de interpretación de voluntad la determinación de si un negocio concreto es simulado fiduciario. En general puede decirse que la simulación no puede ser admitida, sino cuando es probada y no es prueba a favor de la simulación el exceso del medio respecto del fin (53).

e) La construcción científica del negocio indirecto es reciente (54) y tiene sus orígenes en la dogmática alemana, partiendo de la intuición del fenómeno por IHERING en los derechos antiguos, especialmente en el derecho romano, de algunos tipos negociales utilizados para la consecución de fines diferentes de los ordinarios. La primera exposición orgánica sobre la materia es de KOHLER. Entre ambos, la obra

bienes a través de la transferencia de la propiedad de éstos, con el entendimiento de que el fiduciario debe hacer el uso prescrito por el fiduciante para eludir prohibiciones legales para obviar la incapacidad legal de recibir bienes, para asegurar bienes ("fiducia cum amico para sustraer bienes a los acreedores"), etcétera. Vid. MESSINEO, loc. cit., I, pág. 338, núm. 11.

(52) FRANCESCHELLI, loc. cit., págs. 16-17.

(53) CARIOTA-FERRARA, ob. cit., pág. 48.

(54) Puede verse una amplia reseña bibliográfica en RUBINO, ob. cit., pág. 1, nota 3.

de RABEL representa un poco el lazo de unión (55). La toma de contacto de la doctrina italiana se debe a FERRARA (56), preocupado por la delimitación del campo de los negocios oblicuos o indirectos, cuyos caracteres principales, dice, con la realidad del acto y la forma indirecta del procedimiento, que por caminos transversales tiende a la consecución de fines que no pueden alcanzarse por vía directa, estableciendo su diferenciación de los negocios simulados y sometiendo a crítica aquel sector de la doctrina alemana que los identifica. La primera exposición en términos más amplios, y que sigue siendo fundamental para ulteriores desenvolvimientos, es la de MESSINA (57). Después de la aislada exposición de PESTALOZZA (58) los brillantes estudios de ASCARELLI (59) y GRECO (60), aunque no han faltado impugnadores.

En España, últimamente el estudio de RODRÍGUEZ-ARIAS (61).

Para esta ya amplia y valiosa doctrina son negocios indirectos los que las partes concluyen a fin de obtener un resultado distinto de aquel al que el negocio conduce según su propia estructura. Se dice que hay una *disonancia* entre el medio adoptado y el fin perseguido, porque las partes quieren realmente concluir el negocio y someterse a su disciplina jurídica, pero para la realización de un fin que trasciende del negocio mismo. La problemática de esta figura es por demás sugestiva, pero tenemos que prescindir aquí necesariamente de ella, apuntando, sólo a fines de delimitación conceptual con la simulación, la noción más comúnmente aceptada en la doctrina.

El carácter real y visible de la operación llevada a cabo permite distinguir estos negocios de los simulados. No se da en el negocio indi-

(55) *Ibidem* págs. 2-3.

(56) Entre los diversos estudios figuran: *Le obbligazioni di beneficenza*, en "Riv. Ital. scien. giur.", 1905, XXXIX, págs. 390 y ss.; *I negozi fiduciari*, en "Studi per Scialoja", Milano, 1905, II, págs. 739 y ss.; *La simulación de los negocios jurídicos*, cit., números 5-8, págs. 82-117, trad. esp. de la quinta edición italiana refundida con ampliaciones del trabajo anteriormente citado.

(57) *Negozi fiduciari*, Milano, 1908. Introducción, cap. III, núm. 19, incluido ahora en "Scritti giuridici", I, Milano, 1948, págs. 69 y ss.

(58) *Simulazione*, Milano, 1919, págs. 110 y ss. y 119 y ss. y muy posteriormente, *Ancora della simulazione nelle anonime*, "Riv. Dir. Comm.", 1937, II, página 23 y en la misma "Riv.", 1930, II, pág. 121.

(59) *Simulazione e nuove funzioni nelle anonime*, en "Giur. Ital.", 1930, IV, páginas 265 y ss.; *Confusione del patrimonio della società o del socio*, Foro Italiano, 1931, I, págs. 027 y ss.; *Appunti di Diritto Commerciale*, Roma, 1933, I, págs. 401-404 y II págs. 27-28, hay trad. esp. editada en Méjico y Argentina; *Sulla dottrina del negozio indiretto nella giurisprudenza della Cassazione*, Foro Italiano, 1936, I, págs. 778 y ss. y 1388 y ss., y fundamentalmente *Il negozio indiretto e le società commerciali*, en "Studi Vivante", cit., que hemos utilizado esencialmente.

(60) *Le società di comodo e il negozio indiretto*, "Riv. Dir. Comm.", 1932, I, páginas 757 y ss. V. a. Foro Italiano, 1931, I, pág. 108. y "Riv. Dir. Comm.", 1935, II, págs. 125 y ss.

(61) *En torno al negocio indirecto y figuras jurídicas afines*, "Rev. Gral. Leg. y Jurisp.", marzo 1948 págs. 276 y ss., esp. 292 y ss. Compuesto nuestro trabajo ha aparecido en este mismo ANUARIO, Tomo II, fasc. III, págs. 918 y ss. el interesante estudio ORTEGA PARDO, G., sobre "Donaciones indirectas".

recto la divergencia entre voluntad y declaración propia de los negocios simulados. Las partes quieren efectivamente el negocio sometién-dose a su disciplina jurídica, porque sin los efectos típicos del negocio adoptado no sería posible cumplir el fin perseguido, que si no se identifica con aquellos efectos, sin embargo los presupone. No existe ningún acuerdo de simular, ni interés alguno en velar a los terceros el fin último perseguido. El procedimiento es utilizado a la luz del sol y ningún hombre experto se engañará respecto del último fin (62). El negocio simulado contiene siempre, más o menos, una alteración de la verdad; el indirecto, no (63).

La distinción entre el negocio indirecto y la simulación absoluta aparece clara y la doctrina conforme. Alguna duda se ha planteado respecto a la simulación relativa. En este punto se ha dicho (64) que si bien hay entre ambas numerosas y profundas diferencias hay también algún punto de contacto que podría inducir a hacer de la simulación relativa una especie característica de la categoría general del negocio indirecto teniendo en cuenta que "las partes quieren realmente una parte de la disciplina del negocio simulado para la consecución del fin del negocio disimulado". Así, por ejemplo, en la venta disimuladora de una donación se quiere realmente la parte de la disciplina de la venta que se refiere a la transferencia de la propiedad. Pero a ello cabe oponer (65) que, si bien la observación es aguda, afecta solamente al problema de la idoneidad del negocio simulado para enmascarar al disimulado: para que tal enmascaramiento pueda tener lugar es necesario que haya entre los dos algo de común, no cabe velar, por ejemplo, la compra de una casa con el arrendamiento de un fondo rústico. No es, en cambio, necesario que haya entre los dos negocios coincidencia de uno o más negocios jurídicos, es suficiente la coincidencia de un elemento cualquiera en el objeto o en el resultado material.

En todo caso hay siempre una diferencia notable entre el negocio indirecto y el relativamente simulado: el primero es un negocio real, empleado efectivamente por las partes como medio para la consecución de un fin ulterior que se realiza normalmente a través de un negocio diverso del que aparece concluido, mientras en la simulación relativa el negocio simulado no es ni siquiera materialmente un negocio, sino tan sólo unas declaraciones de voluntad a las que las partes atribuyen un valor distinto del aparente.

f) La incertidumbre reinante en la doctrina en torno al concepto de los negocios fraudulentos plantea serias dificultades de delimitación especialmente frente a los negocios simulados, habiéndose afirma-

(62) ASCARELLI, *Il neg. indir...*, cit., I, pág. 49 y FERRARA, *loc. cit.*, pág. 117.

(63) BUTERA, *loc. cit.* pág. 36.

(64) GRECO, *Le società...* *loc. cit.* págs. 780 y ss.

(65) PUGLIESE, *loc. cit.* págs. 51-52.

do (66) que es esta una de las cuestiones más delicadas y discutibles que existen en nuestro tema (67).

Para los seguidores de la doctrina más común son negocios fraudulentos aquellos a través de los que se persigue, bajo una forma lícita, un resultado vedado por la Ley. Cualificados por el fin perseguido, determinadas figuras contractuales podrían devenir "in fraudem legis" por la circunstancia de violar una norma prohibitiva, sin llegar a constituir una categoría dogmática autónoma con propias características. Se trata de una violación indirecta del espíritu de la norma legal, de su substancia, aunque se respete y aún se atienda su letra (68). Contradicen el fin de la norma, el resultado social que esta quiere impedir, pero que no ha sido integrada en la misma a causa de una formulación imperfecta. Son, en suma, negocios que cuando la norma fuera susceptible de interpretación analógica, deberían considerarse "contra legem", pero que no pueden considerarse tales a causa del carácter restrictivo de la misma (69). Existe un acto en fraude a la Ley siempre que se haga una violación, aparentando conformidad con el texto de la Ley, pero contradiciendo su espíritu. El acto "contra legem" supone, en cambio, un choque brutal con la norma positiva. La contraposición se encuentra ya en un texto de PAULO, fr. 29, Dig., lib. I, título III. "Contra legem facit qui id facit, quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvus verbis legis, sententiam eius circumvenit." Es conocida la disparidad doctrinal entre objetivistas y subjetivistas al intentar precisar la verdadera esencia del fraude a la Ley, según atiendan al hecho material o a la intención de las partes. Si se piensa que lo que las partes persiguen es la consecución de un resultado y que su fin no es violar la Ley, que desearían no se interpusiera en su camino, parece más convincente la primera postura. Habría "in fraudem legis" siempre que se hubiera infringido el espíritu de la Ley, aún cuando se hubiera conformado a la letra, con independencia de la intención del agente.

De seguirse esta orientación doctrinal, la única figura apta para servir al proceso fraudulento serían los denominados negocios indirectos. La delimitación de esta figura del campo propio de la simulación se reduciría a la ya expuesta al tratar de los negocios indirectos (70).

(66) CÁMARA, loc. cit., pág. 58.

(67) El Prof. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, I, pág. 452, ve la razón de esta incertidumbre en la imprecisión con que se usa la expresión "fraude" en la doctrina y en la práctica.

(68) Cfr. en general, MESSINA, FERRARA, ASCARELLI, GRECO y CARIOTA-FERRARA. En España DE CASTRO, loc. cit., pág. 451 y DE BUEN: *Introducción al estudio del Derecho civil*, pág. 355.

(69) CARRARO: *La nozione di negozio in frode alla legge*, págs. 69 y 77-78.

(70) Para el encuadramiento del negocio en fraude a la Ley entre los negocios indirectos, cfr. después de la obra de FERRARA, ASCARELLI, *Il neg. indir...*, loc. cit., págs. 23 p ss., esp. págs. 51 y ss.; *Contratto misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donatione*, "Riv. Dir. Comm.", 1930, II, pág. 462; GRECO:

De entenderse, en cambio, con parte de la doctrina alemana, por fraude el enmascaramiento o desfiguración de la situación de hecho, o si, con ROTONDI (71), se ve en el fraude un amplio campo de confines indeterminados en que la violación está artificiosamente trabada, a fin de eludir la sanción; también podrán ser fraudulentos los negocios simulados.

Pero la simulación no añade ni quita nada al negocio concluído. La simulación, en ese caso, no es un medio de eludir la ley, sino de ocultar su violación. Una vez removida la simulación, queda el negocio querido sin falsas apariencias, que si va directamente contra una norma imperativa será "contra legem", no "in fraudem legis". La aplicación de la regla "plus valet quod agitur quan quod simulate concepitur" hace inepto al negocio simulado para modificar la verdadera naturaleza del disimulado.

Cuando no se entienda por fraude a la ley una encubierta violación de la misma, sino un comportamiento independiente del "contra legem agere", una causa autónoma de invalidez del negocio, es evidente la necesidad de excluir la simulación de los medios idóneos para defraudar (72).

Parece, pues, que no hay inconveniente en aceptar las conclusiones de la doctrina, a partir, especialmente, de BÄHR, que ha mantenido la distinción conceptual entre la simulación y el fraude.

Los actos en fraude a la ley se distinguen netamente de los absolutamente simulados, tanto por el elemento intencional como por su estructura interna, ya que, a través de ésta, se da lugar solamente a una apariencia de negocio realmente inexistente: los negocios fraudulentos son realmente queridos tal como aparecen, y van destinados a producir un efecto en el mundo exterior. El acto absolutamente simulado es inexistente; el fraudulento es real y se quiere con todas sus consecuencias.

En realidad el acto puramente simulado no es querido mientras lo es el acto en fraude a la ley, el cual produciría los efectos que le son propios si no fuera desde el principio o posteriormente privados en

La società, loc. cit., págs. 757 y ss.; CARIOTA FERRARA: *I negozi fiduciari*, cit., página 52, núms. 37 y ss. y en *Il negozio giuridico*, cit., pag. 586.

(71) *Gli atti in frode alla legge*, Torino, 1911, págs. 179-180.

(72) CARRARO loc. cit., págs. 108-109; también ROTONDI, loc. cit., pag. 179 afirma que cuando se vea en el fraude a la Ley un vicio autónomo del negocio no puede ser considerado como un medio de fraude a la Ley. La tesis contraria proviene de la confusión entre los actos en fraude a la Ley y los actos contra legem, especies que deben ser claramente diferenciadas. Son actos "contra legem" aquellos a través de los cuales se consigue el mismo resultado previsto por la norma imperativa y que esta prohíbe o permite tan sólo obtener en determinados supuestos. Supone un choque brutal con la norma imperativa. En los actos "in fraudem legis", en cambio, se persigue el resultado previsto por una norma, adoptando un medio (jurídico) y no siendo el contemplado por la misma conduce al resultado prohibido. Sin embargo en nuestra doctrina DE BUEN, loc. cit., página 355, considera los "actos en fraude a la Ley" como una especie de los actos contrarios a la Ley.

todo o en parte de su eficacia, en razón a consideraciones que prescinden del real querer de las partes. El acto en fraude a la ley es inválido porque constituye un medio para eludir una norma coactiva; es realmente querido, pero como medio para conseguir un resultado no permitido (73).

Más dificultades ofrece la delimitación conceptual de la simulación relativa, que ha sido asimilada al "in fraudem legis" argumentándose que en ambos hay una infracción a la ley manifestada exteriormente como respetándola, contradiciendo en realidad su significado (74). Tal asimilación aparece, sin embargo, errónea si se tiene en cuenta que parte de la falsa base de que toda simulación relativa contradice la norma legal (75).

III. En el campo de la simulación contractual tres son las especies posibles.

a) Si las partes, además de no tener la voluntad que declaran no tienen ninguna otra, nos encontramos en el caso de la que se viene llamando simulación absoluta.

b) Si en lugar de la voluntad que expresan (voluntad ficticia) tienen otra que no revelan al exterior, efectiva, el supuesto es de simulación relativa, en la que coexisten un negocio (aparente) simulado, o fingido, y un negocio efectivo, pero secreto, esto es, disimulado.

c) En el caso de que alguien finja estipular un negocio con un determinado sujeto, mientras que, en realidad, quiere estipularlo y lo estipula con otro, que no aparece, nos encontramos en el supuesto de interposición ficticia de persona a que al principio nos hemos ya referido.

La distinción entre la simulación absoluta y la relativa es tradicional y la encontramos también en los prácticos (76).

El acto simulado de modo absoluto es un acto inexistente, un acto nulo, no por defecto de forma, sino más bien por falta de con-

(73) STOLFI: *Teoría del negocio jurídico*, Padova, 1947, pág. 124.

(74) En este sentido CÁMARA, loc. cit., pág. 68, siguiendo a ALMADA: *La simulación*, Montevideo, 1937, núm. 14, pág. 36.

(75) Vid. sobre este punto CARRARO, loc. cit., págs. 104-105; FERRARA, loc. cit., págs. 95 y ss., esp. 105; MESSINEO, loc. cit., I, pág. 335 ve en la simulación no sólo un medio de "contra legem agere" sino también un instrumento de "frode ai creditori". Una postura ecléctica poco convincente es la de BUTERA, loc. cit., págs. 56-59, que distinguiendo, en principio, el acto simulado del fraudulento, en cuanto el primero es un negocio ficticio y el segundo un negocio sincero, añade que el acto simulado no se debe fundir y confundir con el acto fraudulento, pero tampoco separarlo completamente, sino tampoco distinguirlo como una particular forma de fraude. El acto simulado dice, es un modo de dañar a los acreedores de la misma manera que el acto fraudulento y, añade, la simulación es una forma agravada o cualificada de fraude. Entendemos que el negocio simulado no es apto para el fraude precisamente porque no es sincero lo que sí puede hacer es velar la realidad de otro negocio que puede perseguir aquella finalidad.

(76) Vid. BUTERA, loc. cit., pág. 60, nota 3.

tendo. La declaración no responde al interno querer, porque es evidente que el mismo tiempo no se puede querer y no querer. El acto simulado de modo absoluto no existe por defecto de voluntad, por falta de voluntad efectiva de contratar. Ello explica que no pueda ser sanado por un acto confirmativo expreso ni ratificado tácitamente por actos posteriores. En la literatura jurídica se le encuentra a menudo calificado de fantasma, de negocio ilusorio, de acto vacío o decorativo, de figura vana de algo imaginario. Bajo la apariencia de realidad no hay negocio velado. Lo dijeron los romanos: "colorem habet, substantiam vero nullam".

En el supuesto de simulación relativa existe, en cambio, un negocio que tiene un contenido diverso del aparente: "colorem habet, substantiam vero alteram". Las partes, en lugar de la voluntad que expresan, tienen otra que no revelan al exterior. Coexisten, pues, un negocio (aparente) simulado, o fingido, y un negocio efectivo, pero secreto: el negocio disimulado. Constatada la simulación, este es el negocio que se hace valer: "plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur".

El negocio disimulado, oculto bajo el aparente, si reúne las condiciones formales y sustanciales exigidas por el Derecho, es válido, porque éste es el querido por las partes. El negocio disimulado 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 (77).

En el caso de simulación relativa, el juez, al constatar la simulación, viene a alumbrar el negocio disimulado. Cabe que las partes impugnen una mera apariencia; pero están obligadas a respetar la sustancia, el negocio verdadero que allí se esconde, el "quod actum", en lugar del "quod dictum". El negocio realmente formado viene a prevalecer sobre el ficticio.

Nuestro Tribunal Supremo, siguiendo esta misma orientación, ha establecido que si bien al amparo del art. 1.276 puede admitirse la validez de los negocios disimulados, es necesario que se justifique la causa verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar y el cumplimiento de las formalidades impuestas por la ley (78).

Una de las formas de simulación relativa es la que afecta a los sujetos del contrato, la interposición de persona, que en la doctrina recibe el nombre de testafierro. Su naturaleza jurídica ha dado lugar a uno de los debates más intrincados de la doctrina, complicado por la imprecisión terminológica (79).

(77) BUTERA, loc. cit. págs. 383 y ss.

(78) Vid., p. ej. las Sents. de 3 marzo 1932 y 22 febrero 1940. Cfr. CASTÁN, II, págs. 559-600.

(79) No podemos entrar aquí en esta materia. Puede verse el planteamiento del problema en FERRARA, loc. cit. págs. 269 y ss. y BUTERA, págs. 63 y ss. En

La delimitación de esta figura de la del mandato no representativo ofrece especial interés y ha sido realizada certeramente por nuestra jurisprudencia (80).

A las mismas consecuencias que las apuntadas hasta aquí se puede llegar utilizando a los preceptos de nuestro Código civil. Para la simulación relativa, el art. 1.276; para la absoluta, el 1.261, que ha sido tomado como base para un interesante desarrollo jurisprudencial. Casos concretos de interposición de persona se encuentran, entre otros, en los arts. 628, 755, 1.335, 1.459.

IV. 1. La simulación absoluta constituye un supuesto de nulidad radical, inexistencia o nulidad de pleno Derecho, por defecto absoluto de consentimiento, elemento esencial en la formación de todo contrato (art. 1.261 C. c.) (81). Sin embargo, esta causa de nulidad no obra de pleno derecho porque el título o apariencia externa del acto hace posible que las partes o una de ellas se amparen en él hasta que no se haya hecho valer la simulación mediante la acción correspondiente (82). La simulación, hasta que no sea descubierta o des-enmascarada, mientras no se haga valer, no es relevante, y el negocio simulado despliega su validez y eficacia como si fuera verdadero, efectivo (83).

2. a) a') Una vez hecha valer la simulación, viene a faltar todo efecto positivo y, por tanto, decaen las adquisiciones eventuales que una o entrambas partes hubieran realizado. Creemos que para que las cosas vuelvan a su estado anterior no son necesarias, en contra lo que alguna jurisprudencia ha impuesto en determinados casos, nuevas escrituras (84).

No se ha extinguido ni nacido derecho alguno ni tampoco pueden las partes confirmar el acto con posterioridad, porque adolece de un vicio de raíz. Si los socios quieren obtener los efectos jurídicos del contrato como si fuera real, tendrán que concertar uno nuevo, que, salvo estipulación en contrario, surtirá efectos desde este mismo momento, no desde el de la estipulación del simulado.

principio, es lícita porque no hay obstáculo en que alguien adquiera aparentemente para sí, adquiriendo en realidad para otros.

(80) Vid. la Sent. de 1 febrero 1941.

(81) En contra, CÁMARA, págs. 267-271, afirma que el acto simulado no es inexistente, sino que tiene una vida defectuosa viciada de nulidad por carecer de concurso real de voluntades para efectuarlo.

Para este epígrafe puede verse en general, BELEZA, loc. cit., págs 319-416, y CÁMARA, págs. 261-358.

(82) CASTÁN, loc. cit., II, págs. 533-634.

(83) MESSINEO, loc. cit., I, pág. 335. En este mismo sentido la S. de 3 de enero de 1947, dice: "Si bien, según la opinión corriente, la inexistencia o nulidad absoluta del contrato obra de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial por no producir el mismo efecto, tal doctrina no siempre puede admitirse como exacta, pues al crear todo negocio jurídico una apariencia de validez, se hace necesario destruir tal apariencia si constituyese obstáculo para el ejercicio de un derecho."

(84) Vid. CÁMARA, loc. cit., págs. 277-278.

Por la misma razón todas las posibles enajenaciones posteriores serán inválidas por estar basadas en una transmisión inicial irreal. Los frutos, aunque hayan sido percibidos por el adquirente ficticio, podrán ser repetidos por el dueño inicial, que no ha perdido su propiedad en ningún momento. Entendemos, sin embargo, que el adquirente simulado deberá ser reembolsado de los gastos que hubiera efectuado para la conservación de la cosa ficticiamente transmitida.

b') En la simulación relativa sobreviene el negocio disimulado, o sea, el negocio que es efectivo, de cuya validez y eficacia se juzgará según posea o no en cada caso los requisitos exigidos por la ley. Apartado el negocio ficticio, se aplicarán al disimulado los principios comunes, y producirá los mismos efectos que habría originado de haber sido estipulado de un modo manifiesto (85).

b) La protección a los terceros de buena fe (86) es una necesidad vivamente sentida en todo momento, y que tiene una especial importancia en los supuestos de simulación. Entre las partes no hay simulación posible, y se aplican las normas del Derecho común.

Si se aplicaran íntegramente todos los principios de la simulación los terceros quedarían totalmente a merced de los engaños de las partes. La libertad de contratación ha de encontrar, por ello, necesariamente, un límite en la protección y en la tutela de los terceros de buena fe, que ha sido una constante preocupación de la doctrina y de las legislaciones más o menos claramente (87).

(85) Cfr. CASTÁN, loc. cit., II, pág. 599; FERRARA, loc. cit., págs. 303 y ss.; MESSINEO, I, págs. 335 y ss., y STOLFI, loc. cit., pág. 125.

(86) En general, las leyes no distinguen entre los terceros de buena y mala fe, con la excepción del Código del Japón, art. 94, pero la exigencia de que se trate de terceros de buena fe deriva de la "ratio" misma de la Ley y es conforme con toda la disciplina jurídica de la simulación. Frente a la opinión conforme de la doctrina, es aislada la postura de LAURENT, F.: *Principes de Droit Civil Français*, pág. 384. Por los demás, el principio que apuntamos arranca ya de los glosadores: *Nulli proejudicat dolosa simulatio*.

(87) Establéciese en el art. 1.321 del C. c. francés: "Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes: elles n'ont d'effet contre les tiers" y en el C. federal suizo de obligaciones, par. 16: "El deudor no puede oponer la excepción de simulación al tercero de buena fe que tiene en su poder un reconocimiento escrito de deuda". El art. 1.037 del C. portugués prescribe que: "Si el primitivo adquirente hubiese transmitido a otro la cosa adquirida, beneficiaría al tercero su buena fe, quedando a salvo la acción a favor del acreedor contra el transmitente".

Falta en el C. alemán una norma general consagrada a este punto, pero a través de su articulado encontramos numerosos preceptos especiales de los cuales resulta una amplia protección a los terceros de buena fe siendo escasísimos y de poca importancia los supuestos en que falte esta protección.

El C. c. italiano, derogado, establecía en su art. 1.319 que: "Las contradecларaciones hechas por escritura pública no producen efecto sino entre las partes contratantes y sus sucesores a título universal", entendiéndose la doctrina que tal precepto puede ampliarse a todos aquellos casos en que los contratantes hicieran constar, de cualquier modo, la simulación cometida, dándole así la amplitud suficiente para resolver numerosos supuestos de simulación. El nuevo C. c. vigente regula la materia en el art. 1.415 en que se establece: "La simulación no puede oponerse ni por las partes contratantes ni por los causahabientes o por

La protección de los terceros de buena fe que tuvieron por real al contrato simulado es, sin duda, la cuestión central y, prácticamente, la más importante de la teoría de la simulación, apoyándose en ella la necesidad de dar seguridad a las relaciones sociales.

En este sentido puede considerarse como generalmente admitida la tesis de que la no validez del contrato simulado se refiere a las relaciones establecidas entre los simulantes, mientras que, respecto a los terceros, las declaraciones hechas se reputan subsistentes. A los terceros de buena fe no cabe oponer la excepción de simulación. Esta es la concepción de toda la amplia doctrina francesa de las "contre-lettres", construída en base en el art. 1.321 del Código civil de Napoleón (88). Habrá de tenerse en cuenta también, en esta materia, el sistema de protección de terceros de buena fe de la Ley Hipotecaria.

3. a) La acción de declaración de simulación es obra de una lenta evolución jurisprudencial que ha tendido a escindirla poco a poco de la acción pauliana, con la que ha estado mucho tiempo confundida y a cuyo origen debe alguno de sus rangos.

Para la doctrina dominante se trata de una acción autónoma (89), declarativa (90), tendente a hacer constar de modo autorizado la falta de realidad o la verdadera naturaleza de una relación jurídica (91).

los acreedores del simulado enajenante, a terceros que han adquirido de buena fe del titular aparente, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de simulación. Los terceros pueden hacer valer la simulación frente a las partes cuando esta perjudica sus derechos".

El C. c. francés ha sido en este punto fuente de inspiración de otros muchos, pueden citarse: el napolitano (art. 1.275); parmesano (art. 2.267); tunecino y marroquí (art. 22) cit. por BUTERA, loc. cit., pág. 107, y CÁMARA, pág. 300. En la misma línea los C. c. del Brasil, art. 104; China, art. 87; Japón, art. 94 y Perú, art. 1.097; Código Internacional de las obligaciones, de CONSENTINI, artículo 103; Venezuela, art. 1.031, y polaco, de las obligaciones, art. 35, etc.

No disponemos en nuestro Derecho de una regulación específica de la simulación, sino tan sólo de aplicaciones concretas, habiendo sido obra de la jurisprudencia su generalización y desarrollo. La doctrina (cfr. las notas de PÉREZ y ALGUER al ENNECERUS, t. I, vol. II, pág. 183), ha afirmado que la misma razón que inspira el art. 1.230 puede ser utilizada con fundamento de la ineficacia de la simulación contra terceros.

(88) COLIN, y CAPITANT: *Cours*. II, pág. 63 definen la contre-lettre como un acto escrito destinado a permanecer secreto que modifica o suprime los efectos aparentes de una convención concluída entre dos personas. Para el Derecho español, vid. NÚÑEZ LAGOS, R.: *Perfiles de la fe pública*, en "Anuario de Derecho civil", II, 1, pág. 33.

(89) PLANIOL y RIPERT: *Traité*, VI, núm. 977.

(90) Por el camino recto PIC, P.: *De la simulation dans les actes de société*, en el "Daloz Hebdomadaire Chronique", 1935, pág. 33, dice que se trata de una acción declarativa de inexistencia, tendente a hacer reconocer que una convención aparente no existe.

(91) No faltan, sin embargo, voces en contra de la misma existencia de la acción de simulación, así ESCALADA, F.: *La simulación en nuestro derecho positivo*, Montevideo, 1924, págs. 34 y ss. BELEZA, loc. cit., I, pág. 328 ha proclamado, más o menos ampliamente, su inutilidad. Tales posturas no nos parecen justificadas porque la apariencia, aún cuando sea jurídicamente inexistente, tiene vida corporal, real, que puede originar situaciones equívocas e inconvenientes para la seguridad del orden social.

Suele calificarse de acción de declaración de inexistencia; pero en el caso de simulación relativa es también de aseguramiento del negocio disimulado. En realidad, la acción de simulación absoluta es de declaración negativa, mientras que la de simulación relativa es de declaración a un mismo tiempo negativa y positiva (92).

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 todo poder de engaño, desde el momento que el juez pone de relieve públicamente los verdaderos límites de la apariencia y de la realidad. Por ello, no es siempre una acción de declaración de inexistencia total; esto reza tan sólo para el supuesto de simulación absoluta. En el caso de simulación relativa la declaración es doble. La acción de declaración de simulación va destinada a deshacer la obra de los simuladores, actuando, para ello, en sentido inverso. Es una réplica a la simulación. Una vez declarada la simulación, todo ocurre como si jamás hubiera existido, imponiéndose la necesidad de acoplar la realidad al Derecho común. No cabe hablar ya de acto aparente y de acto secreto, de acto real y de acto inexistente. En lo sucesivo, las relaciones jurídicas entre las partes se establecen sobre la base del acto real (93).

Como consecuencia de su carácter declarativo, la acción de declaración de simulación es también imprescriptible, como la misma inexistencia, que es también perpetua e insubsanable: "quod ab initio nullum est non potest tractu temporis convalescere". No cabe pensar que el transcurso del tiempo pueda extinguir la acción de reconocimiento de un hecho o situación jurídica determinados. La nota de imprescriptibilidad referida a las acciones declarativas es comúnmente admitida por la doctrina (94) y por la jurisprudencia (95).

b) Según la doctrina a nuestro juicio más segura (96), el fundamento de esta acción está en el principio romano "plus valere quod

(92) CÁMARA, pág. 283.

(93) ABEILLE, págs. 102 y ss.

(94) FERRARA, loc. cit., págs. 418 y ss., y los autores citados por BUTERA, página 492, nota 3. En contra el mismo BUTERA afirma que si bien es evidente que la simulación es imprescriptible en el caso en que se hace valer en vía de excepción no sucede lo mismo en el caso de que se proponga en vía de acción. Sostener que el negocio simulado es imprescriptible por inexistente, es una petición de principio: la inexistencia no puede ser sino jurídica y sólo es declarada tal mediante una providencia jurisdiccional, no antes; pero para declarar un negocio simulado, la cuestión relativa a la prescripción, debe prevalecer, en principio.

Pero estas argumentaciones no parecen convincentes porque si bien es cierto que la inexistencia no se declara sino mediante una declaración judicial, no es menos cierto que si ésta no media, no se pone en claro la situación equívoca.

(95) Nuestro T. S. ha establecido que es aplicable el plazo de prescripción de acciones a los actos de invalidez absoluta del contrato, así la S. de 24 febrero de 1927. Insisten en el carácter imprescriptible de la acción o excepción para hacer valer la inexistencia las S. de 6 marzo 1909, 11 enero 1928 y 10 abril 1933.

(96) Para una exposición de las diversas teorías puede verse CÁMARA, loc. cit., págs. 369 y ss.

agitur quam quod simulate concepitur": la realidad debe prevalecer sobre la simulación. Este es, en esencia, el espíritu que inspira la regulación de la materia. Sin embargo, debe reconocerse que este principio, por su gran generalidad, deja sin resolver diversas cuestiones, entre ellas los límites de esta preponderancia o los medios para solucionar algunas de las dificultades que surgen en la práctica. Es necesario contemplar más concretamente las diversas hipótesis de simulación que pueden darse.

Si la simulación es ilícita y está destinada a enmascarar el fraude, el fundamento de la acción está en la necesidad de suprimir el fraude y, como paso previo, la necesidad de desenmascararlo. En los casos de simulación lícita, el fundamento no es otro que la existencia de un interés jurídico en el actor, esto es, la disposición de la titularidad de un derecho subjetivo o de un conjunto de relaciones jurídicas, y que ha surgido, con su violación o amenaza, la necesidad de la tutela jurídica (97). Impera aquí también el principio general de que es necesario un interés en obrar para ejercitar la acción de simulación. Si no hay interés, no hay acción en juicio; el interés es exigido cualquiera que sea el sujeto que promueve la acción (98).

Nuestro Tribunal Supremo, dentro de esta misma dirección, y para no citar sino dos sentencias de las más recientes, ha establecido que, "doctrinalmente, quien impugna por simulación ha de tener la titularidad de un derecho que ponga en peligro el contraste carente de realidad y ha de justificar un interés en requerir la tutela jurídica" (S. de 22 de febrero de 1943), y que "para el ejercicio eficaz de la acción de simulación de contratos no basta justificar que el negocio en litigio se ha efectuado de modo aparente, con ausencia legal de los requisitos del contrato, sino que es preciso, además, que quien actúa procesalmente con esta finalidad tenga un interés jurídico tutelable por el órgano jurisdiccional; esto es: que sea titular de un derecho subjetivo o de una situación jurídica que el negocio simulado vulnera o amenaza" (S. de 30 de junio de 1944).

c) Hoy, gracias a una larga evolución que ha ido ensanchando progresivamente su ámbito, toda persona que tenga interés puede ejercitar la acción de simulación.

(97) FERRARA, loc. cit., pág. 421, señala como requisitos necesarios: 1.º Que exista una situación de incertidumbre objetiva del derecho o de la posición jurídica. 2.º Que de esta incertidumbre resulte daño para el titular. De tal modo que para poder impugnar la acción de simulación se necesita: 1.º Ser titular de un derecho subjetivo o de una posición jurídica amenazada o embarazada por el contrato aparente. 2.º Probar el daño sufrido por consecuencia de la incertidumbre ocasionada por el acto simulado; daño que determina la necesidad de invocar la tutela jurídica.

(98) Entiende BUTERA, pág. 310, que en el caso de que la acción sea interpuesta por los mismos autores de la simulación es suficiente el simple interés en sustituir lo no verdadero por lo verdadero, no es necesario aquí el encubrimiento de algún fraude ni la existencia de un daño a los otros contratantes o a los terceros.

En caso de simulación absoluta podrá accionar toda persona que tenga interés en ello; pero en nuestro Derecho no es una acción pública o cuasi pública, como sucede en otros ordenamientos (99), aunque puede ser ejercitada no sólo por los terceros a quienes la simulación perjudique, sino por los propios simuladores y sus herederos y representantes. Puede decirse, en suma, que la declaración de simulación puede ser pedida por quien tenga un interés serio y legítimo en solicitarla (100). Lógicamente, entre las personas investidas del poder de promover la acción de simulación, ocupan el primer puesto los autores mismos del acto simulado. Hay acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia sobre este punto (101). Los autores del acto simulado y sus herederos tienen siempre interés cierto y legítimo en hacer constatar por la justicia que el negocio realizado es aparente (102).

En el caso de negocio jurídico simulado, concluído mediante un representante o un nuncio, la acción compete al representado, toda vez que es éste el sujeto de la relación, en cuyo nombre e interés el acto fué concluído (103). Pero no sólo los que han intervenido como autores en el acto simulado, sino también todos los terceros perjudicados pueden pedir la declaración de simulación. Nuestra jurisprudencia ha venido manteniendo este criterio en numerosas sentencias (104).

Dado el carácter universal de la acción, la impugnación puede dirigirse contra cualquiera que tenga interés en oponerse al reconocimiento de la simulación (105).

4. En un acto jurídico normal se presume que la declaración de voluntad expresa la voluntad real, y que las partes han manifestado lo que en realidad pensaban. Por ello, y siguiendo un principio de

(99) Cfr. en este sentido el C. c. argentino, art. 1.047 y el brasileño, art. 105. Para nuestro derecho vid. CASTÁN, loc. cit., II, pág. 634. También BUTERA, págs. 272-273, entendiendo que el ciudadano no puede en forma de acción popular, impugnar un acto por simulación, por considerarlo dañoso para el Erario, por que le falta título suficiente para promover la acción de simulación. Le falta a la vez el derecho y el interés para obrar.

(100) BELEZA, loc. cit., II, pág. 26.

(101) Cfr. BUTERA, loc. cit., pág. 245 y nota I, con abundantes citas de doctrina que pueden completarse con las amplias referencias a la doctrina hispano-americana, especialmente argentina, de CÁMARA, loc. cit., págs. 416 y ss.

Nuestra jurisprudencia parte constantemente en sus decisiones de que la nulidad puede ser pedida por los obligados principal o subsidiariamente, ampliando, mediante una interpretación analógica del art. 1.302, tal facultad también a los terceros. Vid. S. 20 nov. 1926 y 26 nov. 1946. Puede verse una recopilación de jurisprudencia relativa a la materia que estamos tratando en el estudio de ARTURO MAJADA: *Las nuevas orientaciones del Tribunal Supremo en materia de simulación contractual: ante un caso práctico sobre arrendamientos urbanos*, en "Revista General de Derecho". 1949, págs. 22 y ss.

(102) CÁMARA, loc. cit., pág. 410.

(103) BUTERA, loc. cit., págs. 272-273.

(104) Entre ellas las de 23 septiembre de 1895 8 de julio y 12 octubre de 1916, 8 octubre de 1919, 30 mayo de 1925, 20 noviembre de 1926, 11 enero de 1928 y 26 noviembre de 1946.

(105) FERRARA, loc. cit., pág. 430; BUTERA, loc. cit., págs. 277 y ss. descendiendo a una abundante casuística.

tipo general, quien alega judicialmente la divergencia entre estos dos elementos que normalmente se armonizan, tiene que probar cuanto alegó, porque los supuestos anormales no se presumen. Quien pretende hacer valer en juicio una simulación necesita probar los hechos en que se basa, excepto si tuviera a su favor alguna presunción de Derecho. La regla de la prueba en quien alega la simulación no sufre excepción alguna, sea cual fuere la índole del acto impugnado. "Onus probandi incumbit actori."

Pero si ello es cierto, no lo es menos que las dificultades que su aplicación práctica ofrece son muchas veces poco menos que invencibles. En ocasiones la imposibilidad deriva de un obstáculo de hecho, porque no se consiguen medios probatorios suficientes. La simulación se realiza secretamente, y los simuladores hacen desaparecer cuantos indicios puedan descubrirla. Otras veces, el obstáculo es de Derecho, ya que siempre el legislador permite la utilización de todos los medios de prueba, especialmente cuando son los mismos simuladores o sus representantes los que la alegan y el acto consta en documento auténtico.

Atendiendo a las dificultades que ofrece en muchos casos la demostración directa de la simulación se acude a las presunciones judiciales, utilizadas por los terceros ante la imposibilidad de suministrar pruebas documentales o preconstituidas. La prueba "per coniecturas, signa et urgentes suspiciones" es admitida unánimemente por la doctrina con remotos precedentes legislativos y jurisprudenciales (106). No cabe fijar el número mínimo de presunciones exigibles para la constitución de una válida prueba de simulación. Normalmente, pocos indicios constituirán prueba plena de simulación; pero una sola circunstancia de hecho podrá en algún caso, por su índole e importancia suficientemente persuasiva, permitir al juzgador fundar su propia convicción.

Algunos códigos exigen que los hechos en que se fundan las presunciones sean concordantes entre sí; por ejemplo, el Código francés, art. 1.353, y el italiano derogado, art. 1.354. La doctrina exige a veces que sean graves, precisas y concordantes (107). Por lo demás, es ésta una materia en que es muy difícil fijar regla o aun señalar directrices generales. Los elementos de apreciación varían extraordinariamente en cada caso, según las diversas circunstancias concurrentes. El juez debe gozar de la más amplia libertad para valorar la fuerza probatoria de los indicios que las partes aducen como reveladoras de la simulación.

Como punto de partida para probar la simulación será muy conveniente precisar la "causa simulandi", motivo determinante o interés que mueve a las partes a simular: utilidad que se obtiene de la conclusión del negocio jurídico simulado y que muestra la razón de ser

(106) Pueden verse citas abundantes en CÁMARA, loc. cit., pág. 237 y nota 123.

(107) CÁMARA, loc. cit., pág. 244.

de la simulación. 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. No es lógico ni lícito pensar que alguien realice un acto simulado por el simple capricho de simular, sin que tenga en ello un interés real y positivo.

Pero la prueba de la existencia de "causa simulandi" no basta para concluir que la simulación existe. Es necesario, a tal fin, demostrar la existencia de hechos y circunstancias que concurran a poner de relieve la simulación. El descubrimiento de la existencia de la "causa simulandi" es el primer signo de simulación, pero no es suficiente. Muestra que es legítimo sospechar la existencia de la simulación; pero debe proseguir la demostración, en la que los indicios ocuparán un lugar destacado. Estos indicios varían mucho de unos casos a otros; pero un cierto número de ellos, más frecuentes y comunes, pueden considerarse ya como indicios clásicos (108).

Nuestro Tribunal Supremo, en la S. de 12 de julio de 1941, recoge, como indicio de simulación, la inexistencia de causa eficaz por irrisoriedad de precio, como prueba de la incapacidad del vendedor, o de que el motivo del contrato no fué el que lisa y llanamente se hacía constar, entendiendo que existe evidente presunción de la ficción y el engaño en la expresión de la causa del contrato, concurriendo todos los "requisitos usuales justificativos de la simulación": vínculo de afecto entre los otorgantes, bajo precio, inexistencia de motivo para la enajenación, imposibilidad económica del comprador y estado de patrimonio del enajenante, pues cuando se trata de contrato oneroso es necesario que el dinero se encuentre en el patrimonio del vendedor. Insístese en la misma sentencia que todas las circunstancias que acompañan al contrato (entre ellas las relaciones de convivencia existentes entre las partes, la falta de correspondencia entre el precio que se dice entregado y el valor de los bienes), revelan la falsedad de la causa consignada en el mismo.

Recogen también típicas presunciones e indicios de las S. de 9 de enero y 19 de diciembre de 1947, para no citar sino dos de las más recientes, afirmándose en la última claramente que para declarar simulada la venta de dos fincas la Sala sentenciadora tuvo en cuenta la prueba practicada, y en particular, la de confesión de los propios demandados, juntamente con la de presunciones.

5. La existencia de un documento público en que se instrumente el acto simulado no es obstáculo para el ejercicio de la acción de simulación.

(108) Para la jurisprudencia italiana puede verse BUTERA, loc. cit., págs. 348 y ss. V. a. CÁMARA, loc. cit., págs. 246 y ss. con especiales referencias a la jurisprudencia argentina. BELEZA, loc. cit., II, pág. 167 ha hecho una sistematización, distinguiendo entre simulación absoluta, relativa e interposición de persona. Para esta materia, en general, v. BUTERA, págs. 314 y ss.; BELEZA, II, págs. 145 y ss.; FERRARA, loc. cit., pág. 375, y CÁMARA, loc. cit., págs. 161 y ss.

Hoy puede considerarse como superada la tesis de que la intervención de notario hace inoperante la acción de simulación, porque está basada en una confusión de conceptos y en la falta de precisión de las diversas modalidades de la intervención del funcionario público.

Unas veces la intervención notarial es exterior al contenido del acto realizado por las partes: el funcionario no interviene activamente en la formación del acto, limitándose a certificar ciertas declaraciones de voluntad. Es una intervención puramente certificadora, en la que el notario atestigua solamente lo que es perceptible a su sentido, lo que ocurre delante de él, la escena que se desarrolla en su presencia. Este es el caso corriente respecto de las declaraciones emitidas o de la rendición de cuentas de dinero; pero no puede garantizar la sinceridad de las declaraciones ni penetrar en las verdaderas intenciones de los declarantes. La simulación mira siempre al elemento intelectual que aletea en la mente de los contratantes, a su voluntad íntima, y el notario, no siendo un adivinador de la voluntad de las partes, no puede atestiguarlo. Si las declaraciones son simuladas, cosa que puede ocurrir perfectamente, la simulación se realiza fuera del campo de actuación del funcionario público, que puede certificar, autorizar u homologar actos simulados sin que su intervención influya sobre la simulación practicada, y, por ello, los actos en que la intervención del funcionario es solamente certificadora o autorizadora, pueden ser afectados por la simulación (109). En estos casos la simulación no afecta a cuanto el notario está llamado a garantizar con su fe pública: el hecho que motiva el otorgamiento y la fecha del documento, pero no la problemática sinceridad de las declaraciones de las partes. Por ello, cuando se tacha de simulado un acto que consta en un documento autorizado por un notario no se pone en duda la autenticidad del documento. El documento puede ser auténtico y reflejar fielmente las declaraciones de las partes; pero éstas pueden ser simuladas y, como tales, objeto de impugnación. Lo contrario sería admitir que la intervención del notario autorizante, simple requisito formal, puede sanar los vicios de un negocio (110).

Para la doctrina italiana (111), un deber de probidad profesional impondrá al notario la abstención de autorizar un negocio que aparezca perceptiblemente como simulado, cosa que ocurrirá, sin duda,

(109) BELEZA, loc. cit., págs. 197-199 y CARIOTA FERRARA: *Il negozio giuridico*, cit., pág. 501.

(110) TUHR, cit., II, 2, pág. 247. Para esta materia en nuestra doctrina vid. espec. CASTÁN: *En torno a la función notarial*, en "Anales Academia Matritense del Notariado", II, 1946, págs. 359 y ss. y, más ampliamente, en la *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, 1946; NÚÑEZ LAGOS: *El valor jurídico del documento notarial*, loc. cit., últ., 1945, I, págs. 385 y ss.; GONZÁLEZ PALOMINO: *Instituciones de Derecho Notarial*, Madrid, 1948, I, págs. 114 y ss.

(111) SOLIMENA, G.: *Della comportecipazione volontaria del notaio negli atti simulati e fraudolenti revocabili ed in quelli simulati e fraudolenti punibili*, en "Riv. giur. Mezzogiorno", 1933, pág. 125; ANSELMI, A.: *Arte notarile*, I, página 35, cits. por BUTERA, loc. cit., pág. 43.

con poca frecuencia, rechazando prestar a ciencia cierta su colaboración en un acto de tal naturaleza, entendiendo que la violación de este principio ético no compromete la responsabilidad civil del notario. En el marco de nuestro ordenamiento jurídico, aparte de este deber de probidad profesional, el art. 145 del Reglamento notarial impone al notario el deber de abstenerse de autorizar "los actos o contratos que en todo o en parte sean contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres, o en que se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez".

La posible intervención del notario en los supuestos de simulación presenta interesantes problemas que tienen su más adecuado planteamiento en el marco del Derecho notarial.

Por lo demás, si el negocio simulado de modo absoluto es un acto inexistente, por falta de consentimiento real y efectivo, éste tampoco puede suplirse aun cuando se inscriba o transcriba en un registro hipotecario, porque esto es tan sólo una forma de publicidad, que no puede sanar la falta de una requisito de fondo. Concretamente, el art. 33 de la Ley Hipotecaria española establece que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes.