

LA NOCION DE LA SIMULACION Y SUS AFINES

Por el Dr. José MELICH ORSINI

Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO: 1.-Caracterización de la simulación. — 2.-*Disconformidad consciente entre la voluntad aparente y la voluntad real.* — 3.-Distinción entre la simulación y el negocio mal calificado. — 4.-Distinción entre la simulación y las declaraciones didácticas, teatrales, por broma o por cortesía. 5.-Distinción entre la simulación y la reserva mental. — 6.-*Acuerdo entre las partes a fin de producir tal divergencia.* 7.-Distinción entre la simulación y el dolo. — 8.-Simulación por interposición de personas. — 9.-Distinción entre la interposición simulada de personas y la interposición real de personas. — 10.-Distinción entre interposición simulada de personas y falsa representación. — 11.-Inscripción de bienes a nombre de otra persona. — 12.-*Intención de crear por tal medio una apariencia engañosa.* — 13.-Concepto de la simulación. — 14.-Necesidad de evitar la errónea doctrina del doble contrato. — 15.-La simulación como producto de las reglas de interpretación del negocio. — 16.-Distinción entre la simulación y el fraude. — 17.-Distinción entre el negocio simulado y el negocio fiduciario.

1.—Hay *simulación* cuando con el consentimiento del destinatario se emite una declaración recepticia destinada a producir una mera apariencia. Las partes fingen la existencia de un negocio jurídico sin tener en absoluto la intención de que tal negocio produzca efectos vinculatorios entre ellas. El negocio es empleado únicamente como una “pantalla” o “máscara”, para ocultar finalidades distintas de las que expresa. A veces, detrás de este “negocio aparente” (que también se califica de “ostensible”, “simulado” o “ficticio”) lo que se oculta es otro negocio y, entonces, este negocio oculto, cuyos efectos sí son verdaderamente queridos por las partes, se denomina negocio “disimulado” (o también “secreto”, “oculto” o “real”). Otras veces, no es propiamente el negocio jurídico en sus elementos objetivos lo que se trata de ocultar, sino solamente la identidad

de alguna de las personas intervinientes, por ejemplo: en un contrato aparente entre dos personas, una de las dos es un contratante ficticio, un "prestanombre" detrás de quien se esconde el contratante efectivo.

En la vida práctica, sobre todo en el campo contractual, abundan las situaciones que dan origen a la figura cuya caracterización intentamos ahora realizar. Enumeremos alguna de estas situaciones:

Un comerciante cargado de deudas que amenazan dejarlo absolutamente arruinado y ante el temor de que sus acreedores embarguen sus bienes, deseando salvar siquiera algunos de ellos, vende *aparentemente* los inmuebles que le pertenecen a un amigo con el *convenio secreto* de que, una vez que haya arreglado con un porcentaje a sus acreedores, aquél le devolverá los inmuebles cuya propiedad ha transmitido sin percibir ningún precio por ellos.

Un propietario, a sabiendas de que el Estado se propone decretar la expropiación de su finca, vende *aparentemente* dicha finca a un pariente por un precio muy abultado, a fin de obtener que se eleve el monto de la indemnización que el Estado pagará al supuesto comprador, quien está *secretamente de acuerdo* en entregarle la suma así obtenida.

Una persona que quiere beneficiar a otra con una donación, a fin de que esta última no tenga que pagar el impuesto correspondiente, celebra con el destinatario de esta liberalidad un contrato *aparente* de venta, mientras *secretamente convienen* que el supuesto comprador no tendrá que pagar el precio fingido, etc.

Si nos detenemos un poco en el examen de los ejemplos anteriores no tardan en mostrárenos ciertas notas comunes, cuya constancia nos invita a caracterizar por ellas a la figura que llamamos simulación, a saber: 1) La disconformidad consciente entre la voluntad aparente y la voluntad real de los declarantes; 2) La existencia de un acuerdo entre quien emite la declaración y quien la recibe de que tal declaración no será eficaz para producir efectos vinculatorios; y 3) La intención

común a las partes de engañar a los terceros, haciéndoles creer erróneamente en la existencia de un contrato eficaz.

Procuremos analizar estas características.

2.—*Disconformidad consciente entre la voluntad aparente y la voluntad real:*

Para que exista lo que técnicamente se llama “consentimiento” se requieren dos distintas declaraciones de voluntad, o lo que es igual, se requiere que cada parte preste su *asentimiento* al contenido del negocio. A su vez el asentimiento supone un acto volitivo libre y consciente por el cual una parte se adhiere a la manifestación de voluntad de la otra parte. Este acto de asentimiento sólo tiene relevancia jurídica en la medida en que haya sido *comunicado* a la otra parte, de modo que ésta tome conocimiento del mismo y entienda su significado.

Llamamos *voluntad negocial* a aquella que se dirige a la obtención de los efectos del negocio y *voluntad de la declaración* a aquella otra voluntad dirigida a efectuar el acto sensible por el cual la voluntad negocial debe llegar al conocimiento del destinatario. La distinción se pone de relieve si consideramos la práctica de las declaraciones escritas, en las cuales se concibe y formula la voluntad negocial mediante la redacción de un documento, elaborado frecuentemente por un tercero (un abogado o un notario) o por una sola de las partes, y, posteriormente, se cumple el acto de la declaración mediante la firma del documento.

Quien desea hacer valer jurídicamente su verdadera voluntad negocial debe elegir los medios sensibles adecuados para declararla. La voluntad interna del sujeto es, en efecto, un acontecimiento psicológico no susceptible de conocimiento directo y sólo puede inferirse, con mayor o menor seguridad, a partir de sus actos sensibles exteriores. De aquí proviene la necesidad de que en el ordenamiento jurídico se tome como voluntad negocial del sujeto aquella que resulte como tal, de acuerdo con los signos sensibles empleados. Se establece así una verdadera presunción de que la voluntad declarada o aparente corresponde a la voluntad interna o real del declarante.

Ocurre, sin embargo, que la voluntad aparente no coincide a veces con la voluntad real, bien porque la declaración no expresa fielmente la voluntad del sujeto, bien porque la declaración se ha emitido sin el sustrato de una voluntad efectiva y legítimamente formada. Se dice en tales casos que hay divergencia entre la voluntad declarada y la voluntad real.

Esta divergencia puede ser *inconsciente*, por haber incurrido el declarante en una equivocación al elegir los medios para manifestar su voluntad (error en la declaración) o porque, aun cuando la declaración haya sido adecuada, ella traduce una voluntad que no se formó correctamente sino bajo el influjo de motivos perturbadores (error-vicio). Pero la divergencia puede también ser *consciente*, de modo que el declarante se dé claramente cuenta de que la declaración no corresponde a su verdadera voluntad. Esto último puede ocurrir o porque él quiere la declaración pero no desea el contenido de la misma (declaraciones didácticas o jocosas, reserva mental, simulación), o porque el declarante, aunque emite la declaración, no quiere ni la declaración ni el contenido de la misma (violencia física).

La simulación presenta, pues, esta primera nota característica: en ella se presenta una divergencia consciente, y lo que es más, intencional, entre la voluntad aparente y la voluntad real; se quiere la declaración, pero no se quiere el contenido de la misma. Dicho en otras palabras, *en todos los casos de simulación existe una divergencia intencional entre la voluntad de la declaración que se quiere y la voluntad negocial que no se quiere.*

3. -De aquí resulta que no hay simulación cuando las partes han *calificado mal* un contrato sin intención expresa, por ejemplo han llamado "arrendamiento con opción a compra" a un contrato de venta a plazo de bienes muebles (art. 1579 *in fine* C. Civil) o han llamado contrato de asociación o contrato de obras a un verdadero y propio contrato de trabajo, etc. En tales casos, tanto las partes como los terceros, tendrán siempre el derecho de hacer prevalecer la verdadera situación jurídica sobre el error de calificación cometido, pero todo se reducirá

a una mera cuestión de interpretación del contrato que nada tiene que ver con la simulación propiamente dicha (1).

4.—Esta primera nota de la simulación no bastaría por lo demás para explicar la acción destinada a impugnar los aparentes efectos del negocio simulado. En efecto, en torno al mismo problema de si la voluntad declarada vincula por su propia virtualidad o si, por el contrario, se requiere su coincidencia con la voluntad interna, se agrupan otras cuestiones como las del error, el dolo, la violencia, la reserva mental, las declaraciones didácticas o en broma, etc., sobre las cuales no es posible dar una respuesta uniforme.

En el caso de las *declaraciones didácticas* y de las *declaraciones teatrales, por broma o por cortesía*, el problema se limita a establecer la ausencia de seriedad de la declaración; falta de seriedad ésta que se inducirá fácilmente en la práctica de las circunstancias que rodean la declaración (2). La existencia o inexistencia de la voluntad de obligarse dependerá de la interpretación y valoración de las circunstancias concurrentes. Sólo verificado este examen se podrá decidir si la voluntad interna tiene o no primacía sobre la declaración. Pero nótese que en esta hipótesis es posible llegar a una solución sin ahondar propiamente el problema de la divergencia entre la voluntad interna y la voluntad declarada, pues con frecuencia se tratará sólo de interpretar los signos sensibles empleados para comunicar la voluntad interna y, entre esos signos, los más elocuentes y decisivos en el caso de una declaración teatral, didáctica o *iocandi causa*, serán precisamente todas aquellas circunstancias concurrentes que contribuyen a darle su sentido expresivo peculiar a la declaración discutida y a demostrar que en ella falta el *animus contrahendi negotti*.

(1) VON THUR, Andreas: "Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán". Editorial Depalma, Buenos Aires, 1937. Traducción de Tito Ravá. Vol. II-2. N° 558; pág. 242. DE PAGE, Heny: "Traité Elémentaire de Droit Civil Belge". Deuxième Edition. Bruxelles. 1948. Tomo II. N° 619. pág. 586.

(2) PLANIOL Y RIPERT: "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés". Traducción de Mario Díaz Cruz. Editorial Cultural S. A. Habana. 1940. Tomo VI. N° 99. Pág. 126; JOSSERAND, L.: "Derecho Civil". Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Ediciones Jurídicas Europa-América. Bosch & Cía. Editores. Buenos Aires. 1950. Tomo I, Vol. I, N° 124, pág. 124 y Tomo II, Vol. I. N° 16. Pág. 17; PUIG BRUTAU, José: "Fundamentos de Derecho Civil". Bosch, Casa Editorial. Barcelona. 1954. Tomo II, Vol. I, págs. 76 y sgts.; CÁMARA, Héctor: "Simulación en los Actos Jurídicos". Editorial Depalma. Buenos Aires, 1944. Págs. 45 y 46.

5.—Si esta declaración en que no existe el *animus contrahendi negotii* ha sido proferida en tales circunstancias que una persona normal debe reputarla como seria, estaremos propiamente en un caso de reserva mental. La *reserva mental*, llamada también restricción mental, existe cuando el declarante emite una declaración disconforme con su intención real, con el propósito de engañar a la otra parte. Hay en tal hipótesis algo más que lo señalado en los casos examinados de declaraciones sin voluntad seria de obligarse; ya no se trata sólo de la falta de *animus contrahendi negotii*, sino, además, de la existencia de un *animus decipendi* (intención de engañar). Y aquí precisamente tendrá que intervenir el derecho en defensa del destinatario de la declaración. “La reserva mental, escribe Von Thur, no puede impedir la eficacia jurídica de la declaración; ningún ordenamiento jurídico la reconoce; también los partidarios más convencidos de la teoría de la voluntad aceptan este punto de vista. La ineficacia de la reserva mental es un postulado imperativo del orden jurídico, se funda en ella la seguridad del estado jurídico y la confianza de la palabra dada” (3). A estas mismas conclusiones llega la totalidad de la doctrina jurídica; no sólo los autores que acogen la tesis declaratista (4), sino aun aquéllos que pretenden permanecer más fieles a la doctrina volitiva (5). La reserva mental no afecta, pues, la eficacia de la declaración, el receptor de la declaración puede atenerse al significado objetivo de ella y ésta valdrá jurídicamente como si hubiere sido hecha sin reserva mental. Esto es así aún en el caso de una doble reserva mental, circunscrita cada una al asentimiento personal prestado por cada contratante.

Pero estas conclusiones son exactas en tanto que el destinatario de la declaración no ha conocido ni podido conocer la reserva mental. Si la reserva mental era reconocible, el

(3) VON ARTHUR, Andreas: Op. cit., Volumen II-2, N° 555, pág. 238.

(4) MESSINEO, Francesco: “Doctrina General del Contrato”. Traducción de R. O. Fontarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1952. Tomo I, Capítulo II, N° 8, nota 17, a) pág. 94; CÁMARA, Héctor: op. cit., págs. 51 y sgts.; PUIG BRUTAU, José: op. cit., Tomo II, Vol. I, pág. 102.

(5) ROUSSEAU, J.: “Simulation et Fiducie”. Paris, 1937. Librería Dalloz, N° 100, pág. 115.

destinatario de la declaración no tenía el derecho de atribuirle a ésta el significado que tendría objetivamente. En esto están también de acuerdo la doctrina y la jurisprudencia.

El Código Civil Alemán, en su artículo 116, aplica expresamente estas soluciones, así: "Una declaración no es nula por la circunstancia de que el declarante se reserve en su interior no querer lo declarado. La declaración es nula si ha de emitirse frente a otro y éste conoce la reserva".

Nuestro Código Civil, al igual que sus modelos, el Código Napoleón y el Código Italiano de 1865, no trae ninguna disposición tendiente a resolver los problemas que plantea la reserva mental. Pero existen, sin embargo, en el articulado de nuestro Código Civil algunas previsiones que pueden servirnos para apoyar la tesis de la ineptitud de la reserva mental para fundamentar una impugnación de la declaración. En efecto, el art. 1146 permite la impugnación de la voluntad negocial aparente mediante la prueba de haber incurrido en error el declarante, pero somete esta impugnación a un requisito: la excusabilidad del error. El error por dolo y culpa grave no justificaría una acción para impugnar la voluntad negocial aparente. ¿Por qué? Los autores han tratado de explicar este requisito de la excusabilidad con base al siguiente razonamiento: en virtud de las reglas de la responsabilidad delictual el autor de un hecho culposo debe reparar el perjuicio que causa por su culpa; ahora bien, el que incurre en error inexcusable incurre en culpa y debe reparar al destinatario de la declaración el perjuicio que le causa impidiéndole la realización del contrato, y la más adecuada indemnización consistirá en mantener el contrato (6). Pues bien, este mismo razonamiento podría hacerse contra quien pretende impugnar un negocio jurídico con base a su pretendida reserva mental (7).

(6) MAZEAUD, Henry: "Cours de Droit Civil" Les Cours de Droit. Paris, 1949-1950, pág. 168; PLANIOL Y RIPERT: op. cit., Tomo VI, N° 180.

(7) Según algunos la ineptitud de la reserva mental para fundar la impugnación del negocio se limitaría a los actos entre vivos, pues sostienen ellos que la reserva mental podría en cambio justificar la impugnación de los negocios *mortis causa*, ya que en estos últimos el legislador estaría interesado primordialmente en garantizar que opere la voluntad real y soberana del disponente (arts. 883, 835, 895 C. Civ.) Cfr. FERRARA, op. cit., pág. 64, nota 62.

6.—*Acuerdo contra las partes a fin de producir tal divergencia:*

La reserva mental tiene de común con la simulación la existencia de una disconformidad entre la voluntad declarada y la voluntad real y también el hecho de que en ambas hipótesis está divergencia intencionalmente producida está destinada a engañar. Pero la reserva mental se diferencia en cambio de la simulación, en que tal disconformidad entre la declaración y la voluntad real no forma parte integrante del consentimiento de ambas partes, sino que se produce en la esfera del asentimiento singular de cada parte y, además, en que su finalidad es engañar a los propios destinatarios de la declaración con reserva mental y no solamente a los terceros, como ocurre en la simulación.

Esto no dice que la simulación debe distinguirse aun de la reserva mental conocida por el destinatario de la declaración (8) y de la doble reserva mental, pues en tales casos se tratará de todos modos de algo que ocurre en la esfera del asentimiento singular de cada contratante y que no forma parte integrante del acuerdo de voluntades. En la simulación, en cambio, el problema que debe considerarse no es tanto el de una oposición entre la declaración y la voluntad interna, para decidir si debe darse primacía a la primera, como lo quiere la tesis declaratista, o a la segunda, como lo pretende la doctrina volitiva. En la simulación, por existir "acuerdo" entre las partes la "verdadera intención" de los declarantes coincide con lo que las partes se han declarado "entre ellas", la divergencia existe propiamente entre los efectos que el negocio debe producir realmente a las partes y los efectos que se trata de aparentar ante los terceros (9).

7. La simulación se diferencia del *dolo* por la misma razón. En el *dolo*, al igual que en la simulación, se encuentra la disimulación de una intención secreta bajo una apariencia engañosa. Pero apenas se analizan estas dos figuras saltan enseñada las notas diferenciales. El *dolo* es un engaño que ocurre en la fase de la celebración del contrato y necesariamente está dirigido *contra una de las partes* en el contrato, sea que lo pro-

(8) CONTRA. VON THUR, op. cit., II-2, N° 557, pág. 241, nota 17.

(9) PUIG BRUTAU, op. cit., Tomo II, V, I, págs. 80 y 101.

voque la otra parte, sea que provenga de un tercero. La simulación, al contrario, es siempre *un entendimiento entre las partes* dirigido contra terceros y se fragua para fingir efectos que el contrato, por ser meramente aparente, no produce (10).

Lo dicho hasta aquí nos demuestra que la cuestión primordial en materia de simulación no es la de un supuesto problema de divergencia entre la voluntad interna y voluntad declarada, problema que en rigor sólo tiene sentido cuando se está en el ámbito del asentimiento singular de cada contratante, sino más bien la existencia de un *acuerdo simulatorio* entre el declarante y el destinatario de la declaración para que esta última sea emitida en forma no coincidente con la voluntad interna del declarante (11).

8.—Es posible que, para poder alcanzar el fin indirecto propuesto, se recurra a la *intervención de una tercera persona* que juega así el papel de cómplice. Se dirá entonces que hay *simulación por interposición de personas*. El tercero “interpuesto” figurará en el acto ostensible como titular de los derechos que tal acto confiere y para destruir esa apariencia será necesario que el verdadero titular oculto pruebe, por los medios probatorios permitidos, que el tercero titular aparente es un simple “prestanombre” que sólo actuaba en interés suyo. En ciertos casos, en que la interposición de personas es hecha para violar una disposición de orden público, hay simulación ilícita entre las partes. Esta simulación ilícita entre las partes fue la primera en ser regulada por el legislador, quien inclusive llega hasta presumir la simulación por interposición de personas cuando el acto es hecho en favor de determinadas personas (art. 1436 y 1437 Cód. Civil venez., idénticos a los arts. 1053 y 1055 Cód. Civil italiano de 1865 y al art. 911 del Código Napoleón).

(10) DE PAGE, op. cit., T. II, N° 625, pág. 590; PIETRI, Alejandro: “El Código Civil de 1916 y sus diferencias con el de 1904...” Litografía del Comercio, Caracas, 1916, pág. 329; CÁMARA, Héctor, op. cit., págs. 41 y 46.

(11) DE PAGE, op. cit., T. II, N° 619, pág. 586; CÁMARA, Héctor, op. cit., págs. 40 y sigts.; ROUSSEAU, op. cit., N° 59, pág. 107; PUIG BRUTAU, op. cit., T. II, V. I., págs. 79 y 100.

9.—Sin embargo, la interposición de personas es una figura que sólo parcialmente se identifica con la simulación ⁽¹²⁾. En efecto, no siempre puede decirse que exista entre la persona interpuesta y su cocontratante un acuerdo de celebrar el contrato en interés del verdadero contratante oculto. Será frecuente, por el contrario, que el contratante ignore que la otra parte obra sólo como prestanombre. Supongamos que yo deseo adquirir un inmueble de escaso valor general, pero que personalmente para mí, por circunstancias que me son privativas (por ejem.: porque lo necesito para completar una calle que dará acceso a unos terrenos que tengo enclavados detrás del inmueble en cuestión), tiene un valor muy precioso. Es claro que si yo mismo propongo al propietario de tal inmueble la operación de compra, éste procurará sacar el mayor partido de mi urgencia. Para evitar esto hago que un amigo lo compre a su nombre con dinero mío y convengo secretamente con mi amigo el posterior traspaso a mi patrimonio de dicho inmueble.

Salta a la vista que en este caso no puede decirse que existe un acuerdo simulatorio entre mi amigo y el vendedor para hacer figurar un personaje aparente distinto del verdadero interesado en adquirir el inmueble. Por el contrario, el vendedor ignora el convenio secreto celebrado entre mi amigo y yo, y es más bien víctima de la reserva mental de mi amigo.

Esta situación ha hecho pensar a algunos autores que el “acuerdo” de producir la apariencia engañosa no es de la esencia de la simulación, aunque ordinariamente la acompañe, y que es posible concebir una simulación unilateral ⁽¹³⁾. En el ejemplo considerado, se dice, hay simulación sólo respecto de aquel que se denomina adquirente, cuando, en realidad, es mandatario; en cambio, para el enajenante el acto es totalmente sincero y a él no le podría ser opuesta la simulación, teniendo derecho a considerar a la persona interpuesta como a su contratante efectivo.

(12) DE PAGE, *op. cit.*, N° 620 bis., pág. 587; PLANIOL Y RIPERT, *op. cit.*, T. VI, N° 333, nota 4.

(13) JOSSERAND, Louis: “Los Móviles en los Actos Jurídicos”. Traducción de Eligio Sánchez Larios y José M. Cajica Jr. Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, México, 1946. N° 192, pág. 207. En sentido similar, FOURCADE, PUGLIESE, MADRAY, citados por Héctor Cámara, *op. cit.*, págs. 42 y sigts.

Sin embargo, tal *planteamiento es erróneo* y sólo sirve para crear una gran confusión que oscurece totalmente el análisis de la simulación. En efecto, en la hipótesis considerada habría únicamente lo que la moderna doctrina italiana ha llamado "*representación indirecta o mediata*", "*mandato en nombre propio*", "*representación impropia*", o "*interposición gestoria*", nombres todos que tienden a distinguir estas situaciones de la "*representación directa o propia*" a que se refiere el art. 1169 de nuestro Código Civil (14).

En tal caso, se ha hablado también de *interposición real de personas*, a fin de oponerla a la *interposición ficticia*. En la interposición real de personas, la persona interpuesta interviene en el negocio jurídico como *verdadero contratante* y adquiere para sí todos los derechos y obligaciones del contrato, aun cuando esté obligado a traspasar a otro los derechos que le confiere el contrato celebrado y aunque a su vez este "otro" esté obligado a hacerse cargo de los efectos pasivos del mismo. En la interposición ficticia de personas, en cambio, el co-contratante del prestanombre *sabe* que este último declara fingidamente en nombre propio, pero en realidad ha sido convenido entre todos que esa declaración surtirá sus efectos directamente en cabeza del contratante oculto.

Como lo ha demostrado claramente Ferrara (15) sólo en la interposición ficticia de persona existe propiamente una hipótesis de simulación. En la interposición real la persona interpuesta declara una *voluntad propia* (en lo cual se diferencia del representante directo que declara una voluntad ajena: la del representado), y por tal motivo los *efectos jurídicos* de tal declaración se cumplen realmente *en cabeza del propio declarante* (él adquiere los derechos y asume las obligaciones que emanan del contrato), sólo que tales efectos jurídicos están destinados a ser traspasados al patrimonio del interesado oculto, ya que la declaración hecha en nombre propio tiende *económicamente*, que no jurídicamente, a conseguir un resultado concerniente al

14) MESSINEO, *op. cit.*, T. I, Cap. IV, N° 3, pág. 238.

(15) FERRARA, Francisco: "La simulación de los negocios jurídicos". Traducción de Rafael Artard y Juan A. de la Puente. Tercera Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1953. N° 13, pág. 144; N° 50, pág. 272.

círculo de intereses ajenos. Precisamente por el hecho de haberse cumplido los efectos jurídicos del acto directamente en cabeza del propio declarante, se comprende que el interesado oculto no tenga acción directa contra el tercero que contrató con la persona interpuesta, sino que únicamente posee acción personal contra esta última persona en su carácter de mandatario indirecto para obligarlo a rendir cuenta y a remitirle todo lo que ha recibido a causa del mandato (16). Un ejemplo

(16) MESSINEO, op. cit., T. I, Cap. IV, N° 3. La cuestión de la representación indirecta ha sido regulada con todo detalle por el nuevo Código Civil Italiano. El art. 1705 de dicho Código dice: "El mandatario que obra en nombre propio adquiere los derechos y asume las obligaciones derivadas de los actos realizados con los terceros, aun cuando éstos hayan tenido conocimiento del mandato... *Los terceros no tienen ninguna relación con el mandante.* Sin embargo, el mandante sustituyéndose al mandatario, puede ejercer los derechos de crédito derivados de la ejecución del mandato, salvo que éste pueda perjudicar los derechos atribuidos al mandatario por las disposiciones de los artículos que siguen". Estos artículos son: Art. 1706. "El mandante puede reivindicar las cosas muebles adquiridas por su cuenta por el mandatario que ha obrado en nombre propio, salvo los derechos adquiridos por los terceros, por efecto de la posesión de buena fe... *Si las cosas adquiridas por el mandatario son bienes inmuebles o muebles inscritos en registro público, el mandatario está obligado a transmitirlos al mandante. En caso de incumplimiento, se observan las normas relativas a la ejecución de la obligación de contratar*". Art. 1707: "Los acreedores del mandatario no pueden hacer valer sus derechos sobre los bienes que, en ejecución del mandato, el mandatario ha adquirido en nombre propio, siempre que, tratándose de bienes muebles o de crédito, el mandato resulte de escritura que tenga fecha cierta anterior al embargo, o bien que, tratándose de bienes inmuebles o bienes muebles inscritos en registros públicos, sea anterior al embargo la transcripción del acta de retrasmisión o de la demanda judicial dirigida a conseguirlo".

De la lectura de los anteriores artículos se desprende que en el novísimo Código Civil Italiano rige el siguiente sistema: El representante indirecto (persona interpuesta) está obligado, al igual que cualquier mandatario, a transferir al representado el resultado del mandato o, en caso de que no pueda hacerlo, a pagarle los daños y perjuicios (cumplimiento equivalente). Con el objeto de lograr el cumplimiento de tal obligación, el representado (interesado oculto) tiene las acciones personales del caso contra su representante indirecto. El representado indirecto no tiene *en principio* ninguna acción contra el tercero que contrató con la persona interpuesta (art. 1705, segundo aparte, antes subrayado). Por aplicación de estos principios, cuando se trate de derechos sobre inmuebles o bienes muebles registrados, el art. 1706 citado, en su segundo aparte, precisa que el representado no pueda dirigirse contra los terceros sino que únicamente tiene acción contra el representante indirecto (art. 1706, parte subrayada por nosotros). Por excepción, el novísimo Código Civil Italiano establece acciones directas en beneficio del representado contra los terceros, a saber: a) Para hacer valer los derechos *de crédito* que derivan de la ejecución del mandato, pero sólo en la medida en que ello no perjudique los derechos atribuidos al representante indirecto por los arts. 1706 y sigtes. (art. 1705, segundo aparte). En este caso, el Código Italiano habla de una "substitución" del mandatario por el mandante, lo que podría hacer pensar en una acción oblicua o subrogatoria, pero semejante confusión se desvanece fácilmente si se piensa que el representante indirecto

típico de esta representación indirecta lo constituye en nuestro ordenamiento jurídico el *contrato de comisión* (arts. 376, 377 y 378 del Cód. de Comercio).

Es, pues, evidente que no debe confundirse esta interposición real de personas con la interposición ficticia o simulada que se verifica de común acuerdo entre los verdaderos contratantes (el interesado oculto y el co-contratante de la persona interpuesta) y el tercero cómplice o persona interpuesta que figura sólo como contratante aparente. “El dueño del negocio —escribe Ferrara— no se sirve aquí de la cooperación efectiva de un intermediario que adquiere derechos contractuales para transferirlos al *dominus*, sino que se vale tan sólo de su cooperación nominal. El contrato figura como celebrado por otro; pero esto es una pura apariencia, porque es el *dominus* el que lo celebra en realidad. La persona interpuesta no interviene en el contrato, sino que finge intervenir; no es una parte, sino un mero disfraz del contratante” (17). La confusión que suele haber en los autores entre los dos tipos de interposición de personas señalados proviene en gran parte del hecho que en ambas figuras al tercero interpuesto (real o ficticio) se suele designar con los mismos nombres de *testaferro*, *prestanombre*, *hombre de paja*, *fantoche*, etc. Por eso Ferrara propone reservar tales denominaciones para el solo caso de la interposición ficticia o simulada (18).

“La *interposición real de personas* —escribe Messineo— se distingue de la *interposición simulada de personas*, porque en

ejerce en el caso una acción propia y no se requieren ninguno de los requisitos que configuran la acción oblicua (insolvencia, negligencia, etc.). b) Para reivindicar los bienes muebles *no registrados* de los terceros de quienes haya adquirido el mandatario indirecto (art. 1706, primer aparte).

Fuera de los límites de estas acciones directas para el ejercicio de los derechos de crédito y para la adquisición de bienes muebles, que equivale a hacer producir en estos casos a la representación indirecta los mismos efectos de la representación directa, debe entenderse que el principio es que el representado indirecto (interesado oculto) no tiene acción contra el tercero. Esto es, a nuestro modo de ver, el principio que *sin excepciones* rige en el Código Civil de Venezuela, idéntico al respecto al Código Italiano de 1865, que precisamente fue innovado por el nuevo Código Civil Italiano de 1942 en los puntos señalados.

(17) FERRARA, op. cit., N° 51, pág. 279.

(18) FERRARA, op. cit., N° 51, pág. 279.

el primer caso el enajenante no es partícipe del acuerdo entre el interponente y la persona interpuesta real (que es contratante suyo) e *ignora* que su contratante declara por cuenta de otra persona; por esto lo considera, y tiene derecho a hacerlo así, como un contratante verdadero, mientras que en la interposición simulada de persona, la contraparte *sabe* que el declarante es un contratante ficticio'' (19). Todavía podríamos añadir que para que exista interposición simulada no basta con que el contratante *sepa* que su cocontratante declara por cuenta de otra persona (este conocimiento lo tiene también en algunos casos de interposición gestoria o real, por ejemplo: en el contrato de comisión, cuando el comisionista declara a su cocontratante el nombre de su comitente); sino que en realidad la interposición simulada supone un *acuerdo simulatorio*, esto es, un acuerdo entre todos los intervinientes en el contrato *para la disimulación de una de las partes contratantes*.

Debe advertirse que para la constitución del negocio jurídico sólo se requiere que intervengan los verdaderos contratantes, ya que el prestanombre sólo presta una cooperación nominal y en la realidad es extraño a la relación jurídica que se constituye entre las verdaderas partes. Por lo cual sólo respecto de los verdaderos contratantes, se examinará la existencia de algún vicio del consentimiento, incapacidad, prohibición legal de contratar, etc. Respecto del prestanombre, puesto que sólo se vincula *aparentemente* y se desvanece apenas se comprueba la verdadera estructura del negocio, no hay que atender en absoluto a su capacidad, consentimiento, etc.

10.—Es claro que para que pueda hablarse de interposición *simulada* de persona, se requiere que el prestanombre haya convenido que su figuración en el negocio jurídico es sólo aparente, se necesita que el prestanombre tome parte en el acuerdo simulatorio. No se requiere, en cambio, que concurra materialmente a la formación del negocio, pues el propio contratante podría hacerlo declarando que actúa en representación del prestanombre, con lo cual se crearía la apariencia de que es este último quien adquiere los efectos del negocio. Pero el

(19) MESSINEO, op. cit., Tomo II, Cap. X, nota 17.

consentimiento del prestanombre de permitir que el otro se valga de su nombre para crear una mera apariencia es, por lo menos, esencial. De no existir este consentimiento, el prestanombre no sería tal, pues podría aprovecharse válidamente de las gestiones realizadas en su nombre por el interviniente directo en el contrato: le bastaría con ratificar el acto cumplido por dicha persona. Por otra parte, si no desee ratificar tal acto, tampoco podría hablarse ciertamente de simulación, sino que simplemente tal acto sería ineficaz respecto de él, por el principio general de que nadie tiene poder de disposición sobre la esfera jurídica ajena, a menos que tal poder le hubiere sido conferido por el propio interesado o por la Ley (20).

11.—Igualmente, para que pueda hablarse de interposición simulada, no basta que exista acuerdo entre el interponente y el testafiero, sino que se requiere el entendimiento con el tercero contratante. La falta de tal entendimiento daría origen sólo a la figura que se ha llamado “inscripción de bienes a nombre de otra persona”, figura jurídica ésta que también se distingue netamente de la interposición simulada de personas.

En efecto, en el caso de la *inscripción de bienes a nombre de otra persona* se trata en realidad de la combinación de dos contratos, por los que un representante compra en nombre de otro (y por consiguiente hace inscribir el bien en nombre del representado), pero paga con dinero propio, y, por tanto, *dona* al representado por el hecho de hacerle adquirir gratuitamente dicho bien. No se trata en este caso de interposición simulada de persona, porque el enajenante no participa en ningún acuer-

(20) En la hipótesis aquí contemplada respecto del tercero hay sólo un caso de *falsa representación*. En tal caso, como hemos dicho, la declaración del falso representante no tiene eficacia vinculatoria a cargo del representado. El contrato sería para este último *res inter alios acta*, salvo eventual ratificación de su parte. Si las partes estaban entendidas entre sí respecto de la inexistencia de esta representación ficticia y actuaron sin el consentimiento del fingido representado, entre ellas no habría propiamente interposición simulada de persona sino *declaración de voluntad bajo un nombre falso*, la cual sería *abusiva* por ser ese nombre propiedad de un tercero; dicho en otros términos, entre ellas podría hablarse no de *simulación* de personas, sino de *signo distintivo de la persona*. En cuanto al tercero que no quiere ratificar esa falsa representación, tendría siempre las acciones por hecho ilícito para reclamar por la usurpación de su nombre (ver MESSINEO, Tomo II, Cap. X, nota 16 y Tomo I, Cap. IV, N° 16). Un ejemplo de falsa representación es el previsto por el artículo 417 del Código de Comercio.

do simulatorio ⁽²¹⁾ y además porque la adquisición se realiza en nombre del que debe ser el definitivo y *efectivo* titular del derecho de propiedad, mientras que en el caso de la interposición se realiza en nombre de la persona interpuesta que sólo es un titular ficticio del derecho de propiedad.

Lo mismo ocurriría aunque la compra se realizara directamente entre el enajenante y el adquirente que hubiese recibido el dinero necesario para pagar la cosa de manos del tercero (donante) extraño al negocio. No habría en este caso simulación, existiría una donación bajo la forma de mandato para adquirir en nombre propio y la provisión del dinero necesario para eso. Falta en esta hipótesis el acuerdo simulatorio entre el enajenante y el adquirente y además la adquisición se haría en nombre y provecho de quien deberá ser el efectivo titular del derecho transmitido.

Obsérvese, que el afirmar que no hay simulación *sensu strictu* en el caso que venimos examinando, no se quiere decir ni mucho menos que esta "inscripción de bienes a nombre de otra persona" esté al abrigo de toda impugnación. Por el contrario, ella podría haber sido hecha *en fraude a los derechos de los acreedores* (p. ej: si el tercero que suministró gratuitamente el precio para hacer la adquisición es insolvente, art. 1279 C. Civil Venez.) o también *en fraude a la ley* (p. ej.: si la forma de adquisición se eligió para evitar los efectos de los artículos 888, 889, 1083, 1084, 1451, etc., del Código Civil Venez. o para eludir el pago del impuesto sobre donaciones, etc.). En cualquiera de estos casos es claro que tales actos podrán impugnarse mediante el ejercicio de las acciones correspondientes. Pero el fundamento jurídico de tales acciones no será propiamente la *simulación*, sino el *fraude pauliano* o el tratarse de *procedimientos contrarios a la ley* ⁽²²⁾. Esta distinción tiene mucha importancia, por cuanto las normas aplica-

(21) Respecto del enajenante existiría mera reserva mental ineficaz en sí misma. Pero aun cuando esta operación se realizara con el conocimiento del enajenante no habría interposición simulada, pues el representado no sería *prestanombre*, sino verdadero adquirente.

(22) MESSINEO, op. cit., Tomo II, Cap. X, nota 18; CÁMARA, op. cit., pág. 42; FERRARA, op. cit., Cap. IV, N° 33, pág. 213.

bles al suministro de los medios probatorios difieren notablemente en cada caso.

Consecuencia de lo que venimos diciendo es que en los casos aquí agrupados bajo el rubro de "*inscripción de bienes a nombre de otra persona*" el tercero que dona el precio no tendrá el derecho de reivindicar el bien, en cuya adquisición ha sido invertida la suma donada, porque el "donante" es tercero con respecto al contrato de adquisición del bien y *no adquirente*, por lo cual le falta la cualidad de propietario necesaria para intentar la acción de reivindicación.

Estas dos hipótesis ("interposición real de persona" e "inscripción de bienes a nombre de otra persona") ofrecen un rasgo común que las diferencia de la "interposición ficticia de persona", donde sí hay propiamente simulación, a saber: que, no obstante intervenir en el acto tres personas por lo menos, el acuerdo secreto se realiza únicamente entre dos personas, quedando siempre una de ellas extraña al mismo. Así, el acuerdo puede existir entre el interponente y la persona interpuesta e ignorarlo, en cambio, o al menos no formar parte del mismo, el enajenante (como ocurrirá en la mayoría de los casos de representación impropia o interposición gestoria); o también, el acuerdo secreto puede existir entre el enajenante y el testafarro, e ignorarlo, o al menos no formar parte del mismo, el adquirente efectivo (como ocurriría en el caso de un padre que pacta con el enajenante de un inmueble para que en el documento se estipule que él adquiere como mandatario con dinero de su hijo y para el particular patrimonio de éste); y por último, el acuerdo secreto puede darse entre el enajenante y el verdadero adquirente, sin participación de la persona interpuesta (como en el caso de una mujer adúltera que pacta secretamente con su amante que éste haga una donación a su marido, quien acepta, ignorando que los bienes han sido donados por intermedio suyo a su mujer). En cualquiera de estos casos, los efectos jurídicos del negocio se cumplen directamente en cabeza de las mismas personas en cuyo nombre se celebra y las incapacidades y los vicios del consentimiento que puedan afectarle se apreciarán en cabeza de las mismas personas que aparecen como contratantes. En tanto que en la simulación, no

existiendo en absoluto de parte de los aparentes contratantes *consentimiento real* de celebrar entre ellos un contrato, sino entre el enajenante y el interponente o adquirente efectivo, los efectos del contrato se cumplirán directamente entre el enajenante y el interponente o adquirente efectivo, y es respecto de ellos, y no del adquirente ficticio, que deberá examinarse si existe incapacidad o algún vicio del consentimiento que pueda afectar el contrato (23).

La distinción que tratamos de establecer resalta si se considera la situación de los terceros frente al acto impugnado por "interposición simulada de persona", por una parte, y por otra parte frente a los casos de "interposición real de personas" y de "inscripción de bienes a nombre ajeno".

En el primer caso, el fundamento de la acción que posee el tercero acreedor del adquirente oculto consiste en el derecho de establecer la verdadera consistencia de la prenda que le debe su deudor, de conformidad con el art. 1864 C. Civ. Venez. y por tanto, no se requiere en absoluto que la intervención de la persona interpuesta haya sido hecha en fraude suyo.

En el caso de la *interposición real de personas*, el tercero acreedor del interesado oculto no tendría propiamente una acción de simulación para aprovechar los efectos activos del negocio cumplido por la persona interpuesta real. Esta última habría adquirido directamente para sí. Si se tratara, por ejemplo, de la adquisición de un bien, éste habría ingresado en su patrimonio y no en el del interesado oculto. Por consiguiente, el acreedor de este interesado oculto no podría tener más derecho

(23) "Como la persona interpuesta (simulada) no es un contratante, no adquiere derecho alguno por consecuencia de la relación contractual, y aunque sean válidos los actos realizados por la misma con terceros de buena fe, en orden a los derechos de que aparece investida, esto ocurre excepcionalmente para la protección de la buena fe en el comercio jurídico, y *siempre dentro de los límites de esta excepción*. El acto es válido, no porque el testafierro tenga una facultad jurídica de disposición, sino porque la ley, por motivos de interés general, quiere salvar dicho acto, aunque emane del que no tiene derecho para realizarlo; y de aquí que no se de la protección si no concurren los requisitos a que la ley subordina este efecto excepcional. Así, en el caso de que los terceros traten con el testafierro conociendo su cualidad aparente... Y así como la persona interpuesta no recibe ningún derecho tampoco queda obligada; y si aparece como deudora, su responsabilidad es ficticia y puede rechazar las acciones que el contratante quiera ejercer contra ellos... En cambio, la relación se entable directamente y,

que el de ejercer en nombre propio la acción personal de su deudor para reclamar la rendición de cuenta del mandato indirecto conferido a la persona interpuesta real (acción oblicua), o bien el de embargar directamente esta acción personal que tiene el interesado oculto contra la persona interpuesta real para hacerle rendir cuenta del expresado mandato indirecto. Mas en ninguno de los dos casos tiene sentido hablar de acción de simulación.

En el caso de la *inscripción de bienes a nombre ajeno*, ocurre que los bienes se inscriben precisamente a nombre de quien será su verdadero y efectivo titular. Por tanto, el tercer acreedor de quien ha hecho la inscripción de bienes, en caso de que tenga interés en impugnar tal inscripción de bienes a nombre ajeno, no será para *descubrir la verdadera consistencia de su prenda*, que es el objeto propio de la acción de simulación, sino para impedir precisamente que se realice un acto *real y sincero tendiente a mermar fraudulentamente dicha prenda*.

12.—*Intención de crear por tal medio una apariencia engañosa.*

El acuerdo concertado entre todos los intervinientes en el contrato con el objeto de emitir declaraciones de voluntad divergentes de la intención real de los contratantes, no basta todavía para configurar una simulación *sensu strictu*. En efecto, para que pudiera hablarse de simulación se requeriría que las declaraciones aparentes hubieran sido fraguadas con la *intención de engañar al público* (24).

Este requisito es, en efecto, lo único que nos permite distinguir la simulación de otras situaciones en que, si bien existe divergencia intencional entre declaración y voluntad real, no

desde luego, entre el contratante visible y el contratante oculto, para cuyo patrimonio vienen a producirse todos los efectos del contrato, mientras la persona interpuesta permanece *extraña* al vínculo. Entre el contratante secreto y la persona interpuesta solo se da una relación secundaria, en virtud de la cual la persona interpuesta se obliga a cooperar en el engaño, prestando su nombre, y, eventualmente, a no abusar de su cualidad aparente, que, por efecto reflejo de otras normas, puede producir una modificación jurídica". Tal es la exacta caracterización que de la interposición ficticia de personas trae Francisco Ferrara en su citada obra "La Simulación de los Negocios Jurídicos", N° 51, pág. 232.

(24) FERRARA, op. cit., Cap. I, N° 2, pág. 44; MESSINEO, op. cit., Tomo II, Cap. X, N° 1, f), pág. 5.

existe, en cambio, simulación. Tales son las declaraciones por broma o por juego (*animus iocandi*), las declaraciones didácticas, teatrales o de mera propaganda, etc. Falta en tales declaraciones no sólo la intención de obligarse (*animus contrahendi negotii*) sino también el propósito de aparentarlo (*animus decipiendi*).

Al lado, pues, de los dos requisitos anteriormente señalados (“divergencia intencional entre la declaración y la voluntad real” y “acuerdo entre los intervinientes en el negocio jurídico sobre la ausencia de valor de la declaración”), debe concurrir en el caso para que pueda hablarse de simulación la *intención de crear con la declaración una apariencia engañosa para el público*. En las declaraciones didácticas, teatrales, por broma, etc., concurren en efecto los dos primeros requisitos, pero nadie puede engañarse sobre la falta de eficacia obligatoria de la voluntad declarada. El propio declarante se ha cuidado de emitir la declaración en tal forma que nadie se llame a engaño por la apariencia creada.

13.—Todo lo anterior nos permite caracterizar la simulación como un acuerdo secreto entre dos o más personas tendiente a producir una declaración de voluntad discordante con la verdadera voluntad del declarante con el fin de crear una apariencia engañosa para los terceros. Esta definición coincide sustancialmente con la que predomina en la doctrina (25).

14.—Pero tal definición no nos debe conducir a la falsa idea de que la simulación *en si misma consiste* en un contrato autónomo que vendría a tener como objeto anular o revocar los

(25) FERRARA, por ej.: dice: “Simulación es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo” (op. cit., Cap. I, N° 3, *in fine*, pág. 56); CÁMARA, Héctor, por su parte, expresa: “el acto simulado consiste en el acuerdo de las partes, de dar una declaración de voluntad a designio divergente de sus pensamientos íntimos, con el fin de engañar inocuamente, o en perjuicio de la ley o de terceros; llamándose simulación el vicio que afecta a ese acto”; op. cit., Cap. II, N° 9, pág. 39.—En igual sentido, ENNECERUS, Ludwig-NIPPERDEY, Hans Carl: “Derecho Civil”. Traducción de la 39ª Edición Alemana por Blas Pérez González y José Alguer. 2ª Edición Bosch, Casa Editora. Barcelona, 1950. Tomo II, Vol. II, N° 156, II, pág. 185.—COVIELLO, Nicolás: “Doctrina General del Derecho Civil”. Traducción castellana de la 4ª Edición. Uteha, México, 1949. 112 bis, pág. 894.

efectos del contrato aparente, como suele hacerlo una doctrina muy popularizada (26). Tal concepción de la simulación nos llevaría a escindir la fundamental unidad del fenómeno y, aparte de las erróneas consecuencias que se suelen deducir de ella al indicar las reglas de prueba de la simulación, no hace sino oscurecer todo el tratamiento teórico de la materia.

15.—Para poner de relieve el verdadero significado del *acuerdo simulatorio* nos parece conveniente plantear la cuestión desde otra perspectiva.

Sabemos, en efecto, que el Derecho regula exclusivamente la conducta externa del hombre y que por necesidad debe tomar como verdadera voluntad comercial aquella que resulta como tal de la interpretación de los signos sensibles empleados para manifestar la voluntad, ya que la voluntad interna del sujeto es un acontecimiento psicológico no susceptible de conocimiento directo. Tales signos no dicen por sí mismos nada, sino que se les atribuye *sentido* por la opinión que prevalece en la mayoría o por convenio especial entre los contratantes. Pues bien, cuando se emite una declaración simulada se procede en forma tal que los signos sensibles empleados hagan creer al público, de acuer-

(26) La doctrina francesa ha difundido una concepción según la cual la simulación supone dos contratos que se neutralizan recíprocamente. Así PLANIOL y RIPERT ("Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", Traducción española, Cultural S. A., Habana, 1940, T. VI, N° 333), expresan: "Hay simulación cuando a sabiendas se hace una declaración inexacta o cuando se celebra un contrato aparente cuyos efectos quedan modificados o suprimidos por *otro contrato*, contemporáneo al primero y destinado a ser mantenido secreto. El acto secreto se denomina *contradocumento*". También DE PAGE (op. cit., T. II, N° 618) dice: "Hay simulación cuando las partes realizan un acto aparente cuyos efectos ellas convienen en modificar o destruir por *otra convención* que permanece secreta... La simulación supone, pues, dos convenciones, contemporáneas la una a la otra, pero de las cuales una sólo estaría destinada a cambiar la otra". JOSSEBRAND, en su citada obra "Los Móviles en los Actos Jurídicos de Derecho Privado", N° 192, pág. 207, se aparta de esta caracterización de la simulación como de una doble convención ("lettres et contre-lettres") y dice: "La simulación consiste, de parte del autor o autores de un acto jurídico, en esconder al público la realidad, la naturaleza, los participantes, el beneficiario o las modalidades de la operación realizada", y luego en una nota a pie de página, añade: "Preferimos esta definición a la de Planiol, según la cual, la simulación implicaría la coexistencia de dos convenciones, una aparente y otra secreta: como advierte P. Esmein, la simulación se concibe perfectamente con independencia de todo convenio..." En esta forma Josserand no solamente se aparta de la doctrina predominante en Francia y Bélgica, sino que defiende la concepción, que hemos rechazado por errónea, de una simulación unilateral.

do con el sentido que la opinión común les atribuye, en la modificación de una situación jurídica; mientras que el emisor de la declaración ha acordado secretamente con el destinatario de la misma que tales signos no tendrán en absoluto el sentido que se les atribuiría de acuerdo con la opinión de la mayoría. El acuerdo simulatorio jugaría entre las partes el papel de una *clave* de interpretación. Esto nos revela que la simulación es esencialmente un hecho bilateral, ya que si falta el acuerdo simulatorio entre los emisores y los destinatarios de la declaración faltará la clave y la declaración tendrá que ser interpretada entre las propias partes conforme a la opinión interpretativa de la mayoría. Tal es lo que ocurre con la reserva mental.

La caracterización de la simulación no se lograría, sin embargo, con la simple indicación de que la declaración debe ser interpretada de acuerdo con una clave privativa del declarante y del destinatario de la declaración. Conformarse con esto conduciría a la aceptación de la doctrina que sostiene que en la simulación no hay propiamente divergencia entre voluntad y declaración, puesto que cada parte sabría muy bien lo que la declaración quiere decir desde el instante en que han empleado entre ellas un *lenguaje convencional* (27). Pero semejante caracterización equivaldría a considerar que hay simulación cada vez que entre las partes se cruzan un mensaje en clave, lo cual es a toda luz inexacto.

(27) "Semejante modo de ver conduce, naturalmente, a tratar la simulación no ya como un vicio del negocio jurídico sino como una forma del lenguaje de jerga, en el cual lo que debe tener valor social y jurídico entre las partes no es el signo empleado, sino, directamente la alusión contenida en él. *Ello en sustancia lleva a negar todo motivo de distinción entre negocio simulado y negocio indirecto o fiduciario* y hace que no pueda plantearse propiamente un problema de la simulación. Si no andamos errados éste es justamente el punto de vista del Derecho inglés el cual no conoce un problema de la simulación, ni admite diferencia alguna entre el negocio simulado o negocio indirecto..." (BERTI, Emilio: "Teoría del Negocio Jurídico". Traducción de A. Martín Pérez. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. pág. 296). Consciente de tales consecuencias, este autor se aparta deliberadamente del concepto de simulación que venimos exponiendo, y defendiendo por el contrario la identificación de simulación y fiducia, dice: "Hay simulación cuando las partes de un negocio bilateral, de acuerdo entre ellas o el autor de una declaración con destinatario determinado en inteligencia con éste dictan una regulación de intereses distinta de la que piensan observar en sus relaciones, persiguiendo a través del negocio un fin (disimulado) divergente de la causa típica" (op. cit., pág. 297).

Para caracterizar la simulación hace falta más. Hace falta *que la declaración sea susceptible de ser interpretada de acuerdo con el lenguaje común en forma divergente con la interpretación que ella tiene en el lenguaje convencional de las partes*. Y todavía esto no bastaría, pues la duplicidad de interpretación podría provenir, por ejemplo, de un error en que hubieran incurrido las partes al elegir un lenguaje inadecuado para expresar la verdadera naturaleza del hecho jurídico ocurrido entre ellas (error en la calificación del negocio). Para que pueda hablarse de simulación se requiere *que las partes hayan utilizado conscientemente esa divergencia con el ánimo de crear una apariencia engañosa*.

16.—Esta intención de crear una apariencia engañosa que tipifica a la simulación nada tiene que ver con el ánimo de perjudicar (*animus nocendi*). Que la simulación puede ser utilizada con una intención inocente y aún laudable es algo que ya casi ha dejado de discutirse (28). Los autores citan ejemplos como los siguientes: una persona por delicadeza, para ocultar una donación que podría ser humillante para el beneficiario si se realizara a la luz pública, disimula ésta bajo la forma de un contrato de venta; un padre que desea ocultar sus riquezas a su hijo único para obligarlo a enmendar su vida disoluta, simula con un amigo la dación en pago de todos sus bienes a fin de aparecer arruinado ante su hijo, etc. La posibilidad de existencia de simulaciones lícitas ha sido reconocida aún por algunos Códigos Civiles, como el argentino (29), el brasilero (30), el peruano (31), etc.

Fraude y simulación son, pues, dos conceptos distintos e independientes, aunque frecuentemente la simulación sea em-

(28) VON THUR, II-2, pág. 241; MESSINEO, II, Cap. X, N° 1, pág. 3; CÁMARA, op. cit., pág. 44; DE PAGE, T. II, N° 622 y 623; PIETRI, Alejandro: "El Código Civil de 1916 y sus diferencias con el de 1904...", Litografía del Comercio, Caracas, 1916, pág. 320.

(29) Art. 957: "La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito".

(30) Art. 103: "La simulación no se considerará ilícita en cualquiera de los casos del artículo anterior, cuando no hubo intención de perjudicar a terceros o disposiciones de la ley".

(31) Art. 1094: "La simulación no es reprobada por la ley, cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito".

pleada para fines ilícitos (para perjudicar a los acreedores, mediante la ocultación de los bienes del deudor o mediante la ostentación de créditos que no se tienen, y más generalmente para ocultar la violación de infracciones legales, etc.) Pero de la frecuencia del fraude no debe deducirse la necesidad del fraude y es por tanto inaceptable hacer del *animus noscendi* o del *animus fraudatoris* un elemento constitutivo de la simulación, como erróneamente lo han hecho algunos (32).

17.—Caracterizada la simulación en la forma precedente resulta también inadmisibles la identificación que entre el negocio simulado y el negocio indirecto o fiduciario pretenden hacer algunos (33). En el negocio indirecto o fiduciario el acuerdo concertado por las partes en cuanto al negocio medio (o instrumental) no tiende a realizar el fin práctico de engañar al público o a determinados terceros, como sí ocurre en todo negocio simulado. En el negocio fiduciario el acuerdo tiende a realizar el fin práctico de dar lugar a la transferencia efectiva de un derecho real por parte de un sujeto (fiduciante) u otro (fiduciario) para que éste ejercite ese derecho en una dirección determinada. Esto último es lo que, dentro de los límites por ella indicados, permite hoy en nuestro ordenamiento jurídico la Ley de Fideicomisos, recientemente promulgada. Ahora bien, si en la hipótesis del fideicomiso nuestro legislador admite la realización de ciertos fines atípicos prácticos, imposibles anteriormente de obtenerse por vía directa, ¿cómo podríamos negar la necesidad de orden conceptual de distinguir entre simulación y fiducia? La tesis de que los negocios fiduciarios entran en la categoría de los relativamente simulados conduce a oscu-

(32) Tales como Merlin, Chardon, Mirabelli, Butera y otros muchos.

(33) CÁMARA, Héctor, op. cit., Cap. II, N° 17, pág. 78. En el mismo sentido Pestalozza, Demogue, Butera, citados por Cámara, quien, al referirse a la posición que en su concepto debe adoptarse en el derecho argentino, expresa: "si miramos la cuestión dentro de nuestras normas escritas, a las que siempre debemos recurrir para no perdernos en el terreno doctrinario, indefectiblemente tendríamos que admitir que los negocios fiduciarios se encuentran incluidos, de conformidad al texto del artículo 958 del Código Civil en la simulación relativa". En franca oposición con estos conceptos, el profesor *Vitorio Neppi*, en sus Notas de Derecho Argentino con que glosa la citada traducción de la "Doctrina General del Contrato" de Messineo, escribe: "Creemos que la distinción entre el fenómeno de la "fiducia" y el de la simulación, puede y debe teóricamente sostenerse también frente a la legislación argentina" (op. cit., Tomo II, Cap. X, Nota LXXXIII).

recer el planteamiento de los negocios fiduciarios, pues la idea de simulación aplicada al negocio medio (o instrumental) implica, como lo hace notar Rubino ⁽³⁴⁾, un exceso ideológico frente a la comprobación de la simple incongruencia entre el negocio jurídico instrumental y el fin práctico perseguido por el mismo que tipifica al negocio indirecto. Si deseando yo conferirte una garantía sobre uno de mis bienes para asegurarte el cumplimiento de una obligación personal que he contraído contigo, transmito la propiedad de dicho bien en fideicomiso a un Banco o una Compañía de Seguros para que el instituto fiduciario lo emplee en tu beneficio (cosa que hoy me es posible hacer en virtud de la citada Ley de Fideicomisos), resulta inaceptable toda idea de simulación para caracterizar tal transferencia de propiedad al Banco o Compañía de Seguros. Ahora bien, si esta misma situación hubiera sido considerada antes de la existencia de la Ley de Fideicomisos ¿podría considerarse correcto conceptualmente hablar de simulación?...

Nos parece, al contrario, que esta tendencia a dar cabida en el ordenamiento jurídico nacional a negocios indirectos por medio de los cuales se tiende a la realización de fines prácticos atípicos ⁽³⁵⁾ justifica plenamente la distinción teórica entre simulación *sensu stricto* y negocio indirecto o fiduciario ⁽³⁶⁾.

(34) RUBINO, Domenico: "El Negocio Jurídico Indirecto". Traducción de L. Rodríguez Arias. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Cap. II, N° 6, pág. 75.

(35) Ley de Fideicomisos y Ley sobre Ventas con Reserva de Dominio. También nuestro Código Civil admitía ya algunos tipos de negocios fiduciarios, tales como la venta con pacto de retracto (art. 1534), las sustituciones en materia de actos de última voluntad (art. 959 y sigts.) y de donaciones (art. 1455).

(36) En tal sentido FERRARA, op. cit., Cap. I, N° 5, págs. 65 y sigts.; MESSINEO, op. cit., Tomo II, Cap. X, N° 13; RUBINO, locus cit., y especialmente la nota 28, donde acertadamente expresa: "La intención de engañar a los terceros es esencial para la eficacia de la simulación y no, en general, para la eficacia del negocio indirecto, que conseguirá el resultado prefijado a través de la simple ejecución del negocio, tan claramente manifestado en el caso concreto, aun en la hipótesis de fraude a la ley, al fisco o a los acreedores... Es cosa diversa que por la naturaleza misma del procedimiento pueda a veces pasar desapercibido a los terceros el íntimo alcance del negocio, que prescinde de la intención de los contratantes y se deriva de objetiva situación creada. Como tal, se refiere sólo al reconocimiento exterior del motivo y su examen pertenece al de la estructura del negocio".

Los negocios fiduciarios como negocios atípicos serios y efectivamente queridos por sus contrayentes no son de por sí ineficaces para producir entre las partes los fines prácticos extralegales que se pretenden por su intermedio, salvo que se propongan realizar intereses no merecedores de tutela o que tiendan a fines ilícitos. En tanto que el negocio simulado *en sí mismo* considerado es ineficaz para producir entre las partes efecto alguno, puesto que ellas sólo desean crear por su intermedio una "pantalla" o "máscara"; y esto aun cuando se tratare de simulación relativa, en la cual el negocio disimulado es realmente querido por las partes, pero donde siempre el negocio simulado actúa sólo como una "pantalla" o "máscara". Por lo cual el examen de la licitud y oponibilidad a terceros del negocio disimulado es una cuestión independiente de la suerte del negocio simulado, en tanto que la licitud y oponibilidad del negocio fiduciario o indirecto debe ser juzgada unitariamente. Por otra parte, cuando se intenta la acción de simulación se trata únicamente de hacer declarar la ineficacia del negocio simulado por falta de un verdadero consentimiento en los fines típicos del negocio, por haber querido las partes de común acuerdo crear únicamente una apariencia de consentimiento mediante una deliberada disconformidad entre la voluntad real y la declaración; en tanto que cuando se impugna un contrato fiduciario por fraude a la ley o a los acreedores, la acción tiende propiamente a mostrar la ilicitud de los fines atípicos perseguidos por el mismo o su deficiencia para merecer tutela jurídica, y no se interpretaría rectamente la estructura del negocio si se le disociara para declarar no querido el negocio medio.

Estas aclaratorias conceptuales, por académicas que puedan parecer, son de evidente utilidad práctica, porque las reglas técnicas aplicables al negocio simulado no encuentran en cambio aplicación al negocio fiduciario. El no advertirlo a tiempo es fuente de las graves confusiones que existen en esta materia, aún para una porción no desestimable de la jurisprudencia.