

Respecto a la buena fe de los terceros, no se establece un principio general; pero en muchos casos se protege aquélla.

Mientras las demás legislaciones extranjeras señalan más o menos las normas fundamentales de la institución, los Códigos francés e italiano callan por completo sobre el particular, y sólo contienen alguna indicación indirecta; lo cual echa sobre la doctrina la tarea, grave y delicada, de reconstruir con materiales sueltos y escasos una teoría que resulte conforme con los principios y satisfaga las exigencias de la vida económica actual.

CAPITULO III

SIMULACION ABSOLUTA

22.—Es negocio absolutamente simulado el que, existiendo en apariencia, carece en absoluto de un contenido serio y real. Las partes no quieren el acto, sino tan sólo la "ilusión exterior" que el mismo produce. El negocio se limita a una forma vacía destinada a engañar al público; a un fantasma, como dice Kuntze (1) (2).

Por eso concuerdan las varias maneras de designar el negocio simulado. Unas veces se denomina *negocio ilusorio* (*Scheingeschäft*); otras, *un no negocio* (*gar Kein Geschäft*), como dice Bähr (3); otras, finalmente, *un negocio vacío* (*ein leeres Geschäft*), según la expresión de Regelsberger (4).

La teoría de la simulación absoluta en nuestro Código resulta, indirectamente, de los principios que rigen la formación de los contratos. Entre los requisitos esenciales para la existencia de éstos figuran el consentimiento válido de los contratantes y la causa

(1) *Kursus des röm. Rechts*, § 354.

(2) V. FOURCADE, *De la simulation*, pág. 5: "L'acte n'a de crai que l'apparence". En cuanto a nuestra jurisprudencia respecto al concepto de los negocios simulados, v. Trib. Bari, 25 agosto 1891 (*Riv. giur.* Trani, 1891, 647): "Los contratos simulados son efímeros, porque en ellos no hay realidad jurídica alguna"; y Apel. de Milán, 4 agosto 1898 (*Mon. Mil.*, 34, 766): "El acto simulado se resuelve en la creación de un hecho imaginario con el cual, bajo apariencias engañosas, se trata de hacer creer que el hecho fue verdadero y conforme con la intención de las partes."

(3) *Urteile des Reichsgerichts*, pág. 60.

(4) *Civilrechtl. Erörterungen*, pág. 17.

lícita de obligar (1.104), requisitos ambos de que carece el negocio fingido; porque, si hay consentimiento para la ficción, falta el necesario para la obligación y, por tanto, el que se requiere para que se establezca la relación jurídica; y así, faltando toda la esencia del contrato, la causa no existe tampoco. Pero no resulta exacto el invocar como justificación de la nulidad del negocio simulado la sola falta de la causa, porque el negocio simulado es algo más que un negocio sin causa. El contrato sin causa puede ser un negocio serio y completo, en cuanto a los elementos que lo estructuran, mientras que el negocio fingido está en absoluto vacío de contenido por la falta de voluntad: es una sombra de contrato.

Normalmente, la simulación absoluta tiene carácter fraudulento y tiende a causar un perjuicio a terceras personas, en cuanto que la apariencia creada se utiliza de ordinario para frustrar la satisfacción de legítimas expectativas. El negocio fingido no puede servir de arma contra la ley, pues, reduciéndose a una *no acción*, la transgresión no se concibe; en cambio, la simulación relativa sirve a menudo, como veremos más adelante, para disfrazar una ilegalidad.

23.—El fin principal que las partes se proponen al realizar un acto simulado es el de producir una disminución ficticia del patrimonio o un aumento aparente del pasivo para, de este modo, frustrar la garantía de los acreedores e impedir su satisfacción. El negocio simulado es el medio más frecuente y más terrible a que acuden los deudores para hacerse insolventes en apariencia, escapar al cumplimiento de sus obligaciones, y toda su astucia se emplea en ocultar con cuidado su propósito secreto, dando a los actos que realizan un aspecto inocente, de tal modo que no pueda transparentarse la ficción. En el otro campo, la lucha de los acreedores consiste en romper la urdimbre sutil de los fraudes del deudor, arrancando el velo de las apariencias engañosas para mantener íntegra su garantía sobre el patrimonio del obligado, que sólo fingidamente se disminuyó o gravó.

Según esta tendencia, los casos más diversos de simulación absoluta pueden agruparse en dos categorías: negocios que tienden a una *disminución del patrimonio* y negocios que implican un *aumento del pasivo*. Estas son las formas simples de simulación;

pero debe advertirse que no siempre aparecen en la práctica con este carácter genuino, sino más bien mezcladas y combinadas entre sí, puesto que multiplicando los fraudes se trata de evitar sospechas y de hacer que pasen inadvertidos.

Debemos ahora reseñar las varias clases de negocios absolutamente simulados; y en este examen, sin crear hipótesis fantásticas, nos proponemos tan sólo tomar los casos que ofrece la realidad de la vida judicial, tal como la muestra la jurisprudencia. Así, nuestra exposición será un espejo fiel de la práctica, y la simulación, bosquejada en sus trazas ordinarias, analizada en su envoltura habitual, revelada en sus formas constantes, perderá aquel carácter de secreta que la hace más temible, adiestrando el espíritu a reconocerla y descubrirla con facilidad.

1.—Comenzamos con los contratos de enajenación a título oneroso, que constituyen la forma más usual de la simulación. El deudor que se ve amenazado de una ejecución inminente y quiere substraer sus bienes a las acciones de los acreedores, conservándolos en provecho propio, se apresura a simular ventas de sus inmuebles a favor de terceras personas que, secretamente, están de acuerdo con él para figurar como adquirentes, cuando, en realidad, el enajenante fingido ha de conservar la propiedad de los bienes. Las partes no descuidan nada para que el negocio tenga toda la apariencia de verdadero y real. No se omite la redacción de un instrumento público y su transcripción normal, para hacer ver que el comprador es de buena fe y no teme publicar su adquisición: al contrato se le agregan cláusulas y particularidades que puedan manifestar una intención sincera en los contratantes: se fija un precio elevado para demostrar que el deudor ha vendido porque en ello encontraba su conveniencia; en una palabra, se despliega todo el aparato necesario para evitar las sospechas de fraude. Cuando los acreedores van a proceder ejecutivamente, encuentran que el patrimonio del deudor se ha liquidado ya y que los bienes que pertenecían al mismo, y con los cuales contaban para la satisfacción de sus créditos, se han disipado, y no les queda otro recurso que el de impugnar de simulación las ventas falsas para probar que los bienes no se han enajenado verdaderamente y siguen estando afectos a la garantía de sus derechos. Pero no se olvide que, si no demuestran el carácter aparente del acto, tienen todavía a su

favor la acción Pauliana para perseguir las enajenaciones fraudulentas, si concurren los requisitos necesarios para que pueda intentarse esta acción y se está dentro de los límites que se señalan a su ejercicio. Este último remedio sólo se da a los acreedores anteriores, está subordinado a la excusión previa del deudor y, finalmente, se detiene ante los adquirentes de buena fe.

La enajenación ficticia de un inmueble se emplea también, con una especial finalidad fraudulenta, en materia de expropiación por causa de utilidad pública. Tomo este caso de la jurisprudencia alemana.

Un propietario, previendo que se le va a expropiar su fundo en fecha próxima, y deseando obtener una indemnización crecida, vende el inmueble a un testaferro por un precio enorme. El Estado inicia después el procedimiento de expropiación contra el comprador, el cual, sobre la base de su adquisición, pretende ser reembolsado del precio fingido. Se decidió que el Estado podía demostrar el carácter aparente de la venta, para no entenderse obligado por el precio de la misma al determinar la indemnización (5).

Además, en nuestra jurisprudencia se reconocen ventas simuladas de fundos, celebradas con el fin de obtener en contra del arrendatario la resolución del arrendamiento (6) y para conferir al adquirente el derecho electoral (7), etc., etc.

Es también frecuente en la práctica la distracción simulada de los muebles para sustraerlos a la acción de los acreedores. El deudor, durante el procedimiento ejecutivo, hace una venta por escritura privada, de fecha anterior, o se previene antes contra la ejecución futura despojándose ocultamente de los bienes muebles que le pertenecen, y luego, en el juicio de ejecución de la prenda, o de secuestro, aparecen los adquirentes fingidos con demandas de tercera para reivindicar los muebles embargados o detenidos aún por el deudor a título de depósito, precario o alquiler, también simulados.

(5) V. SONNTAG, *Das Simulierte Rechtsgeschäft*, pág. 37. La hipótesis resulta práctica también en nuestro derecho, porque si bien con arreglo al art. 39 y siguientes de la Ley de expropiación por causa de utilidad pública, la indemnización del expropiado se estima por peritos, que han de determinar el precio que hubiera podido obtener el inmueble en una libre contratación de compra y venta, no puede negarse que habría de influir mucho en este juicio la alegación de un acto reciente de adquisición de que resultase un precio elevado.

(6) Apel. de Palermo, 13 julio 1909 (*Mont. Trib.*, 793).

(7) Casac. de Roma, 26 oct. 1909 (*Foro ital.*, 1909, II, 137).

Las circunstancias del caso y la calidad de las personas son muchas veces indicio seguro del carácter ficticio del negocio. Así es como fue declarada la simulación de una venta de bienes muebles hecha por precio considerable a persona que nada tenía y quedando la posesión y el disfrute de los bienes en el vendedor, y así también se declaró simulada la enajenación de todo el mobiliario, ropa blanca, trajes, etc., hecha por un deudor, contra quien se habían decretado varios embargos y dictado varias sentencias condenatorias, a favor de un pariente próximo del mismo (8).

Pero a veces, para alejar la sospecha que brota de estas enajenaciones consentidas por un deudor agobiado de reclamaciones, se coloca la venta fingida bajo la forma de una *datio in solutum*. El acto, entonces, aparece a la vista de todos con una justificación objetiva, porque no hay nada más honrado que cumplir puntualmente las propias obligaciones, y la *dación* no es más que una forma de pago. Por eso el deudor finge librarse de una obligación —imaginaria— consignando en pago uno de sus fundos, cuando, en realidad, lo único que hace es justificar la distracción realizada de acuerdo con el acreedor aparente —que no dejará de recibir alguna compensación por su complacencia—. Más frecuentes aún son las daciones en pago hechas con bienes muebles que se quieren sustraer a un embargo próximo, y, generalmente, se agravan con dos circunstancias que sirven para revelar la falta de seriedad del acto, a saber: la enajenación de todo el patrimonio mueble, aun aquel que, por ser indispensable para la satisfacción de las necesidades personales, hace más falta, y, además, la conservación del mismo por el deudor, a título distinto del de propietario, lo cual pone de manifiesto una contradicción difícil de conciliar en la intención del que da y, sin embargo, conserva lo enajenado (9).

Pero al discutir el carácter jurídico de la *datio in solutum* hay que examinar si existe o no el crédito que se pretende haber satisfecho, pues no basta afirmar su existencia: hay que probarla. Que

(8) V. Apelac. de Turín, 18 nov. 1867 (*Giur. ital.*, 19, 2, 683); Apelac. de Turín, 27 mayo 1874 (*Giur. ital.*, 26, 2, 718); Casac. de Turín, 27 oct. 1897 (*Giur. ital.*, 50, I, 1, 32).

(9) V. Apelac. de Turín, 17 dic. 1867 (*Giur. Tor.*, 155); Apelac. de Lucca, 27 mayo 1874 (*Giur. ital.*, 26, 2, 718); Apelac. de Turín, 13 febrero 1881 (*Giur. Tor.*, 1884, 333); Apelación de Venecia, 31 dic. 1889 (*Giur. ita.*, 42, 2, 227); Apelac. de Catanzaro, 28 agosto 1894 (*Ibi.*, 48, I, 2, 125).

la dación en pago es simulada resultará precisamente de la inexistencia del crédito, y a veces —cuando las partes, para apoyar el acto simulado, hayan tenido la precaución de fingir un crédito de fecha anterior— de la impugnación del crédito. Por eso, los que simulan se esfuerzan en que el crédito, base necesaria de la dación en pago, aparezca indiscutible y, cuando no inventan un crédito totalmente, se valen de otro verdadero, pero extinguido ya, ocultando su extinción (10); y, en ocasiones, el deudor, de acuerdo con alguno de sus acreedores verdaderos, que se pliega a sus manejos fraudulentos con tal de cobrar algo de lo que se le debe, trata de engañar a los demás. Sin embargo, en esta hipótesis sólo será aplicable la acción revocatoria.

Estas ventas o daciones en pago, hechas amigablemente, y que sólo deben tener una existencia aparente, suelen realizarse entre personas ligadas por vínculos estrechos de parentesco o de afecto, porque ni los extraños se prestarían fácilmente a participar de un fraude, contrayendo la consiguiente responsabilidad personal, ni el deudor se fiaría de ellos colocándolos en una posición de que podrían abusar y en que experimentaría la verdad de aquel proverbio que dice que quien prepara la trampa para los demás es el primero en caer en ella. Por eso, estas enajenaciones fingidas se suelen combinar en familia y los protagonistas del contrato suelen ser marido y mujer.

En tal caso, la prueba de la sinceridad del acto, ya se trate de dación en pago, ya de venta, se complica con un nuevo elemento: hay que demostrar cómo la mujer ha obtenido un crédito o se ha procurado un capital que pueda desembolsar como precio de los muebles adquiridos. Entonces, los acreedores, al impugnar, se encuentran en situación favorable, pues milita en su pro una presunción, la llamada *praesumptio Muciana*, que en nuestro Derecho sólo tiene el valor de una *praesumptio hominis*, según la que, normalmente, debe estimarse que los bienes de la mujer provienen del marido (11), pero sin que ello excluya la prueba en contrario de que tales bienes proceden de las rentas de los parafernales o de la actividad económica de la misma mujer. Una concepción dife-

(10) Apelac. de Bolonia, 27 dic. 1881 (*Riv. giur.*, Bol, 1882, 53).

(11) V. frag. 51 D. 24, 1: "Quintus Mucius ait: Cum in controversiam veniat, unde ad mulierem quid pervenerit et verius et honestius est quod non demonstratur unde habeat, existimari a viro, aut qui in potestate eius esset, pervenisse."

rente resultaría antisocial y llevaría a la absorción o supresión de la personalidad de la mujer en el matrimonio.

Los mismos fines fraudulentos se realizan mediante la enajenación simulada de un derecho de crédito bajo la forma de cesión o cesión *in solutum*. Así, es frecuente en la práctica simular la cesión, de fecha anterior, de un crédito embargado para eludir los procedimientos de los acreedores (12), o la cesión de los derechos hereditarios a favor de una tercera persona o de un coheredero, para substraer la herencia adquirida a las acciones de los acreedores personales. A veces, la cesión se refiere a un crédito ficticio y sirve de instrumento para constituirse artificialmente en una situación duradera de insolvencia y asegurarse de este modo contra el incumplimiento de las propias obligaciones. En un caso, objeto de decisión judicial, un secretario de Ayuntamiento había simulado la cesión de su sueldo por diez años consecutivos, pretextando tener que pagar un préstamo, para librarse de cumplir numerosas sentencias por deudas que le amenazaban (13). Es innecesario que advirtamos aquí también que cuando se trata de cesión en pago y se alega simulación, no puede prescindirse del problema de la existencia real de los créditos que se pretende haber satisfecho (14).

El deudor puede llevar a cabo una enajenación fingida, de carácter limitado o eventual, constituyendo sobre sus bienes inmuebles *iura in re aliena* que, en una futura ejecución del fondo, quedarán a salvo o concederán una preferencia respecto del inmueble ejecutado. De aquí que no sea raro encontrar constituciones fingidas de usufructo, enfiteusis o superficie, con las cuales el deudor, mediante un testamento, conserva casi el pleno goce de sus bienes, dejando solamente a los acreedores un derecho de nuda propiedad, de contenido limitado y de escaso valor comercial. En la concesión de enfiteusis puede ocurrir, además, una doble simulación cuando a la constitución fingida del derecho real sigue una redención, fingida también, con la cual, en el patrimonio del deudor, se sustituye aparentemente a la cosa un capital líquido que, por su naturaleza, escapa a la aprehensión de los acreedores.

(12) Casac. de Turín, 21 marzo 1868 (*Giur. ital.*, 1868, I, 296).

(13) Apelac. de Bolonia, 22 oct. 1868 (*Giur. ital.*, 38, II, 744).

(14) Apelac. de Casale, 16 febrero 1889 (*Giur. Casale*, IX, 89).

No menos perjudicial resulta la constitución de una hipoteca a que puede haber precedido la simulación de una deuda, y por la cual el fingido acreedor hipotecario viene a realizar, en beneficio exclusivo del obligado, toda o la mayor parte de aquellos bienes inmuebles que debían ser la garantía de los verdaderos acreedores.

Finalmente, puede simularse una enajenación bajo la forma del contrato de sociedad. Los inmuebles del deudor aparecen como aportación a una sociedad imaginaria (15), formada con otra persona que no aporta más que su industria o su trabajo personal. Al disolverse la sociedad, el socio fingido o testaferro del deudor recibe una parte de los bienes aportados, es decir, de los inmuebles que se han querido sustraer parcialmente a la ejecución. A veces, fingiendo una sociedad con aportaciones iguales, se establecen cuotas desiguales en el reparto, y, naturalmente, el deudor será el que tome cantidad menor o reciba los bienes con mermas o gravámenes. Finalmente, en un contrato de sociedad puede hacerse aparecer que los asuntos no han ido bien y que el activo social se ha evaporado; los bienes inmuebles se habrán enajenado a personas extrañas, supuestos acreedores de la sociedad, que, realmente, no son más que testaferros del deudor mismo.

24.—Hablemos ahora de los contratos de enajenación a título gratuito. Advertiremos, desde luego, que en este terreno el enajenado tiene menos probabilidades de éxito, porque la liberalidad de un deudor insolvente, en vísperas de la ejecución, revela con bastante evidencia el propósito fraudulento. Sin embargo, muchas veces se intenta presentar la donación bajo una forma inocente, dándole el carácter de recompensa de servicios o cumplimiento de un deber moral.

Pero la cuestión de las liberalidades simuladas reviste una importancia de primer orden en el contrato matrimonial. El punto más discutido de la controversia es el de la posibilidad de simular ese contrato o algunas de sus cláusulas. Yo he sostenido ya que nuestro derecho positivo excluye la simulación.

En efecto, nuestros legisladores, siguiendo las huellas de los

(15) Y aun efectiva, para sustraerlos a los acreedores personales. V. un caso de esta clase —aportación de bienes a una sociedad colectiva— en Casac. de Nápoles, 30 junio 1917 (*Dir. e giur.*, 1918, 385).

franceses y penetrados de la importancia de la constitución de la familia, han establecido, ya en interés de los cónyuges, ya en el de la prole futura, y siempre para garantizar la buena fe de los terceros, el principio de la estabilidad absoluta de las convenciones matrimoniales; y, al mismo tiempo que han prohibido todo cambio de los pactos nupciales, posterior a la celebración del matrimonio, han hecho ineficaces indirectamente todos aquellos actos clandestinos que tendieran a modificar el contrato y oponerse a su contenido. Por eso, han ordenado la ineficacia de todas las alteraciones y contradecimientos con que se viniera a derogar, restringir o anular las convenciones matrimoniales, a menos que fueran hechas por documento público con el concurso simultáneo de cuantos intervinieron en el contrato y con anotación en el mismo (arts. 1.383 y 1.384).

Así, indirectamente, se han proscrito las contradecimientos cuyo carácter esencial está en el secreto. El efecto práctico de tales normas se reduce, en realidad, a excluir la prueba de la simulación y, por tanto, la simulación misma; ya que, si se permiten las contraescrituras, se hace en condiciones tales que contradicen la naturaleza de las mismas y el fin para el cual hubieran podido emplearlas los contratantes. Las partes quedan ligadas por su declaración solemne, que debe tener una eficacia incondicionada, y no pueden hacer eficaz, en forma alguna, su secreta falta de voluntad.

Pero, en los últimos tiempos, se han emitido opiniones disonantes y la misma jurisprudencia se ha dividido en este punto (16).

Yo, para combatir la opinión contraria, examinaré las doctas conclusiones del *Abogado general* Quarta, enérgico defensor de

(16) La cuestión surgió principalmente para el caso de constitución de dote no pagada en tiempo de la celebración del matrimonio y que, para evitar el impuesto sobre la riqueza mueble, se declara infructífera, comprometiéndose el donante, en documento separado, a satisfacer los intereses. La decisión de la jurisprudencia es exacta, como veremos luego, pero la justificación es errónea. Por lo que respecta a la posibilidad de admitir la prueba de la simulación en el contrato matrimonial, V. Apelac. de Catanzaro, 12 nov. 1894 (*Tem. Calabr.*, I, 105); Apelac. de Módena, 9 dic. 1897 (*Ann.*, 32, 3, 39); Casac. de Roma, 28 abril 1898 (*Foro ital.*, 1898, I, 662), con nota favorable del *Abogado general* ORONZO QUARTA. En contra, en el sentido que yo defiendo: Apelac. de Protenza, 23 febrero 1904 (*Foro*, 1904, I, 707). Muchas veces se habla de constitución simulada, de dote, en vez de hablar de dote constituida *in fraudem creditorum*. Así, Casac. de Turín, 9 febrero 1917 (*Man. Tribun. M.* 1917, 267).

aquella. Cuarta, una vez comprobada la incertidumbre de la doctrina y la indecisión de la magistratura, se cife a la investigación de cuál fuera el pensamiento del legislador, infiriéndolo de la letra y el espíritu de nuestro Código.

Y acude ante todo a la interpretación literal. ¿Qué significan las palabras *alteraciones* y *contradecaraciones*, que aparecen en el art. 1.383? Entre *alteración* y *contradecaración* —dice— hay la misma diferencia que entre el género y la especie. Existe alteración cuando se aumenta o disminuye, o cuando se derogan las convenciones matrimoniales; hay contradecaración cuando el cambio implica algo así como una contradicción o revocación de lo declarado anteriormente en el contrato. Surge, sin embargo, la cuestión siguiente: ¿Deben considerarse como contradecaraciones las que se contraponen a declaraciones hechas ya y subsistentes en derecho, en cuanto expresaban la voluntad verdadera y genuina de las partes, o deben entenderse comprendidas también en el concepto las declaraciones destinadas a permanecer secretas y que tengan por objeto hacer constar la simulación de las declaraciones anteriores?

Quarta, siguiendo la argumentación inexacta del Tribunal de Bolonia, contra cuya sentencia se interpuso recurso, acoge la primera tesis sin ocultarse el atrevimiento de tal distinción.

Este es, precisamente, el error fundamental.

Decir que por contradecaración se entiende tan sólo aquella declaración que introduce *modificaciones* en un contrato anterior y que, en cambio, debe excluirse la que *restablece* la verdad de los pactos fingidos, es desconocer toda la tradición histórica y la naturaleza jurídica de las contraescrituras. La contradecaración no es una declaración que *puede* referirse a negocios simulados: es, *única y exclusivamente*, la declaración que mira al negocio simulado y, por tanto, excluye todo acto modificativo de un contrato anterior verdadero y real. La contradecaración es, precisamente, *aquel documento probatorio de la simulación* que el Tribunal de Apelación de Bolonia excluía del concepto como si se tratara de cosa distinta.

Realmente, todos los antiguos escritores franceses que elaboraron la doctrina de las *contre-lettres* están de acuerdo, a pesar de los equívocos y generalizaciones vagas que llenan sus traba-

jos, en que, cuando menos, hay que entender por *contre-lettre* un acto secreto contrario a un acto manifiesto y simulado. Esta es la significación técnica y primitiva del término *contradecaración*, aunque, sucesivamente, se haya extendido a los actos modificativos propiamente dichos.

Ferrière (17) dice que las contradecaraciones son pactos secretos, que se realizan en oposición a un contrato, derogándolo, o contra algunas cláusulas del mismo; como si Ticio constituye una renta a favor de Mevio y, por acto separado, reconoce que la renta no se le debe. Una *contra-carta* es un acto contrario a la *carta*, obligación o contrato, *que prueba que aquello que parecía serio no lo es*. Se trata de un ardid concertado entre las partes para retener con una mano lo que se suelta con la otra: en una palabra, es una precaución astuta que se emplea en daño de terceras personas.

Dénisart (18) dice que las *contre-lettres* sirven para facilitar la mentira y el dolo y que por medio de ellas se consigue engañar a los acreedores *mostrándoles bienes que no se poseen* o créditos que no existen.

Merlin (19) declara: "La *contra-carta* es el reconocimiento de que el acto primero *no es serio*, en todo o en alguna de sus partes.

Finalmente, Bigot de Préameneu (20), en la exposición de motivos del Código de Napoleón, dice, hablando de las *contre-lettres*, que cuando los contratantes vuelven sobre sus compromisos suele ser con una intención culpable: la de engañar a los terceros *con un acto serio en apariencia*.

Es verdad que estos y otros escritores amplían luego el concepto hasta comprender en él modificaciones de un acto real precedente, pero esta extralimitación del concepto riguroso de la *contra-carta* no ha conseguido borrar su significación característica; tanto, que algunos escritores, como Bartin (21) han sostenido con gran calor que la doctrina del derecho común sobre las *contre-lettres*, a pesar de ciertas imprecisiones de lenguaje, es uniforme en cuanto a considerar que aquellas son el acto secreto que deroga un acto aparente; y otros, más perspicaces, como Lerebours-Pi-

(17) *Dictionnaire de droit et de pratique*. "Contre-lettre".

(18) *Collectium des décisions*, V, pág. 491.

(19) *Répertoire "Contre-lettre"*, n. 2.

(20) Locré, *Legislation civile*, XII, pág. 395.

(21) *Théorie des contre-lettres*, págs. 86 y sigs. (París, 1885).

geonnière (22), aun constatando que circulan diversos conceptos de las *contre-lettres*, reconocen que los autores, especialmente en los ejemplos de que se valen, suponen siempre un acto ostensible simulado.

Cuando el Código de Napoleón, recogiendo las tradiciones de la doctrina, quiso prohibir en el contrato de matrimonio toda clase de actos secretos que derogaran las convenciones de las partes, verdaderas o fingidas, para mantener así la inmutabilidad de ese estado familiar, usó deliberadamente la fórmula *alteraciones* y *contradeclaraciones*, repetida más tarde en nuestro Código; entendiendo significar con la primera las modificaciones reales de pactos verdaderos, y con la segunda, las declaraciones de que no fueron serios pactos meramente simulados.

Esta interpretación histórica se robustece con el examen lógico de los preceptos legales. Entendiendo por *contradeclaración* la retractación de un acto real y verdadero, obligaríamos a la ley a caer en repeticiones ociosas, pues tal concepto va incluido ya en el término *alteraciones*. Se altera, en efecto, no sólo modificando parcialmente, sino también revocando por completo una cláusula del contrato; y, si no puede suponerse que la fórmula legal peque de redundancia y sea, simplemente, un pleonismo, hay que atribuir al término *contradeclaraciones* un significado propio y distinto que sólo puede ser el tradicional. Agreguemos, por otra parte, que nuestra ley usa también la palabra *contradeclaraciones* en el art. 1.319, y aquí la doctrina es unánime al reconocer que se trata del acto que sirve para hacer constar entre las partes la simulación del contrato; lo cual excluye la suposición de que la ley haya podido emplear la misma palabra en otro lugar con un sentido completamente opuesto. Por eso, seguimos sosteniendo con firmeza que la palabra *contradeclaraciones* que emplean los artículos 1.383 y 1.384 tiene el sentido ordinario de declaración secreta que contradice una declaración manifiesta simulada; lo que, por otra parte, habremos de comprobar más adelante al examinar la relación histórica de esta disposición especial en materia de matrimonio con la teoría general de las *contre-lettres*.

Veamos, ahora, si estos resultados contradicen o no la lógica del derecho. Se dice: el principio *plus valere* es un principio de

razón absoluta y no se concibe que surja entre las partes un vínculo contractual allí donde existe la negación de un consentimiento mutuo. Y si esto es verdad en todos los actos y contratos, ¿por qué ha de ser de otro modo tratándose de convenciones matrimoniales?

Verdaderamente que el argumento no puede ser más sencillo, porque de ese modo no debería existir nunca un *ius singulare* o sea, precisamente, aquel que *contra tenorem rationis introductum* est. El interés público exige que se mantengan las bases económicas y contractuales sobre que se erigió la nueva familia, y, por eso, el legislador subordina la prueba de la simulación a ciertas condiciones rigurosas que garanticen su inocuidad y sirvan, prácticamente, para hacerla inútil: Esta protección especial es lo que motiva que se dejen a un lado las consecuencias rigurosamente lógicas de los principios y, en su lugar, se apliquen otras normas inspiradas en consideraciones de utilidad. Ni debe admirarnos el que un negocio inexistente como privado de consentimiento quede eficaz y ligue jurídicamente a las partes, porque lo mismo sucede en otros supuestos y —para ceñirme a la materia de la simulación— en el caso de que el negocio simulado quiera oponerse por los contratantes a los terceros de buena fe. También aquí la ley, queriendo tutelar la fe comercial, establece expresamente que las *contradeclaraciones* sólo tienen efecto entre las partes (1.319); y, por eso, una adquisición simulada que, en sí misma, por falta de consentimiento, no es más que una pompa de jabón, permanece firme respecto a los terceros que adquirieron derechos del testaferrero, surgiendo así la figura singular de un *dominus* que pierde su derecho sin haberlo transmitido y de un adquirente que lo recibe válidamente de quien no es su titular.

A esto se opone, sin embargo, que si tales motivos apremiantes de utilidad pública pueden motivar una derogación de los principios generales, el interés mismo de la familia exige que en los actos matrimoniales triunfe la verdad y prevalezca y se mantenga lo que fue realmente *estatuto concordado* entre las partes y, por tanto, la realidad declarada en la contraescritura. Por eso, si se convino aparentemente que para el pago de la dote no se tomaran en cuenta los intereses, cuando en realidad el capital debía

(22) *Du prête-nom*, pág. 179 (Paris, 1899).

ser productivo, interesa para la constitución real de la familia que prevalezca la declaración secreta y verídica.

Pero, al decir esto, se olvidan varias cosas. Ante todo, la ley quiere que prevalezca y se mantenga el estatuto concordado entre las partes; pero, entiéndase bien, el que se manifiesta con las *formas solemnes y la publicidad* previstas en la legislación y que constituyen precisamente la garantía de su contenido. La ley, en interés de la sociedad conyugal, prescribe la publicidad del contrato de matrimonio, la presencia de todas las partes, la asistencia de los esposos en determinados casos; en suma, una concurrencia de solemnidades tales que permita confiar en la ponderación, seriedad y madurez de los convenios. Y, por lo mismo, destierra las falsas apariencias, quitando eficacia a las contradecaraciones cuando no reúnan las garantías que se requieren para el contrato principal y que son las que hacen imposible la sospecha de un perjuicio en los intereses familiares. La verdad triunfa porque la ley excluye la posibilidad de cualquier mentira o simulación, obligando a las partes a lo que han declarado pública y manifestamente. No debe causarnos impresión el ejemplo que ponen los partidarios de la doctrina contraria, porque si es verdad que a veces el denegar la prueba de la simulación puede resultar dañoso a las partes, que, por lo demás, no obraron con lealtad ni se ajustaron a los preceptos de la ley, no es menos cierto que *infinitas veces* el excluir la prueba de la simulación es saludable y contribuye a mantener sobre bases más sólidas la familia creada. Pensemos en el caso de que se constituyera una dote y después se declarase por contraescritura que la dote es una mera ficción; o de que se constituyese una dote por un capital considerable, y luego en la contradecaración se redujera a una suma irrisoria; o, finalmente, que, hecha una donación *propter nuptias*, se hiciera constar secretamente que la donación fue simulada y se hizo para ilusionar a los parientes del esposo. En estos y otros casos admitir la simulación, es decir, la *voluntad secreta* que se quiere que triunfe, conduciría a derrumbar o desorganizar el edificio de la familia (23), mucho más si se piensa que tales fraudes se gene-

(23) Carece, por tanto, de fundamento jurídico sostener (V. QUARTA, loc. cit., pág. 668) que cuando las contradecaraciones perjudiquen los elementos constitutivos de la dote deben considerarse ineficaces, según el art. 1.319, que les niega eficacia respecto a terceros: pues aquí se trataría de eficacia *entre las partes*. No

ralizarían y se llevarían a cabo por los esposos, o por uno de ellos, secretamente, con el peligro de que el entusiasmo de los afectos, privado del consejo ilustrado y sereno de los ascendientes, que ya no podrían tutelar de modo seguro los intereses del contraente respectivo, llevase a éste a consentir todo lo que se le pidiera. Precisamente estos peligros, cuya gravedad sintió la práctica, fueron los que obligaron al antiguo derecho francés a negar toda consideración a las contradecaraciones ocultas y constituyeron el germen de las disposiciones del Código de Napoleón y del italiano.

Así desaparece aquella incongruencia que una observación superficial ha creído encontrar en el art. 1.383, interpretándolo como relativo a la simulación. Observa el Tribunal de Casación de Roma (24) que el pretender que las partes, queriendo precaverse contra la simulación, hayan de declarar todas ellas simultáneamente en instrumento público que realizaron un acto simulado, es pretender algo ilógico: sin que pueda comprenderse con qué fin y con qué esperanza útil simularían los contratantes, para después tener que confesarlo públicamente.

Pero esto es precisamente lo que la ley ha querido; arrancando, por decirlo así, las uñas al fraude y colocando a la simulación en circunstancias que la inutilicen en la práctica. La ley, dice Troplong, admite las contraescrituras en esta materia, a condición de que se despojen de sus caracteres usuales (25). Lo que, en definitiva, equivale a quitarles su carácter secreto, lleno de insidias y preñado de peligros.

Y llegamos ya al argumento de censura que aduce Quarta para sostener que las contradecaraciones contempladas en el art. 1.383 son tan sólo aquellas que se refieren a un contrato anterior *efectivo y sincero*, que las partes quieren alterar, y no las que miran a los contratos simulados. De ser verdad —se dice— que las contradecaraciones de que tratamos fueran las encaminadas a demostrar la simulación, resultaría *superflua y perjudicial* la norma contenida en el art. 1.384, según el cual, respecto a terceros, toda

comprendo tampoco que este principio pueda aplicarse *a fortiori* en las relaciones propias de las instituciones de orden público, como es la familia. Esta personificación jurídica del ente familia es equívoca y se reduce a una figura retórica sin consecuencias prácticas.

(24) Sentencia citada. *Foro ital.*, 1898, I, 673.

(25) *Comm. du titre du Contrat de mariage*, art. 1.391, n. 230.

contradecclaración, aunque esté revestida de las solemnidades prescritas, queda sin efecto si al margen o al pie del original del contrato de matrimonio no se hizo la debida anotación. Sería *inútil*, en cuanto que los terceros están ya protegidos suficientemente, y quizá mejor, con la disposición general y absoluta del artículo 1.319, según el cual las contradecclaraciones no pueden nunca oponerse a los terceros; y sería *dañosa*, porque los terceros, que en ningún caso deben quedar perjudicados por las contradecclaraciones, las tendrían que sufrir si se hicieran públicamente y se anotaran.

La observación es aguda, pero se destruye fácilmente. Es más, comenzare reforzando la objeción. ¿Qué razón habría para que la ley estableciese aquí una especial protección de los terceros, cuando ya en otro lugar les otorgó una protección general? ¿No habrá aquí una superabundancia viciosa, una incoherencia lógica, una redundancia legislativa? Sí, ciertamente. Nos encontramos aquí en presencia de un residuo histórico cuyo origen es interesante investigar.

Pero ante todo conviene poner de relieve que los Códigos —y especialmente el nuestro, que ha seguido el modelo del francés— no constituyen un todo sistemático coordinado orgánica y armónicamente, sino más bien el resultado de una compilación de normas de derecho vigentes en la jurisprudencia anterior, de origen distinto, que se enlazan con diversas corrientes históricas y se acogen sin someterlas siempre a una selección severa y cuidadosa. Y esta visión del Código en su aspecto histórico es la que sirve al intérprete para determinar su contenido, para eliminar las antítesis y para explicar las redundancias. No debe, pues, extrañarnos el que sobre una misma relación se encuentren a veces muchas reglas distintas que proceden de fuentes diversas y se enlazan con diferentes tradiciones; y es cosa trivial pretender que la coexistencia de varias reglas obliguen a rechazar una de ellas. Esto sentado, haremos alguna breve indicación sobre el origen de cada uno de los arts. 1.319 y 1.384, sin perjuicio de dar luego, en su sitio, una explicación más detenida.

El principio de la ineficacia de las contraescrituras frente a los terceros, surge en la jurisprudencia. Hacia la primera mitad del siglo XVII encontramos dos decisiones del Parlamento de

París, que enuncian el principio de que las contradecclaraciones no pueden oponerse a los terceros. Este principio se acoge en la práctica y se difunde con rapidez en la doctrina. Pero los sistemas de protección a los terceros son diferentes. Unos, más severos, sostienen el principio de la nulidad de las *contre-lettres*. A este grupo pertenece Domat. Otros, en cambio, opinan que la buena fe de los terceros está suficientemente protegida, cuando las *contre-lettres* revisten ciertos caracteres externos de publicidad que hagan imposible el engaño. Así, en una sentencia de 27 de julio de 1868 se sostiene que pueden oponerse a los terceros *les lettres passées devant notaires et enregistrées* (26). También son de la misma opinión algunos escritores.

Así, Ferrière (27) dice: "Las *contre-lettres* no hacen fe sino cuando se otorgan ante notario y se reconocen en juicio."

Dénisart (28) afirma aún más explícitamente: "Para que las *contre-lettres* puedan oponerse a tercero, se necesita que se hagan ante notario y quede una minuta de las mismas. Además, han de otorgarse contemporáneamente al acto que derogan o desmienten."

Pues bien; precisamente en lo relativo al contrato matrimonial, había prevalecido esta segunda doctrina y era regla generalmente aceptada por la práctica que las *contre-lettres* matrimoniales, para tener eficacia respecto a terceros, habían de estar hechas mediante notario, registradas y con el concurso de todos los contratantes.

El Código de Napoleón se elaboró teniendo a la vista esta tradición varia y ondulante; y su art. 1.321 —equivalente al 1.319 del Código civil italiano— se introdujo en él por pura casualidad. El director de la Oficina de Registro (29), en sus repetidas exhortaciones, reclamaba, en interés de la administración fiscal, que se insertara un artículo declarando nulas todas las *contre-lettres*, medio facilísimo de defraudar a la Hacienda; que se pusiera el problema de la eficacia de las contradecclaraciones. A esto replicaron muchos que el sistema de la nulidad, que atacaba tan dura-

(26) DÉNISART, *Collection des décisions*, n. 6.

(27) *Dictionnaire de Droit*, "Contre-lettres".

(28) *Collection cit.*, V. pág. 497 (edic. 1786).

(29) Oficina liquidadora del impuesto equivalente en cierto modo a las que administran el nuestro de derechos reales y transmisión de bienes. (*Nota de los traductores.*)

mente la libertad contractual, era excesivo porque las partes podían tener razones legítimas para conservar el secreto en sus asuntos; y así surgió el art. 1.321, transacción entre las dos tendencias opuestas, estableciendo que las contradecларaciones sólo pueden tener efecto entre las partes y sus herederos.

Pero cuando más tarde se trató de regular el contrato de matrimonio y se recogió el material jurídico relativo a esta institución, para la cual existía ya la regla especial sobre las *contre-lettres*, no creyeron los legisladores que debiera alterarse nada; y ya fuera un defecto de coordinación, o ya que pareciera útil y conforme al contrato matrimonial aquella especial protección, es lo cierto que allí quedó, y ha quedado también en nuestro Código.

Pero de esto a negar que tal regla no se refiere a las *contre-lettres* características de las convenciones simuladas, hay una gran distancia. Los mismos requisitos especiales de publicidad, que tanto han hecho trabajar la fantasía de los intérpretes, se ve que tienen sus raíces en la evolución histórica de las contradecларaciones, de que representan un mero aspecto o actitud.

Y así se explica la pretendida *superfluidad* del art. 1.384, que no es sino un sistema distinto de protección que *sobrevive* históricamente al sistema más amplio y general introducido con la ineficacia absoluta de las contradecларaciones.

Vengamos ya al perjuicio que experimentan los terceros por efecto de esta disposición. Yo creo que no existe. Porque las contradecларaciones que reconoce como eficaces el art. 1.384 deben presentar tantas y tales condiciones de legitimidad y publicidad, que el interés de los terceros no puede nunca ofenderse en modo alguno. Este segundo sistema de protección consigue indirectamente los mismos efectos prácticos de la inoponibilidad.

Pero yo voy más allá. Los terceros, con esta disposición especial, no sólo no sufren un daño, sino que obtienen una *ventaja*. Debemos pensar dos cosas: 1.º, que la disposición del art. 1.319 se aplica a los terceros de *buena fe*, bastando, por tanto, para que cese la protección, que los terceros conozcan la simulación y sepan que tratan con un testafierro. En cambio, las contradecларaciones matrimoniales, aun realizadas por acto público y *conocidas* de los terceros, sólo pueden oponérseles en el caso de su *anotación*, que constituye una forma especial de publicidad; 2.º, que la

protección del art. 1.319 se limita, por el arbitrio del legislador, a las contradecларaciones *por documento privado*; de modo que los terceros habrán de sufrir inexorablemente las contradecларaciones hechas en escritura pública; o, lo que es igual, que la protección concedida a aquéllos por el art. 1.384 es más amplia en cuanto impone, además de la forma notarial, el concurso simultáneo de todas las partes y la anotación en el contrato matrimonial.

Así, pues, resulta insostenible el argumento *a contrario* que se quiso esgrimir.

Y, por eso, hay que concluir que la simulación no puede ocultarse en el contrato matrimonial, sino despojándose de sus vestiduras acostumbradas de secreto y fraude; y mostrándose abiertamente al público, lo cual equivale a imponerle una metamorfosis que la hace inútil en la práctica (30).

Debemos, sin embargo, precisar los límites en que hay que entender constituida esta doctrina.

La ley prohíbe las alteraciones y contradecларaciones de los *convenios matrimoniales*, siendo, por tanto, el contrato matrimonial —la regulación del patrimonio que los esposos han establecido al constituir la nueva familia— lo que debe permanecer intacto e inalterado. Quedan excluidas todas aquellas declaraciones incidentales contenidas, sí, en el contrato, pero que se refieren a un negocio jurídico anterior, que publican o enuncian con tal motivo; y también los actos jurídicos posteriores al contrato de matrimonio, aunque estén con respecto a él en una relación de dependencia y causalidad. De aquí que, ante todo, puedan impugnarse de simulación con los medios ordinarios de prueba las llamadas declaraciones *enunciativas*, o sea aquellas en que se afirma o reconoce la existencia de un negocio anterior a la estipulación matrimonial, de la que no forma parte; por ejemplo, la declaración de que la entrega de la dote se realizó con anterioridad. En tal supuesto, la impugnación de lo afirmado no ataca en lo más mínimo las capitulaciones de las partes y la simulación se alega únicamente contra el pago de la dote que fue un acto jurídico an-

(30) Por lo que respecta a la imposibilidad legal de simulación en las convenciones matrimoniales, véase: BRUGI, *Istituz. di dir. civ.*, 3, pág. 708.—GIOVENE, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, pág. 60.—DUSI, en BAUDRY-LACANTINIERE, *Contratto di matrimonio*, I, 876.—PESTALOZZA, *ob. cit.*, pág. 103.

terior al contrato de bienes con ocasión del matrimonio, aunque tenga en el mismo su prueba.

Además, están sujetas a las reglas de derecho común sobre impugnación de los actos simulados las declaraciones posteriores a los pactos nupciales, aunque aparezcan en relación con ellos y dependientes de los mismos. Así, por ejemplo, el recibo que, pasado algún tiempo, libra el marido por la dote que no se le había entregado.

Por otra parte, no pueden considerarse como contradecaciones y alteraciones, ni, por tanto, necesitan someterse a las solemnidades prescritas por los arts. 1.383 y 1.384, los actos siguientes: 1.º, las convenciones que se limitan a interpretar el contrato matrimonial (31); 2.º, los actos que tienden a regular su cumplimiento (32), y 3.º, las disposiciones nuevas añadidas al mismo (33).

Conviene que fijemos la atención en la última categoría. Nada impide que los esposos, después de las capitulaciones, reciban otras liberalidades aun de los mismos donantes. La inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales no es un obstáculo para que se aumenten las donaciones y a las adquisiciones obtenidas por efecto de los pactos nupciales se agregen otras nuevas. En ellas no puede verse una derogación o retractación del contrato anterior, porque en ninguna parte se ha dicho que la posición económica de los esposos haya de permanecer invariable y no puede desenvolverse o aumentar en lo futuro. Las capitulaciones matrimoniales no sufren por ello cambio alguno; solamente los esposos resultan favorecidos con nuevas liberalidades.

Así, se ha resuelto con justicia que los esposos puedan recibir otra donación de la persona que dio la dote; que es lícita la constitución de una hipoteca para asegurar los bienes dotaes, aunque en el contrato matrimonial se hubiera convenido que los dotantes no estaban obligados a proporcionar ninguna garantía, y que se puede renunciar ulteriormente a un derecho de reversión esti-

(31) GUILLOUARD, *Contrat de mariage*, I, n. 245.

(32) Así, las disposiciones sobre el pago de la dote, como si, en vez de dinero, se conviniera aceptar la dación de un fundo, etc. (V. AUBRY y RAU, V. § 513-bis, nota 27.)

(33) LAURENT, *Droit civil*, XXI, n. 74 y sig.; BIANCHI, *Contratto di matrimonio*, n. 51.

pulado en el contrato de matrimonio por el dotante en provecho propio.

Precisamente en esta serie de aplicaciones aparece el acto que ha motivado tanta desviación de los principios cuando se ha tratado de explicar su validez, a saber: la obligación de pagar intereses de una dote que en el contrato matrimonial se declaró infructífera (34). El dotante, en tal caso, hace una nueva promesa, una nueva disposición gratuita, *añadida* a las convenciones matrimoniales, que de por sí permanecen intactas, pues si hay alteración es en el efecto económico resultante de la ventaja anterior y no en la esencia jurídica. Así, pues, en vez de pensar en una simulación precedente, que por su naturaleza queda excluida del contrato matrimonial, el acto posterior debe interpretarse, legítimamente, como otra disposición de carácter gratuito que constituye de por sí un nuevo título de los derechos de los esposos y cuya validez se impone reconocer.

Ni se crea que esto es un expediente para llegar al mismo resultado a que podría llegarse si se admitiera libremente la simulación en el contrato matrimonial, porque el resultado no es, realmente, el mismo, ya que, si es posible que los esposos obtengan nuevas ventajas, no lo es que renuncien o deroguen por este medio los beneficios establecidos en la capitulación. Su posición, que puede resultar favorecida, no puede ser empeorada.

Esta me parece la única doctrina aceptable.

A propósito de la simulación en las convenciones matrimoniales, debemos recordar que en Francia varios autores, y aun alguna sentencia, sostienen la nulidad absoluta de las *contre-lettres* que sirven para eludir los reglamentos militares en cuanto a la obligación de la mujer que casa con un oficial de aportar una renta al matrimonio. Una sentencia del Tribunal de Limoges, famosa en la jurisprudencia, dice que precisamente por un interés de orden público, que toca a la dignidad del ejército, la Administración del ramo de Guerra exige que los contratos de matrimonio de los oficiales se presenten a su examen, y no autoriza el matrimonio si la esposa no aporta una dote suficiente para proporcionar la renta exigida. Y si un acto ulterior reduce la cifra estipulada

(34) Esta misma razón fue invocada por la Casación de Roma y por el ilustre abogado general en la sentencia antes citada; pero con carácter subordinado cuando, en realidad, era la decisiva.

en el contrato nupcial, es un acto fraudulento, subrepticio y contrario al orden público, y su nulidad es absoluta y puede oponerse por los mismos esposos.

Pero esta doctrina no goza de mucho favor. Bartin observa que aquí el fraude recae sobre un simple reglamento administrativo que protege a una clase limitada de personas, y que, por tanto, no existe una violación del orden público (35); y Planiol, por su parte, encuentra también excesiva la nulidad, y dice que el caso es discutible (36).

La cuestión ha perdido importancia en nuestro Derecho, después de las leyes de 17 de febrero de 1907 y 25 de junio de 1911, que han eximido al oficial que quiere contraer matrimonio de la prueba —que antes se exigía para obtener la Real licencia— de poseer, además de su sueldo, una cierta renta anual asegurada con garantía hipotecario, a favor de la mujer y de la prole futura, sobre valores públicos o sobre bienes inmuebles; circunstancia que podía reemplazarse con la dote aportada por la mujer. Derogada dicha exigencia legal, falta la base para apreciar el fraude, y, por lo mismo, omitimos toda discusión sobre el particular (37).

25.—Sigamos el examen de los varios casos de simulación absoluta en relación con los contratos cuyo objeto es la prestación de un valor de uso. Como forma típica de los mismos, nos aparece el arrendamiento.

El contrato arrendaticio se presta mucho, en manos de los que simulan, para consumir fraudes, pues con él se pueden substraer durante largo tiempo los frutos de un fundo, bajo la apariencia de su atribución obligatoria a una persona, con daño de los acreedores y de los que adquieren después algún derecho sobre la cosa. Así, el deudor, ante la inminencia de una condena judicial, y previendo la subasta de sus propiedades, simula el arrendamiento de las mismas a un pariente o amigo, de modo que, aun cuando se inicien y consumen los procedimientos de ejecución, pueda conservar, por medio del testafierro, el goce de los bienes, acaso por mucho tiempo, si es larga la duración del arrendamiento (38). Pero

(35) *Théorie des contre-lettres*, pág. 178.

(36) *Traité élém. de droit civil*, II, n. 1131.

(37) Por lo que respecta a las cuestiones que se promovían en el derecho anterior, puede verse la tercera edición de esta obra, págs. 165 y sigs.

(38) Trib. de Módena, 5 dic. 1881 (*Rivis. leg.*, 1882, 2).

con más frecuencia todavía interviene simulación al llegar el momento de la ejecución forzosa. El deudor sometido a ella se apresura a simular el arrendamiento del fundo amenazado de ejecución, para substraer los frutos a la inmovilización que subsigue a la inscripción del embargo. Un acto que suele acompañar a estos arrendamientos fingidos y que sirve para completar el engaño es la liberación o cesión de los plazos, con lo cual, además del disfrute en especie, se viene a substraer también la equivalencia en dinero. En todos estos casos, el ejecutante, o cualquier otro acreedor hipotecario o escriturario, pueden impugnar el contrato por simulación, y la falta de seriedad y el carácter fraudulento del acto resultarán evidentes de circunstancias numerosas, entre las cuales vamos a recordar las más salientes.

Ante todo, estos arrendamientos precipitados se hacen siempre por deudores que están en vísperas del procedimiento de ejecución o ya dentro de él, y suelen realizarse con parientes o amigos, reteniendo el mismo arrendador la posesión del fundo, con uno u otro motivo. En una ocasión se indujo la simulación fraudulenta, entre otras circunstancias, por la fecha del arrendamiento, convenido en una estación impropia, es decir, cuando los frutos estaban pendientes, y porque el pago de los plazos quedaba a cargo de los hijos del arrendatario con pacto alimenticio a favor del arrendador (39). Otra vez, el carácter ficticio del negocio se descubrió por el absoluto descuido con que se redactó el contrato, pues ni se hizo mención alguna de las plantas vivas o muertas, ni se dispuso nada acerca de los animales, los pastos, etc., ni se entró en los particulares relativos a la ejecución del arrendamiento, que, por otra parte, se convino en tiempo inoportuno —pasada la mitad del año agrícola—, sin determinar si el arrendatario haría suyas o no las cosechas pendientes, y, por último, merced a la circunstancia importantísima de que el pretendido arrendatario nunca había cultivado, ni por sí ni por otros, los terrenos arrendados, y, en cambio, siempre estuvo en el fundo una persona dependiente del antiguo propietario, la cual siguió recogiendo los frutos (40).

Pero, a veces, estas convenciones fingidas provocan otro con-

(39) Apelac. de Turín, 12 sept. 1866 (*Giur. ital.*, 18, 2, 504).

(40) Apelac. de Perusa, 16 febr. 1879 (*Giur. ital.*, 32, 2 187).

fictio: el fraude se prepara contra el adjudicatario, el cual, en el momento de tomar posesión del fundo adquirido en pública subasta, ve cómo se le oponen contratos de arrendamiento que le impiden por largo tiempo el disfrute del inmueble.

Una garantía primordial a su favor nace de la norma del artículo 1.932, con arreglo al cual, los contratos de arrendamiento por más de nueve años y las redenciones y cesiones de rentas de más de tres deben transcribirse, para que tengan eficacia contra terceros que hayan adquirido o conservado un derecho sobre la cosa; y así, una simulación fraudulenta por acto fechado con anterioridad sólo puede realizarse en perjuicio suyo mediante un arrendamiento o liberación estipulada por tiempo inferior.

Pero la ley establece también normas especiales a favor del adjudicatario. En primer lugar, declara que los arrendamientos convenidos por el deudor ejecutado sólo pueden oponerse al adjudicatario cuando tengan una fecha indubitada anterior al requerimiento; por lo cual, todos los arrendamientos sucesivos celebrados durante el procedimiento de ejecución no tienen valor alguno con respecto a él. Además, establece una presunción de fraude si la merced es inferior en una tercera parte a la normal, según tasación de peritos o arrendamientos anteriores. Finalmente, derogando los principios comunes, limita la oponibilidad de los pagos de plazos y cánones anticipados a los hechos con arreglo a las costumbres locales (art. 687 del Código de procedimiento civil).

A pesar de la gran protección que la ley le concede, el adjudicatario está expuesto al fraude en el caso de arrendamientos registrados con anterioridad al requerimiento, cuya duración sea inferior a nueve años, en que la merced, aunque escasa, no se disminuya en un tercio con respecto a la normal, o en que se contengan anticipos de acuerdo con la costumbre local. Pero en estos casos cabe siempre impugnar por simulación.

Lo mismo que el arrendamiento, se declaró simulado un contrato de aparcería, induciéndose la simulación de las circunstancias siguientes: no se describieron los animales comprendidos en el contrato, ni se indicaba quiénes eran los propietarios de los fundos; se pasó de una aparcería a otra antes de haberse terminado la primera; el supuesto propietario no se preocupó nunca

del ganado entregado en aparcería, ni lo examinó, ni pagó los impuestos (41).

26.— Puede encontrarse también simulación en los contratos reales. Las figuras más frecuentes son el depósito o comodato simulados, hechos por un tercero con objetos de la propiedad del deudor para que aparezca que pertenecen a otro y justificar al mismo tiempo su posesión por el obligado (42). La prenda se utiliza también para los mismos fines. El deudor simula una constitución de prenda, con fecha anterior, haciendo aparecer que los muebles que tiene en su poder le han sido entregados por un tercero en garantía de un crédito.

Todas estas simulaciones sirven luego, en el procedimiento ejecutivo, para justificar las demandas de tercería con que los testaferros tratan de substraer al embargo los bienes muebles del deudor.

En cambio, no puede utilizarse el préstamo mutuo para los fines de la simulación, pues con él se adquiere un crédito en vez de perder elementos patrimoniales en fraude de acreedores. Sin embargo, esta misma figura contractual fue empleada en un caso especialísimo. Una persona amenazada de interdicción contrató, fingidamente, la víspera de pronunciarse la sentencia, un préstamo mutuo con un pariente anciano para procurarse dinero en lo sucesivo, con independencia de su tutor; así, las entregas sucesivas de dinero, nulas por la incapacidad del interdicto, aparecían cubiertas por el mutuo anterior que servía de garantía (43). Pero aquí, realmente, existía más bien un negocio fiduciario.

27.— Finalmente, la simulación se encuentra en los mismos actos declarativos.

Puede simularse la confesión o el reconocimiento contractual de una relación jurídica. Son frecuentes las declaraciones secretas en que el marido reconoce que todos los muebles existentes en el domicilio conyugal —adquiridos con dinero de la dote, con lucros resultantes del propio trabajo o con dinero tomado a préstamo— pertenecen a la mujer, y esas declaraciones se hacen con

(41) Apelac. de Bolonia, 26 abril 1897 (*M. giur. Bol.*, 1897, 142).

(42) Apelac. de Venecia, 15 sept. 1876 (*Tem. ven.*, 1876, 324).

(43) Casac. de Turín, 5 enero 1858 (*Bett.*, X, 2, 27).

el fin de substraer los bienes a la ejecución de los acreedores (44). Más frecuentes aún son las declaraciones de deudas, de cantidades recibidas en préstamo, de obligaciones nacidas de la compensación de servicios, etc.

Un fraude peligroso consiste en simular transacciones para fundamentar la enajenación de inmuebles o la renuncia de derechos con efectos traslativos. Sobre la falsa alegación de una contienda imaginaria, para dar aspecto a la cual se inicia a veces un juicio convenido, se procede a hacer una transacción, y, merced a ella, las partes renuncian o se conceden derechos recíprocamente. En realidad, es el deudor el que transfiere los bienes o créditos, asegurándolos en poder del supuesto contendiente, que no es sino un testaferro.

También puede combinarse una división simulada. Los acreedores de los comuneros están en parte protegidos por la ley, por cuanto tienen el derecho de oponerse a la división que se lleva a cabo sin su intervención, y de intervenir a su propia costa; y, por otra parte, pueden impugnar las divisiones realizadas a espaldas suyas, no obstante su oposición formal y aun las consumadas en fraude de los mismos, aunque no se hubieran opuesto a ellas (artículo 680).

Pero esta protección especial, que a veces resulta inadecuada, no impide que puedan impugnar también un simulacro de división preparado en perjuicio suyo, demostrando que continúa el estado de comunidad. Y ésta es jurisprudencia constante.

Los fines para los cuales se realiza la simulación con muy distintos. O se exagera fingidamente el pasivo, de tal modo que la masa a dividir resulte menor, o se atribuye a uno de los comuneros una cuota inferior, o, finalmente, se hace aparecer que la cuota se entrega en dinero contante; siempre en daño de los acreedores, que encontrarán en el patrimonio del condómino una porción de bienes inferior a la que debe corresponder a su cuota, o tal vez nada, cuando el dinero que se dice entregado haya desaparecido o sea inaprehensible. Otras veces, la simulación lleva consigo un intento especial de fraude. Cuando un copropietario enajena una cuota determinada de bienes comprendidos en la comunidad, la enajenación queda sometida a la condición suspensi-

(44) Pret. Vico Equenise, 23 febrero 1883 (*Monit. Pret.*, 1883, 128).

va de que en la división toque al enajenante aquella porción específica, siendo nula en otro caso la cesión (art. 636). Y se podrá combinar de tal modo la división de los bienes que falte la condición suspensiva y se evapore la adquisición del cesionario del partícipe.

Finalmente, puede simularse una contradecларación, existiendo entonces la simulación de una simulación, el *non plus ultra* en este género. El deudor propietario de un fundo puede, de acuerdo con el que se lo vendió, fingir una escritura de fecha anterior a la deuda, en que se declare que la venta fue aparente, que no se pagó el precio y que el adquirente no es más que un testaferro (45). Así, el antiguo enajenante viene a entrar en posesión del fundo, aunque éste, en realidad, siga perteneciendo al deudor. Con el mismo medio puede hacerse que aparezca como simulada una concesión de derechos reales, o de crédito, en beneficio del obligado. A veces, la contradecларación, aun permitiendo la subsistencia de la enajenación, establece que el deudor es testaferro de otro, por cuya cuenta adquirió, con dinero suministrado por el mismo. Puede, por último, hacerse una contradecларación aparente, en que se confiese que el precio de venta es inferior al declarado y que al enajenar se concedió el derecho de retracto. Oponiendo esta contradecларación fingida, el enajenante recobra el fundo por un precio irrisorio las más de las veces, y el bien sale aparentemente del patrimonio del deudor.

28. II.—Debemos examinar ahora la segunda categoría de negocios absolutamente simulados cuya finalidad es aumentar el pasivo de una manera ficticia, multiplicando los acreedores y sacrificando a los verdaderos con los fingidos o defraudando el Fisco (46).

Aquí se agrupan todas las formas posibles de obligación:

(45) PESTALOZZA, pág. 94, n. 1, considera erróneo el referir la simulación de las contradecларaciones a la simulación absoluta, cuando, en realidad, debería estimarse relativa. No me parece bien. Si alguien declara que debe un precio que ha pagado ya, finge una obligación de modo absoluto; y no sería posible determinar dónde está el acto desfigurado, porque el pago fue real y la *disimulación* intervino después sólo para dar el carácter de apariencia a lo que nació como negocio verdadero.

(46) Ejemplo: Simulación de deudas hereditarias para defraudar los impuestos sucesorios.

vínculos contractuales, declaraciones de deudas, préstamos imaginarios, etc. (47).

Un medio muy expedito para obligarse, y que goza de la preferencia de los deudores, consiste en emitir letras y otros títulos a la orden, que, por estar fechados con anterioridad, resultan más funestos, por lo difícil que es probar el acuerdo engañoso. Se ha decidido que los mismos créditos cambiarios de los Bancos pueden ser simulados, pues no es exacto que estos entes morales no sean capaces de propósito fraudulento (48). También son comunes entre los comerciantes, como forma de obligarse simuladamente, el contrato de traspaso y la apertura de cuenta corriente.

En estos y en otros casos, la prueba de la ficción resulta muy difícil; y, si no fuera porque la calidad de los interesados y las circunstancias en que el acto se realiza dan a veces alguna luz, sólo en casos muy extraordinarios podría tener éxito la impugnación del negocio como simulado. Por eso los acreedores, cuando no tienen plena certeza de que se trate de un acto aparente, prefieren el camino más cómodo y seguro que representa el ejercicio de la acción Pauliana.

29.—En materia de quiebra, estas ficciones de deudas para substraer el activo a los acreedores adquieren proporciones extraordinarias. Es la quiebra un estado patológico del comerciante—provocado a veces artificialmente—, en que actúan astucias de toda clase, se cometen todos los fraudes, se ponen en juego todas las simulaciones, para que lo menos malo del desastre económico del quebrado sea el hecho de quebrar y el daño recaiga exclusivamente sobre los acreedores. Es cierto que la ley crea garantías especiales, como el procedimiento de comprobación de los créditos que pueden figurar en el pasivo, procedimiento en que existe libertad de impugnar y se admiten presunciones especiales de fraude; pero no por ello se elimina el peligro de maniobras ilícitas y prelación indebidas. Y para poner de manifiesto cómo se acumulan en este campo las simulaciones de los deudores, apoyándose unas de otras, referiré—faltando, por excepción, a mi costumbre de no citar jurisprudencia en el texto de mi trabajo—

(47) V. una especie de simulación de cambio marítimo en la sent. de la Apelac. de Génova, 23 mayo 1893 (*Tem. gen.*, 1893, 397).

(48) Apelac. de Trani, 9 abril 1896 (*Legge*, 36, 2, 167).

jo—un caso clásico que, en verdad, merece recordarse: la quiebra Gustaedt (49).

Después de un largo juicio, que duró varios años, se declararon, por fin, simulados o fraudulentos los siguientes contratos, que el quebrado combinó para substraer el activo a las reclamaciones de los acreedores: 1.º, un instrumento en que vendía a su mujer todos los inmuebles, fundos rústicos, casas y una cuota de derechos hereditarios; 2.º, un segundo instrumento por el cual vendía a un trabajador de su almacén de relojería en Chiaia—un tal Jenner—todo el material y muebles del almacén, cuyo precio figuraba como pagado ya al vendedor; 3.º, otro instrumento en que Gustaedt y su mujer se declaraban deudores de una suma considerable a favor de un sobrino suyo por un supuesto préstamo, otorgando hipoteca sobre uno de los fundos traspasados ya a la mujer en la primera venta, en forma tal que el importe de la hipoteca absorbiera todo el valor del fundo; 4.º, otro instrumento por el que la mujer vendía el fundo adquirido e hipotecado por ella a un tal Samonà, el cual pagaba el precio al acreedor hipotecario inscrito (el sobrino) y entregaba el resto a la vendedora; 5.º, un quinto instrumento en que Samonà contraía un préstamo con Jenner para procurarse la suma que había que pagar y hacerla llegar indebidamente al quebrado; 6.º, finalmente, otros documentos de venta en que Jenner traspasaba todo el material adquirido a otra persona, y el comprador, a su vez, lo enajenaba a otro adquirente más lejano aún.

Véase en este admirable tejido de simulaciones y fraudes el intento sutil de hacer llegar los bienes, mediante la multiplicación de los negocios, a terceros adquirentes de supuesta buena fe, y la combinación, verdaderamente ingeniosa, de la declaración simulada de deuda con hipoteca que viene a satisfacerse por el tercer poseedor, fingido, del fundo hipotecado.

30.—La disipación aparente de los bienes o el aumento del pasivo puede convertirse en daño de los acreedores, no sólo disminuyendo la garantía con que creen contar para la satisfacción de sus créditos, sino también logrando otras consecuencias fraudulentas relacionadas con una situación jurídica especial. Entre

(49) Apelac. de Nápoles, 24 febrero 1871 (*Giur. ital.*, 23, 2, 112).

ellas debemos recordar la separación de dote *in fraudem creditorum*. La ley concede a la mujer el derecho de pedir la separación de los bienes dotales cuando, por efecto del desarreglo económico del marido, sea de temer la pérdida o disminución de la dote. Por efecto de tal reclamación, el marido es condenado a restituir los inmuebles y a pagar anticipadamente la estimación de la dote, pago que a menudo rebaja considerablemente su patrimonio, tanto más si se tiene en cuenta que ciertas declaraciones de dote de bienes muebles son exageradas y envuelven una donación a la esposa. El marido, a veces, fingiendo deudas y enajenaciones, trata de crear un desorden en sus asuntos, una situación jurídica complicada, que represente un desarreglo económico y justifique, con sus peligros fingidos, la petición de la mujer (50). Pero los acreedores, que verían de este modo disminuida o extinguida su garantía y, además, no podrían contar para la satisfacción de sus créditos con las rentas de los bienes dotales, pueden oponerse a la demanda de separación, y aun reclamar contra la misma separación de dote decretada ya judicialmente (1.422). Este último recurso no es más que una aplicación de la acción revocatoria; pero no cabe dudar de que compete también a los acreedores, los cuales, para oponerse al desarreglo económico del marido, pueden provocar incidentalmente acciones de simulación.

31.—Estas son las formas jurídicamente posibles de fingir disminuciones del patrimonio y aumento del pasivo; porque no debemos enumerar entre las simulaciones los casos en que se pierde un derecho o se adquiere una obligación *por inacción dolosa y colusión del obligado*.

El deudor, voluntariamente, persigue con su inercia la pérdida de su derecho, rehusando cooperar al mantenimiento de su situación jurídica. Así, por el no uso, se permite que se extinga una servidumbre; por el no ejercicio, se deja que un crédito prescriba; por el incumplimiento de una condición potestativa, se rehusa una adquisición; por dejar que pase un plazo, se incurre en una caducidad; por la omisión de ciertas formalidades necesarias, se pierde una garantía, etc., etc.

En todos estos casos, aunque la inacción del deudor sea deliberada y dolosa, no cabe hablar de simulación; la pérdida es real,

(50) BIANCHI, *Contratto di matrimonio*, n.º 303.

porque la ley atribuye determinadas consecuencias a ciertos hechos, considerados objetivamente y sin tener para nada en cuenta el elemento intencional. Así, cumplida la prescripción, opone un obstáculo al ejercicio del derecho, y en contra de ella carecen de eficacia las convenciones o renunciaciones de las partes. Si, dolosamente, omite el deudor la inscripción de una hipoteca a título de separación de patrimonio, queda expuesto realmente al peligro de perder el crédito por la concurrencia de los acreedores del heredero.

Aquí la simulación es imposible, porque se trata de hechos, no de actos jurídicos. La pérdida del derecho ocurre por la actuación de ciertos elementos materiales, a que da lugar, mediata y ocasionalmente, la inactividad del titular. Es el transcurso del tiempo, el no realizarse el acontecimiento, la falta de ciertas medidas, lo que, en su realidad objetiva, determina la modificación jurídica. El deudor coopera pasivamente, en cuanto asiste con indiferencia al espectáculo de su ruina y no se apresura a remediarla; pero contra su *no acto*, los acreedores no tienen siquiera el recurso de la acción Paulina, porque no se sabe qué es lo que habría que rescindir (51). Y menos aún cabría alegar simulación, porque ésta se dirige contra negocios jurídicos, no contra simples omisiones. La circunstancia de que el beneficio por la pérdida del derecho esté de acuerdo con el deudor no puede ocasionar la figura del contrato simulado, pues aquí la pérdida no depende de la voluntad de las partes, sino de hechos jurídicos determinados por la ley, y actúa realmente, aun cuando las partes hubieran de antemano renunciado a su eficacia.

Análogas observaciones pueden hacerse cuando se trata de la obligación de indemnizar daños y perjuicios nacida del incumplimiento, deliberado, de un contrato anterior. La responsabilidad más grave que, voluntariamente, ha echado sobre sí el deudor —quizá protegido en secreto contra los efectos del incumplimiento— es un resultado jurídico que tiene verdadera realidad y que los mismos acreedores no pueden impedir, salvo en casos excepcionales y valiéndose de la acción subrogatoria. Aquí no hay simulación, sino violación real de una relación obligatoria para agravar la propia responsabilidad *fraudandi causa*.

(51) V. BONELLI, *Fallimento*, n.º 407, pág. 681.

Lo mismo decimos respecto a los juicios. Si el demandado no se defiende o se defiende mal para sufrir la condena, no finge; observa una mala conducta para obtener un fin fraudulento. La sentencia hace eficazmente una declaración de derechos, y, por tanto, el demandado pierde en realidad la propiedad del fundo reivindicado o tomado sobre sí la carga del crédito que se le reclamó. Si, pues, se obtiene un efecto jurídico real, no puede hablarse de simulación. Y aunque el mismo demandado que se expone a la sentencia condenatoria hubiera estipulado que se le volviera a entregar la cosa enajenada judicialmente o la liberación de la deuda, tendríamos una nueva transmisión o una extinción del derecho: retransmisión o extinción a que el demandante vencedor sólo estaría obligado personalmente y que, en caso de incumplimiento, se traduciría en un derecho a ser indemnizado. No así en la simulación, donde un derecho no *vuelve* a transmitirse, porque nunca se transmitió, ni se extingue, porque no ha nacido. Por eso, los acreedores que, ignorando estos manejos secretos, no intervinieron en el juicio para defender sus intereses, pueden impugnar la sentencia con el recurso llamado de oposición de tercero.

CAPITULO IV

LA SIMULACION RELATIVA

32.—La simulación relativa consiste en disfrazar un acto: en ella se realiza aparentemente un negocio jurídico, queriendo y llevando a cabo en realidad otro distinto. Los contratantes concluyen un negocio verdadero, que ocultan bajo una forma diversa de tal modo que su verdadera naturaleza permanezca secreta. La figura aparente del negocio sólo sirve para engañar al público; pero detrás de esa falsa apariencia se esconde la verdad de lo que las partes han querido realizar y substraer al conocimiento de los terceros. De aquí que con frecuencia se le designe, ya como negocio *disimulado* (Dernburg), *enmascarado* (Euffter), *velado* (Bekker), ya como decían los escritores medievales, *coloratus*, *figuratus*, *depictus*, de donde proviene el aforismo *colorem habet, substantiam vero alteram*.

El principio de que está permitido a las partes conseguir un cierto fin económico ocultando la forma jurídica empleada al efecto, descansa en el de la libertad de la contratación. Suele decirse que la persona capaz de realizar un negocio directamente puede realizarlo también de modo indirecto, lo cual se aplica en verdad al uso de una forma contractual distinta o a la combinación de varias formas contractuales para conseguir un cierto resultado que la ley refiere a un tipo especial de negocio jurídico. En efecto, la ley enumera y regula una larga serie de formas contractuales

que ofrece a la actividad de los particulares y que éstos no están obligados a adoptar, pudiendo conseguir por otro medio el efecto a que aspiran. Se trata de normas meramente dispositivas que pueden derogarse por la voluntad de las partes. Análogas consideraciones son las que, en general, determinan la licitud del procedimiento simulado. El disfraz de un negocio jurídico no puede reprobarse en sí mismo mientras no se ofenda con él la ley o el derecho de los demás. El mantener secreto un acto puede constituir un interés legítimo y respetable, y no hay razón alguna de orden público que prohíba substraer a la observación de los terceros la verdadera naturaleza del negocio realizado. Si se produce un engaño, si se emplea una mentira, esto, que puede ofender ciertos principios de moral a que la ley otorga una mera protección negativa, no puede constituir una violación jurídica. Y como la ley no es quien manda que las personas sean leales, no puede obligar a los contratantes a ser sinceros ni castigar con la pena de nulidad los acuerdos ocultos. Mientras el engaño es inocente, la ley no puede alarmarse de sus consecuencias y no puede prohibirlo; y es sabido, por otra parte, que en el campo de lo lícito jurídicamente entran ciertos actos que no responden al rigor de los ideales éticos.

Examinemos íntimamente el mecanismo de la simulación relativa. De su análisis resulta que existen dos negocios: el manifiesto, fingido, y el oculto, serio; de ellos, el primero sirve para disimular el segundo. Los contratantes, para que no se conozca su acuerdo secreto, lo disfrazan bajo un ropaje engañoso: la simulación, aquí, no se limita a crear la apariencia, sino que produce esta última para encubrir un acto verdadero (1). El negocio simulado sirve de capa, de máscara, al negocio realmente celebrado: es como una etiqueta falsa, como un fantasma que se exhibe al público para apartar la vista del acto verdadero que quiere conservarse oculto. Se comprende por ello que en la valoración jurídica del acto simulado no se tome en cuenta el primero de los dos negocios, que constituye el disfraz exterior. La apariencia producida con él no puede tener eficacia jurídica alguna: cuando se desgarrar el velo engañoso, no queda huella de su existencia, y, una vez descubierto el negocio oculto, la ilusión creada se disipa

(1) V. FORRER, *Ueber Simulation u. Mentalr.*, pág. 62.

como la niebla en el aire. Y queda el negocio verdadero, en su forma genuina y sincera, que es el fruto de la voluntad de las partes: lo único que tiene importancia jurídica.

Esto es precisamente lo que los autores quieren significar cuando dicen que en el examen de los actos disimulados no debe tomarse en cuenta el acto fingido debiendo abstraerse la apariencia y atender tan sólo al negocio verdadero.

La simulación es, pues, indiferente desde el punto de vista jurídico: lo que importa es el negocio verdadero que las partes quisieron ocultar. Ese negocio debe ser sometido a un atento examen, pues el que no esté prohibido proceder con simulación no significa que los negocios disimulados sean siempre lícitos y válidos. Antes al contrario, el hecho mismo de ocultar la voluntad contractual, de seguir caminos tortuosos y oscuros, despierta la sospecha de un fin ilícito. Así, pues, hecha la abstracción del negocio aparente, que carece de valor, hay que examinar el negocio a que las partes dieron vida real y, suponiendo que tenga los requisitos esenciales para su existencia y validez, se impone comprobar su carácter jurídico. Si el negocio disimulado es inocente, es indiscutible su eficacia y estamos en el terreno de la llamada simulación *lícita*. Pero es más frecuente que el negocio oculto tienda a defraudar el derecho de los terceros o constituya una violación legal; y, en este caso, entramos en el campo de la simulación *fraudulenta e ilícita*. Entonces se aplicará aquella sanción, cualquiera que sea, que la ley establezca, lo mismo que si el negocio se hubiera realizado abiertamente —revocabilidad, reducción, nulidad (2)—. Las más de las veces la sanción será la nulidad porque el negocio disfrazado suele ser ilegal o inmoral y el manto de la simulación se emplea para ocultar el negocio ilícito. Y es fácil de comprender que si el negocio era nulo desde el principio, por su contenido contrario a la ley, la nulidad seguirá existiendo por más ocultaciones y mentiras que se empleen: el vicio radical

(2) Nuestra ley ha aplicado varias veces este concepto. Así, cuando nuestras leyes de guerra establecen el secuestro de los bienes pertenecientes a súbditos enemigos o entidades de nacionalidad enemiga, preocupándose de que tales bienes no se enajenen aparentemente a ciudadanos italianos o de Estados neutrales para sustraerlos al secuestro; y cuando disponen (Decreto-ley de 18 enero 1918, artículo 5): "El secuestro puede aplicarse igualmente a los bienes que, perteneciendo a súbditos de Estados enemigos, aparezcan, por efecto de actos simulados, como pertenecientes a súbditos italianos o de Estados neutrales."

que lo invalida no puede subsanarse con el cambio de forma. No cabe concebir una solución distinta porque, entonces, bastaría que los contratantes se tomaran el trabajo de ocultar sus designios para que pudieran eludir impunemente todos los preceptos legales. Dice Glasson: "Si la simulación no es de por sí causa de nulidad no por ello preserva de la nulidad los actos viciados en sí mismos: lo contrario equivaldría a permitir que se realizara indirectamente lo que no puede hacerse de modo directo, es decir, autorizar y legitimar el fraude" (3).

Vamos ahora a justificar estas afirmaciones dentro de nuestro derecho positivo.

Que la simulación no se reprueba en sí misma lo demuestra indirectamente la falta de una prohibición explícita. Y aún puede decirse, teniendo presente la norma que declara eficaces las contradecaraciones entre las partes y sus herederos (artículo 1.319), que la ley, dentro de ciertos límites, otorga validez a los contratos disimulados. La duda podría surgir mejor por lo que respecta al principio, bastante equívoco, según el cual la obligación fundada en una *causa falsa* no puede tener efecto alguno (art. 1.119). La doctrina está conforme en reconocer que la falsedad de la causa puede resultar de *error* o *desfiguración*; es decir, que la causa expresada puede no ser verdadera, o porque las partes están equivocadas o porque han producido la falsedad deliberadamente, con propósito engañoso. Esta segunda categoría coincide con el *disimulo*; el negocio simulado relativamente es un negocio con causa falsa. Queriendo tomar al pie de la letra el inciso del artículo citado, resultaría que todo contrato en que existe disfraz habría de ser nulo. Pero es lo cierto que el legislador, al formular su pensamiento, no estuvo muy afortunado en la expresión, y que cuando se habla de falsedad de la causa lo que se quiere significar es una manera de faltar la causa. El negocio es nulo si carece de causa, o porque ésta no exista en absoluto, o porque resulte inexistente aunque se exprese con falsedad; pero el motivo de la invalidez es, en todos los casos, la falta de un fundamento causal. De lo cual resulta que allí donde, a pesar de la expresión de una causa falsa, exista una causa verdadera y real no viciada, el negocio será eficaz por completo. No importa, por tanto, que el negocio exprese una

(3) *Théorie de la Simulation*, pag. 49.

causa simulada siempre que exista oculta una causa seria que pueda servir de base al acuerdo contractual. Esta causa puede ser lícita o ilícita: donde aparece la distinción que antes hicimos entre la simulación lícita y la simulación fraudulenta. El negocio con causa ilícita sigue siendo nulo, a pesar del disfraz, y la nulidad resulta, no de la apariencia engañosa que las partes han querido dar al contrato, sino del contenido del contrato mismo.

Encontramos una confirmación de estos principios en el texto de los artículos 773 y 1.055. El primero dice que la disposición testamentaria en beneficio de personas incapaces de suceder es nula, *aun cuando* se hubiera simulado *bajo la forma* de un contrato oneroso; y el segundo establece que es nula toda donación a favor de persona incapaz, *aun cuando* se hiciera *bajo la apariencia* de contrato oneroso. De ello resulta, en primer lugar, que la simulación por sí misma no tiene influencia jurídica y puede emplearse lícitamente, pero no salva de la nulidad a un negocio jurídico sustancialmente nulo por ser contrario a una prohibición de la ley; y, argumentando *a contrario*, que un negocio sigue siendo válido *aun cuando* se haya realizado *bajo la apariencia* de otro contrato.

33.—La comparación con figuras afines nos dará una visión más precisa del negocio relativamente simulado. En primer lugar, no debe confundirse con el negocio *denominado con error*. A veces, las partes atribuyen al contrato un *nomen iuris* que no corresponde a su naturaleza; lo titulan, por confusión o ignorancia, con una denominación falsa. Esta no tiene importancia porque es regla común de interpretación que debe atenderse a la voluntad real de las partes, no a las palabras y expresiones empleadas con impropiedad. La imprecisión del lenguaje jurídico deja intacto el contenido práctico a que se quiere llegar según la intención de las partes.

Pero aquí no estamos en el terreno de la simulación. Si se manifiesta en el exterior una apariencia contraria a la esencia, ello ocurre involuntariamente, por error de las partes, mientras que en la simulación la apariencia se prepara de antemano con un fin engañoso (4).

(4) PESTALOZZA, 134, cree que puede existir un negocio denominado falsa-

El negocio calificado erróneamente contiene de ordinario los elementos que se necesitan para inducir y reconstruir la voluntad real de las partes, mientras el negocio relativamente simulado, con su limpia precisión y exactitud, suele hacer imposible, no ya adivinar la voluntad real de las partes, pero ni siquiera sospechar una divergencia. Al negocio disimulado le conviene una acción de simulación que venga a *descubrir* su verdadero carácter oculto tras de falsos oropeles: al negocio calificado erróneamente le basta que la interpretación normal *rectifique* la denominación impropia.

Análogas consideraciones sirven para distinguir el negocio relativamente simulado del negocio de *redacción oscura*. Puede haber dificultad en precisar el carácter jurídico de un negocio que contenga tales elementos contradictorios, tales cláusulas ambiguas, tales modalidades anómalas, que resulte incierta la verdadera voluntad de las partes y se vacile ante la calificación jurídica del acto.

Pero aquí se trata de una cuestión propia del intérprete y no puede hablarse de impugnación.

La importancia de estas distinciones se refleja en la prueba necesaria para establecer el acuerdo real de las partes. Mientras en lo relativo a la simulación el sistema probatorio concedido a los contratantes es tan limitado como riguroso, en materia de interpretación de contratos la prueba no tiene limitación alguna. En cambio, me parece inexacta otra consecuencia práctica que Mirabelli (5) quiere obtener, cuando observa que, así como en los contratos redactados con error u oscuridad es imprescriptible la acción para establecer su verdadero carácter, en los contratos simulados la acción de impugnación prescribe a los treinta años. Esta última afirmación es más que discutible, como veremos luego, dada la naturaleza de acción de reconocimiento que tiene la de simulación. Aquí nos limitamos a afirmar que no aceptamos la distinción porque entendemos que la acción para impugnar lo simulado es también imprescriptible.

Hay otra distinción más interesante aún: la de los negocios relativamente simulados y los *negocios reales indirectos*, de cuya

mente con intención deliberada. Y, en efecto, esto es posible en algún caso raro, sin caer por ello en el propósito de simular.

(5) *Dei contratti simulati rispetto ai terzi* (*Diritto dei terzi*, I, pág. 438).

figura general nos hemos ocupado ya (6). Falta en la doctrina una exacta diferenciación entre los dos conceptos, y más aún en la jurisprudencia que forma un haz con todas estas distintas figuras, amalgamándolas confusamente en el concepto de simulación. Pero entre las dos especies existe una clara separación: ya que, mientras en la simulación relativa hay dos negocios, uno aparente y otro serio, de los cuales el primero sirve para disfrazar el segundo, en los negocios reales indirectos no hay siquiera sombra de ficción, siendo el acto verdadero en su totalidad, aunque produzca efectos complejos. Por otra parte, mientras el negocio disimulado trata de conseguir un efecto mediante una forma jurídica directa, aunque oculta bajo otra forma aparente, el negocio indirecto aparece claro y manifiesto aunque resulte de un tejido de varios actos que se unen y combinan y que, por su acción compleja, llegan a producir un efecto equivalente análogo al de otro tipo de contrato. No es que las partes disfracen este contrato, sino que tienden a conseguir idénticos efectos empleando simultáneamente varias formas jurídicas. De esta diferencia teórica se deriva consecuencias prácticas importantes, y entre ellas señalaré una muy principal, cual es la de que, para juzgar el negocio indirecto no se toma en cuenta si en él existen o no los requisitos esenciales para la validez del acto que produce efectos análogos a los que se quiere obtener, cosa que, en cambio, ocurre en el negocio disimulado. Precisamente por esto el negocio indirecto puede tener eficacia aun cuando no reúna las condiciones necesarias para la validez del otro contrato cuyos efectos se buscan con la combinación empleada.

Pero estas diferencias resultarán más claras examinando varios casos en que se trata de negocios indirectos aunque la jurisprudencia hable de simulación relativa.

Me fijaré en algún ejemplo característico.

Un propietario de bosques había conferido mandato a un comerciante en maderas para la tala de sus montes. El mandatario garantizaba a la tala un producto de 65.000 libras y, por su parte, el propietario concedía a su apoderado, a título de remuneración,

(6) Recordaré que en esta categoría, tan extensa, se comprende como subespecies, a los negocios fiduciarios y fraudulentos (V. más atrás, n.º 8, pág. 95).

el exceso que obtuviera sobre el lucro señalado. Se resolvió que se trataba de una venta oculta bajo la forma de mandato (7).

Pero no me parece exacto. No hace falta acudir, de una manera forzada, al concepto de simulación cada vez que el resultado práctico no corresponde a la forma contractual adoptada. En el caso expuesto se trataba de una combinación de varios actos jurídicos —arrendamiento de obra con determinación compleja y aleatoria del precio, seguro, etc.—, para conseguir efectos análogos a los de una enajenación.

Un fabricante tomó en arrendamiento una vasta zona de terrenos para construir —como lo hizo, levantando un establecimiento industrial—, con la cláusula onerosa de que la falta de pago de uno solo de los plazos de renta ocasionaría la resolución del contrato, con pérdida, en beneficio del arrendador, de todo lo edificado y sin obligación de indemnizar daños y perjuicios. También en este caso se resolvió que se trataba de una venta en fraude de acreedores disimulada bajo la forma de arrendamiento (8), cuando, en realidad, existió un arrendamiento *ad aedificandum*, con la cláusula penal, muy onerosa, de la pérdida de lo construido, la cual contenía en sí, indirectamente, una posible enajenación que, en caso de fraude, sería impugnabile con la acción Paulina.

Pero las formas indirectas son más frecuentes en las liberalidades: en lo que los autores franceses llaman *donations déguisées* y los italianos *donazioni mascherate*.

El caso más común es el de la venta por un precio de favor. Cuando la venta se ha convenido por un precio muy bajo y con tales cláusulas y condiciones ventajosas que en ellas se vea claramente la intención de beneficiar, se habla generalmente de donación simulada (9). Lo cual no es exacto, pues la donación en tal caso no sería simulada, sino indirecta: una donación contenida en un acto de venta verdadero y real, y dependiente del mismo. Mientras podamos hallar algún motivo de correspondencia seria entre el valor de la cosa y el precio, la venta subsistirá en su propia constitución jurídica, pues no tiene fundamento, dentro de nuestro derecho positivo, la doctrina que exige, para que haya venta,

(7) Cassation française, 29 mai 1876 (*Dalloz*, 1876, I, 361).

(8) Cassat. franç., 31 julio 1872 (*Dalloz*, 1873, I, 340).

(9) DEMOLOMBE, *Cours*, XX, nn. 97 y 98.—DUVERGIER, *Traité de la vente*, I, n. 148.—GIORGI, *Obblig. V. Apelac.* Venecia, 13 julio 1877 (*Temi ven.*, 1877, 370).

una rigurosa equivalencia económica del precio con el valor en cambio de la cosa vendida. No podría decirse lo mismo si el precio faltara en absoluto o fuera tan vil que careciera de toda correspondencia posible con la cosa (*nummus unus*), pues entonces, no existiría venta, sino liberalidad.

También suele hablarse de arrendamiento simulado cuando la merced se rebaja notablemente, *causa donandi* (10). Aquí se trata, realmente, de un contrato verdadero que contiene una ventaja indirecta para el arrendatario. En un caso que hubo de examinar el Tribunal civil de Rennes, y en el cual se reconoció la existencia de una *donation déguisée*, los padres, ya de edad avanzada, habían consentido a favor de sus herederos un arrendamiento de bienes inmuebles, a condición de que los mantuvieran durante nueve años, y con el pacto de que, en caso de muerte de los arrendadores, los arrendatarios seguirían disfrutando gratuitamente los bienes arrendados (11). A nuestro juicio, éste es un caso de donación indirecta por lo que respecta a la estipulación de prestarse la merced en forma de alimentos y en cantidad notablemente inferior al producto de los inmuebles; y, además, de liberalidad clara y manifiesta, en cuanto a la concesión gratuita de disfrute de los bienes después de la muerte de los arrendadores.

También se habla inexactamente de donación disfrazada bajo la forma de préstamo, en el caso de que, convenido un mutuo, se establezca después entre las partes que la suma prestada no se devolverá nunca (12). Aquí, la donación no está oculta en el mutuo; está clara y manifiesta en la renuncia a la devolución de la cantidad prestada.

Lo mismo podríamos decir de un mandato para cobrar con dispensa de la obligación de rendir cuentas (13).

Finalmente, no creo tampoco que se trate de donación simulada en el caso, bastante frecuente en la práctica, de una adquisición hecha en nombre del donatario, pagándose el precio por el donante; como cuando el padre compra bienes en nombre de los hijos, el marido en nombre de la mujer, etc. Si analizamos las relaciones creadas en tales casos, encontramos una adquisi-

(10) Riom, 4 julio 1892 (*Dalloz*, 1893, 2, 341).

(11) Rennes, 4 mayo 1875 (*Dalloz*, 1877, 2, 173).

(12) Toulouse, 17 junio 1891 (*Gaz. des Trib. Midi*, 28 junio 1891).

(13) Dijon, 20 febrero 1893 (*Rev. bourg. de l'enseign. supér.*, 1893, pág. 830).

ción real por parte del beneficiado y un pago del precio, sin derecho de repetición a favor del que quiso beneficiar al adquirente. La donación resulta de entrelazar los dos actos jurídicos, y aunque el último pueda permanecer oculto, no por eso deja de existir junto al primero. Si el adquirente pagase en realidad con dinero que le anticipó el donante, tendríamos una simple donación de cantidad; pero la adquisición, en sí misma, no sería ni donación disfrazada ni donación indirecta; pasando, por tanto, válidamente la propiedad al comprador, y quedando reducido el derecho del donante y sus herederos, en el caso de nulidad de la donación del precio por incapacidad, defecto de forma, etc., a una mera acción personal de repetición del dinero donado, pero quedando firme e inatacable la adquisición de la cosa comprada. Por eso me parece errónea la jurisprudencia que, en casos análogos, considera que la adquisición se hizo por el donante y existe, por tanto, a su favor una acción reivindicatoria. Una cosa es dar dinero para adquirir, y otra, distinta, donar la cosa adquirida; y aunque, a veces, el efecto económico pueda ser el mismo, la esencia jurídica difiere sustancialmente.

Sin embargo, en estos casos, y aun tratándose de formas análogas de actos fraudulentos, se sigue hablando siempre de contratos simulados y es difícil que la práctica llegue a librarse de este tecnicismo equivocado. ¿Pero existirá algún motivo para que tales actos se hayan venido refiriendo tradicionalmente a la doctrina de la simulación? Se da, sí, en parte, una idéntica regulación jurídica. En efecto: como los actos disimulados, estas combinaciones contractuales indirectas son válidas cuando no ofenden a la ley ni al derecho ajeno; pero, cuando sirven para cometer una transgresión, se rigen por el mismo principio que preside la represión de la simulación ilícita, o sea que las transgresiones de la ley, combinadas indirectamente, u ocultas, deben sufrir la sanción del orden jurídico. En su consecuencia — y éste es también un punto de contacto —, los contratantes no tienen tasada la prueba para demostrar o revelar la violación de su derecho.

Esta confusión entre las dos formas jurídicas no es indiferente, sin embargo, y más adelante habremos de ver los equívocos y errores que ha provocado.

34. — Debemos estudiar ahora los requisitos necesarios para la

eficacia del negocio relativamente simulado. Hemos visto que en la simulación relativa figuran dos negocios: uno, constituido por la forma externa y aparente que las partes han adoptado con un fin engañoso, y otro, el negocio verdadero disimulado bajo aquel ropaje ilusorio. El primero no tiene valor jurídico alguno, y es, por tanto, el segundo el que debemos considerar. Despojado el negocio verdadero de su falsa vestidura, hay que examinar si encierra o no todas las condiciones esenciales para su existencia y validez, y de este examen depende el problema de su eficacia (14). En una palabra, hecha abstracción de la apariencia, se considera el negocio disfrazado como si se hubiese concluido de un modo claro y manifiesto y se ve si tiene o no todos los requisitos esenciales y formales. Dice Regelsberger: "A la validez del negocio oculto no le perjudica la envoltura engañosa, si, con todo, reúne los requisitos materiales y formales como si se hubiera celebrado abiertamente" (15).

Por tanto, habrá que demostrar el consentimiento de las partes respecto del negocio oculto; un objeto sobre que recaiga el acuerdo secreto de aquéllas; una causa lícita de obligarse y, en su caso, que se hayan observado los requisitos de forma prescritos por la ley *solemnitatis causa* para dar a la voluntad contractual su expresión adecuada. Además, para que el negocio no pueda impugnarse, habrá que probar la ausencia de vicios del consentimiento y la capacidad de las partes para consentir el negocio disimulado.

Por eso dice Forrer (16) que la validez del negocio disimulado no puede decidirse de un modo categórico, sino tan sólo hipotéticamente; pues únicamente se nos dice que el negocio disimulado puede ser válido si llena los requisitos necesarios para su eficacia (17).

Será útil que comprobemos brevemente el valor de estos conceptos en un caso importantísimo y muy frecuente de simulación

(14) V. por lo que respecta a la jurisprudencia, Apelac. de Venecia, 5 diciembre 1905 (Legge, 1906, 219).

(15) Archiv. für civil. Praxis, V, pág. 161.

(16) Ueber Simulation und Mentalr., pág. 64.

(17) V. Motive zum Entwurfe des bürgerl. Gesetz., I, § 96, pág. 193: "El negocio ficticio contiene a veces otro negocio que las partes quieren seriamente. La ocultación de este último puede obedecer a una finalidad ilícita, pero no es necesario que así ocurra. El disfraz en sí mismo no es un obstáculo a la validez del negocio."

relativa, cual es el de la liberalidad disfrazada bajo la forma de un contrato oneroso. La jurisprudencia ha resuelto que una donación oculta bajo la forma de una venta sólo puede ser eficaz si se demuestra el consentimiento de todas las partes en la liberalidad como tal; y, por tanto, que la donación será nula si de las circunstancias del caso resulta claro que no había intención de beneficiar gratuitamente (18). Además, se ha decidido que para la validez del contrato secreto es necesario una causa lícita y que, por tanto, la donación es inexistente cuando se demuestra que tuvo una causa inmoral (19). También es doctrina común la de que al acto disimulado le son aplicables las reglas corrientes sobre error, dolo y violencia, y que, por lo mismo, el donante puede impugnar la donación por tales motivos de anulabilidad. En cambio, se ha estimado con justicia que la rescisión por lesión no cabe en una venta de inmuebles que se disfraza como donación (20). Así, pues, a la liberalidad oculta se le da el mismo trato jurídico que a la liberalidad manifiesta. Una donación disfrazada hecha en consideración al matrimonio, queda sin efecto si el matrimonio no se realiza (21). Es revocable por causa de ingratitud (22) y por superveniencia de hijos (23) está sujeta a colación (24) y a reducción si perjudica la legítima (25), y, finalmente, puede impugnarse por los acreedores con el ejercicio de la acción Pauliana sin necesidad de probar la complicidad en el fraude (26).

35. — Esta teoría, por su misma sencillez, no debería provocar duda de ningún género. Sin embargo encuentra un obstáculo muy grave para su aplicación, en lo relativo a los requisitos formales

del negocio oculto. Se propone la cuestión siguiente: ¿el negocio simulado, para ser eficaz, necesita, además de los requisitos esenciales, los requisitos formales que la ley establece para su existencia? (27). Al que se formule esta pregunta con el espíritu libre de prejuicios doctrinales y reminiscencias históricas, le producirá asombro que haya podido existir duda semejante. En efecto: ¿qué motivo puede haber para distinguir entre requisitos de sustancia y de forma, cuando ambos constituyen los supuestos necesarios establecidos coactivamente por la ley para que el negocio obtenga un reconocimiento en el derecho? Y, sentado el principio de que la apariencia se borra y hay que considerar en sí mismo el negocio oculto, aislándolo de aquélla, ¿cómo puede imaginarse que, privado de la forma que la ley prescribe como condición de su vida, debamos estimarlo eficaz? ¿O es que la máscara, que de por sí no tiene influencia jurídica alguna, puede servir para dispensar de un requisito de carácter coactivo convirtiéndose en medio legítimo de eludir la ley?

El que se haga estas consideraciones debe estimar *a priori* como ilógica semejante doctrina y señalarla como una aberración de la jurisprudencia. Es, en efecto, la jurisprudencia francesa —cuyas huellas ha seguido la nuestra durante largo tiempo— quien con unanimidad y firmeza extraordinarias ha establecido ese pretendido *jus receptum*, según el cual es válido el contrato disimulado aunque no llene los requisitos de forma prescritos para el acto manifiesto; o, lo que es igual, que una donación bajo la apariencia de un contrato oneroso —punto céntrico de la dis-

(27) En este sentido, v. Cass. de Florencia, 31 julio 1913 (*Giur. Tor.*, 1913, 625). "Cuando la ley requiere para la existencia legal del contrato la forma escrita, bajo pena de nulidad, la prueba de la simulación del dicho contrato debe resultar igualmente de un documento". Estos principios se han formulado hace poco, con mucha precisión, en una sentencia de la Cass. de Turín, de 16 diciembre 1918 (*Giur. Ital.*, 1919, 22): "Por lo común, la simulación relativa no anula el contrato entre las partes; por lo cual puede pedirse en juicio que para regular las relaciones de éstas entre sí se reconozca la voluntad verdadera y disimulada y se sustituya a la aparente y simulada. Se precisa, sin embargo, para ello, que el juez pueda hallar en el contrato los elementos esenciales de que resulte la existencia de la voluntad verdadera y disimulada, no bastando que más tarde se afirme su existencia, o que pueda presumirse la intención de las partes de realizar un acto distinto del aparente. Y estos extremos de la voluntad verdadera disimulada deben haberse traído a la vida en la forma prescrita por la ley, bajo pena de nulidad. Cuando no se comprueben las condiciones y requisitos expresados, la prueba de la simulación, aunque ésta sea relativa, conduce a declarar la completa ineficacia del contrato."

(18) Cassat. franç., 28 janvier 1879 (*Sirey*, 1880, I, 112).

(19) Cassat. franç., 29 mai 1889 (*Sirey*, 1889, I, 471).

(20) Montpellier, 18 mai 1894 (*Mont. Trib. Midi*, 21 octobre 1894).

(21) Cassat. franç., 7 mars 1820 (*Sirey chron.*).

(22) Cassat. franç., 20 juillet 1893 (*Dallos*, 1893, I, 598).

(23) Nîmes, 21 février 1887 (*Rec. Nîmes*, 1887, 162), y Cassat. franç., 3 décembre 1895 (*Journ. du Pal.*, 1897, I, 234). Por lo que se refiere a sentencias más antiguas, v. Montpellier, 12 juin 1834 (*Sirey*, 1835, 2, 24); Lyon, 7 avril 1876 (*Sirey*, 1871, 2, 237); Aix, 11 mars 1874 (*Sirey*, 1875, 2, 173). En cuanto a la doctrina, v. AUBRY ET RAU, *Cours*, VII, § 709 y nota 19.

(24) Este es un punto discutido.

(25) Orléans, 29 juin 1892 (*France jud.*, 1892, 363); Bruxelles, 22 janvier 1895 (*Pasier*, 1896, 2, 149). V. también LABRÉ, nota a la sentencia de la Cassation, 29 octobre 1890 (*Journal du Pal.*, 1891, I, 241).

(26) Dijon, 11 août 1858 (*Journ. du Pal.*, 1858, 884).

cusión— es eficaz aunque no se haya hecho mediante la escritura pública que la ley prescribe bajo pena de nulidad.

Esta teoría es el fruto de una tradición secular mantenida por la fuerza de la inercia en los mismos momentos en que, por haber cambiado el ambiente jurídico, resultaba insostenible ya. Los escritores y las resoluciones de los Tribunales han seguido repitiendo los proverbios antiguos sin tratar de comprobar su valor jurídico y han creído que aplicaban derecho vigente invocando principios robustecidos con la autoridad del tiempo. El vicio fundamental de esta teoría consiste en prescindir del estado actual de la legislación y querer aplicar hoy día principios que tuvieron vigor hace cinco o seis siglos. Es, pues, anacrónica.

Peró una discusión amplia y profunda del problema requiere el examen de todos los aspectos del mismo y la crítica ordenada de cuantas razones se han alegado para defender la doctrina. Estos argumentos pueden agruparse en tres órdenes distintos: son *históricos*, *exegéticos* y *racionales*.

I. *Argumentos históricos*.— En cuanto a los argumentos históricos, esta teoría se contenta con alguna invocación vaga de Derecho romano, citando fragmentos del Digesto en que se dice que la donación puede simularse bajo la forma de una venta (36 D. 18, 1, 6 D. *pro donato*). En esta mera cita, desprovista de todo espíritu crítico, se apoya la jurisprudencia para sostener la exactitud de su sistema; omitiendo la comparación entre las dos legislaciones, descuidando sus diferencias, callando por completo sobre la elaboración jurídica posterior y saltando, por decirlo así, a pie juntillas al campo del derecho moderno.

La verdad es que esta doctrina desconoce la historia; y trataremos de exponer cómo se ha desenvuelto, porque nos urge combatirla en este terreno, señalando el error de su origen.

No debe extrañarnos que en el Derecho romano antiguo la donación pudiera realizarse simuladamente bajo la apariencia de un contrato oneroso, pues entonces no estaba sometida a requisitos de forma. Donación, en sentido amplio, era toda atribución patrimonial a título gratuito, y más que un tipo especial de contrato, constituía una figura general que caracterizaba por su fin los negocios más distintos en que se encarnaba; y de aquí que los mejores pandectistas coloquen sistemáticamente su estudio en la

parte general (28). Más que de un contrato de donación procede hablar de una *causa donationis* que informaba los varios actos jurídicos realizados con fines de liberalidad; como la transmisión de un derecho real o de crédito, la constitución de un *ius in re aliena*, la extinción voluntaria de una relación jurídica para beneficiar a otros, la creación de un vínculo obligatorio *animo donandi*, etc. La donación no era, pues, un negocio jurídico especialmente determinado como la venta o el mutuo, sino que podía realizarse y aparecer bajo formas muy variadas y producir efectos en toda clase de relaciones patrimoniales (29).

Y como consecuencia de este carácter universal y multiforme, la liberalidad se realizaba asumiendo el aspecto de cualquier negocio jurídico y sin necesidad de una forma especial. Las más de las veces la liberalidad se llevaba a cabo mediante la tradición. El donante transmitía real y efectivamente los bienes que quería donar y la *traditio* operaba por sí misma el tránsito de la propiedad con independencia de la *causa transmissionis*. Se comprende, pues, que, realizada la entrega a título de venta, aun siendo ésta fingida, pudiera conservar su eficacia el negocio a título de donación.

Y cuando, más tarde, influyendo en ello la prohibición de las donaciones entre cónyuges —según una cierta teoría—, se llegó a elaborar un concepto específico y restringido de la donación, sobre la base del enriquecimiento, subsistió aún ese carácter que podríamos llamar *amorfo* de la liberalidad y ésta pudo seguir llevándose a cabo bajo las formas jurídicas más variadas. Con este sistema se explica muy bien que una donación pudiera lícitamente ocultarse tras de un contrato oneroso como no sujeta a formalidad de ningún género.

Peró, ya en el mismo período romano, la donación, por su carácter peligroso, atrae la atención del legislador, que la somete a normas muy severas, entre ellas el documento escrito y la insinuación cuando excede de 500 sueldos. La omisión de estos preceptos se sancionaba, en absoluto, con pena de nulidad. "*Quoniam si quod fuerit praetermissum nullius momenti videtur esse donatio*" (8 § 1 Cod. Theod., VIII, 12). Una vez introducidos

(28) V. BURCKHARD, *Die Stellung der Schenkung im Rechtssystem*, 1891.—REGELSDORFER, *Pandekten*, pág. 614.—FERRINI, *Pandette*, pág. 844.

(29) UNGER, *System des österr. Privatrechts*, II, § 95, pág. 199.

éstos requisitos ya no era posible que la donación se disimulara bajo la forma de un contrato oneroso, omitiendo tales formalidades; y de aquí que deba entenderse que, para ser eficaz, la donación disfrazada necesitaba hacerse por escrito e insinuarse. Así, pues, en el mismo Derecho romano de una época avanzada no rige ya el principio de la libertad del disfraz de las donaciones, admitido cuando la donación no estaba sujeta a forma alguna. La introducción de formalidades obliga a los contratantes a su observancia aunque oculten el negocio bajo otro tipo contractual. Con ello se comprueba que el argumento que se quiere derivar del Derecho romano, y que encuentra un mentís en el mismo Derecho romano posterior, no tiene importancia en nuestro sistema, en el cual la donación, no sólo no tiene libertad de forma, sino que se ha convertido en un contrato solemne que debe realizarse por instrumento público bajo pena de nulidad. Pero no debemos detenernos en el Derecho romano, sino proseguir el estudio de la evolución y transformaciones que experimenta la donación en siglos sucesivos hasta llegar a su forma actual.

La importancia de este acto, que ocasiona un sacrificio patrimonial sin equivalente; el interés de proteger a los donantes contra sus propios impulsos rápidos e irreflexivos y defenderlos de las insidias y añagazas de los demás; la utilidad social de mantener la posición económica de las familias, acentuaron más y más aquel movimiento restrictivo y protector que se iniciara en el Derecho romano, promoviendo una legislación encaminada a rodear la donación de garantías, medidas de prudencia y formas solemnes. Así, en el derecho estatutario italiano, la donación debía hacerse públicamente, en presencia del magistrado o con la intervención de dos o tres notarios y la concurrencia de testigos. En algunos lugares se requerían avisos, bandos y otros medios de publicidad; debiendo en ciertos casos anunciarse las donaciones ante el Concejo en pleno, y, muchas veces, insinuarse el acto en los registros municipales (30).

Más interesante para nosotros es el examen del antiguo Derecho francés, en que se origina la opinión que combatimos. Hasta el siglo XV, el Derecho francés, dominado por la tradición romana antigua, admitía la validez de las donaciones disfrazadas.

(30) PERTILE, *Storia del diritto italiano*, vol. IV, págs. 570 y 383 y sigs.

En efecto, no existiendo en este período precepto alguno sobre las donaciones, se comprende que no pudiera hablarse de nulidad por falta de forma. Era regla común, repetida por los juristas y las sentencias, y tan extendida y potente que su eco ha llegado hasta nuestros días, la de que es lícito hacer indirectamente aquello que puede llevarse a cabo de modo directo.

Pero, después, el derecho *cambió*. Y, precisamente, el no haber tenido en cuenta esta transformación es lo que constituye el vicio de origen de la teoría que combatimos.

En efecto, los países de derecho consuetudinario fueron los primeros en lamentar el daño gravísimo que producían en la práctica las donaciones disimuladas, sobre todo en relación con las legítimas.

Dada la posibilidad de ocultar el acto oneroso y la dificultad consiguiente de poner en claro su verdadero carácter, los derechos de los legitimarios estaban expuestos a riesgos constantes y las más de las veces quedaban frustrados. Por eso, se necesitaba una disposición que acabara con tal desconcierto. Y Francisco I, en 1539, dictó una Ordenanza prescribiendo que las donaciones debían hacerse en presencia de notario y testigos, que era precisa la aceptación pública del donatario, y, finalmente que debían registrarse e insinuarse en las Cortes y Tribunales de la jurisdicción ordinaria: *autrement elles sont réputées nulles et n'auront leur effet*. (art. 132).

Posteriormente se dio la célebre Ordenanza sobre las donaciones, del año 1731, en la cual volvieron a afirmarse estos mismos principios. Su artículo primero —convertido luego en el 931 del Código de Napoleón y 1.056 del Código civil italiano— dice así: *Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaire, et il en restera minute, à peine de nullité*.

Modificada la legislación en esta forma, la consecuencia natural de ella es que una donación, aun disimulada, es nula si no se otorga mediante escritura pública y se acepta por el donatario. Esta fue, en efecto, la conclusión de la mayor parte de los comentaristas de dicha Ordenanza, entre los cuales recuerdo a Boutarie, Damours y Sallé. Y no es cierto el que otros escritores hayan formado partido contra la nulidad de las *donations deguisées* hechas sin la intervención del notario, diciendo que la Ordenanza no se refería a ellas. Se cita a Furgole y Serres, pero sin

razón, porque ambos escritores hablan de las donaciones tácitas y no de las donaciones simuladas.

Furgole se expresa en estos términos (31): "La intención del legislador no ha sido la de suprimir o abrogar las *donaciones tácitas*, en los casos en que se presumen, ni los recibos o renunciaciones por escritura privada cuando contienen pactos recíprocos... Nuestro texto, al decir *todos los actos que implican donación*, da a entender que no se refiere sino a las donaciones expresas, respecto de los cuales se acostumbraba a extender un documento que sirviera para probar la donación."

Y Serres (32): "La disposición de la Ordenanza no se aplica ni a las donaciones que consisten en adquisiciones o renunciaciones, ni a las que se presumen por circunstancias o conjeturas, como en el caso de alimentos prestados por un pariente *animo donandi*" (33). Así, pues, casi todos los escritores están de acuerdo en que, bajo el imperio de la Ordenanza de 1731, una donación disimulada carece de eficacia si no se atiende a las formas prescritas. Por último, Pothier, que fue el que inspiró el Código de Napoleón, sostiene también la misma doctrina: "Una donación que se califica falsamente como venta debe estar sujeta a todas las formalidades de las donaciones y no puede ser válida sino entre personas capaces de donarse recíprocamente" (34).

Esta es la tradición histórica; pero la jurisprudencia, extraña a este movimiento y acostumbrada a repetir los principios antiguos, ha seguido en su sistema de pronunciar la validez de las donaciones de que tratamos. Las sentencias se han acumulado hasta formar una mole imponente y nadie ha osado rebelarse contra esta práctica secular. Hoy —dice Glasson (35)— esta tesis ya no se discute ante los Tribunales.

No se discute, pero debería discutirse.

II. *Argumentos exegéticos*.—Para apoyar la tesis que combatimos, se han querido aprovechar también algunos textos de nuestro Código. Los artículos citados se pueden considerar en dos

(31) *Comment. de l'Ord. de 1731*, art. 1.

(32) *Comment. de l'Ord. de 1731*, art. 1.

(33) He tomado estas dos citas de GLASSON, *Théorie de la Simulation*, página 108.

(34) *Théorie de la vente*, n. 19.

(35) *Théorie de la Simulation*, pág. 106.

grupos: algunos artículos de carácter general, que vendrían a liberar de las formas solemnes a las donaciones disfrazadas y a reconocer, en principio, la eficacia de éstas; y otros de carácter especial, que son a manera de casos particulares de donación simulada, a que la ley atribuye validez. Veamos dichos textos, exponiendo en resumen las razones de nuestros contrarios.

El art. 1.056 prescribe que los *actos de donación* deben hacerse por instrumento público: pero no todas las liberalidades son actos de donación. Se deberán revestir de formas solemnes las donaciones directas, claras: no las otras, que están exentas de tales solemnidades. Además, el art. 1.055 dispone que toda donación a favor de persona incapaz es nula, aunque se haya hecho bajo la forma de un contrato oneroso; de lo cual se induce a *contrario* que la donación hecha por contrato oneroso a favor de persona capaz debe ser válida. Y, por ello, la ley, en tesis general, reconoce la eficacia de las donaciones disfrazadas, sin exigir la forma del instrumento público.

Y la verdad de este principio resultará de una serie de aplicaciones hechas por el mismo legislador. En efecto, en el artículo 811 se declara sujeto a imputación y colación el valor de la plena propiedad de los bienes enajenados a un legitimario a *fun-do perdido* o con reserva de usufructo, pues la ley presume que dicha enajenación envuelve una donación enmascarada; en el artículo 1.001 se declara también sujeto a colación todo lo que el descendiente ha recibido por donación del ascendiente difunto, directa o *indirectamente*; según el art. 1.010, deben asimismo traerse a la masa hereditaria todas las utilidades que se deriven de convenios con el causante y que contengan cualquier beneficio *indirecto*; y, finalmente, el art. 1.091 dispone que están sujetas a reducción, en cuanto excedan de la parte disponible, las donaciones, *cualquiera que sea su naturaleza*. Y, evidentemente, en todos estos casos existen liberalidades distintas de los *actos de donación* de que se ocupa el art. 1.056; liberalidades indirectas, disimuladas, que revisten otra forma contractual o se contienen en ella, y que, esto no obstante, se declaran eficaces por el mero hecho de someterlas a colación o reducción; precepto inconcebible si hubiera de estimarse la nulidad por defecto de forma.

Esta es, en síntesis, la manera de razonar de la doctrina contraria.

Procedamos ahora metódicamente en la crítica de los distintos argumentos.

Y, ante todo, nos ocuparemos de aquellos textos que se aducen como demostración de que, en tesis general, se reconoce la eficacia de las donaciones disfrazadas. La fórmula del artículo 1.056: *todos los actos de donación*, es tan lata y comprensiva, que no admite las distinciones que ha querido hacer la doctrina contraria, mucho menos teniendo en cuenta que la ley considera como donaciones las mismas liberalidades por agradecimiento, por méritos del donatario o simplemente remuneratorias (art. 1.051). Por eso, el intérprete no puede distinguir y excluir de la forma solemne ciertas donaciones sólo porque se hayan ocultado bajo otra forma contractual, ya que no es de suponer que la ley, que ha rodeado de tantas garantías las disposiciones a título gratuito, quiera luego permitir que se la eluda con tanta facilidad e impunidad. Tiene, pues razón Vitali cuando dice que este argumento es una *sutilidad* sin base jurídica alguna (36). En efecto, cuando tuviéramos que admitir que algunas formas de liberalidad escapan al concepto legal del contrato de donación y, por ello, quedan libres de la forma del instrumento público, no podrían ser nunca las liberalidades disfrazadas, ya que el disfraz, de por sí, no tiene influencia jurídica de ningún género, y un acto de donación seguirá siendo acto de donación, a despecho del velo que lo oculta.

Tampoco es serio el otro argumento que se saca a *contrario* del artículo 1.055. Desde luego, hay que observar que las deducciones fundadas en la regla *inclusio unius est exclusio alterius* son a menudo falaces y dan lugar a errores groseros. Pero ya el mismo procedimiento de interpretación representa aquí una equivocación técnica, por cuanto es sabido que semejante argumento debe usarse con gran cautela, y sólo cuando se trata de reglas taxativas y excepcionales, y no cuando, como ocurre en nuestro caso, se trata de una disposición de derecho normal. De todos modos, el origen histórico del precepto revela lo infundado de la deducción. La verdad es que el legislador, para prevenir las dudas y contestaciones que podían producirse sobre si el disfraz del acto

(36) *Della simulazione in generale e più specialmente delle liberalità palliate sotto forma di un contratto a titolo oneroso* (Annuario critico, 1889, pág. 125).

lo sustruía a la prohibición legal, creyó útil intervenir con una declaración explícita, diciendo en los *Motivos* del art. 911 del Código de Napoleón (37): *C'était étouffer le germe de tout procès*. Se trata, pues, de una regla puramente interpretativa y de carácter doctrinal, agregada para confirmar el principio de que la donación entre personas incapaces no escapa a la nulidad, aunque se vista un disfraz. No es, por tanto, verdad que la ley reconozca en tesis general la validez de las donaciones simuladas.

Quedan, por fin, los casos especiales de los arts. 1.001, 1.010, 1.091, etc., en que se habla de beneficios *indirectos*, de *donaciones de cualquier naturaleza*. Estos artículos parecen decisivos a nuestros adversarios, porque se refieren evidentemente a liberalidades que no son actos de donación. Esto último no puede negarse; pero es que nosotros sostenemos que esas liberalidades exentas de las formas solemnes no son donaciones disfrazadas.

Y, al llegar aquí, entramos en una investigación difícil, cual es la de precisar el concepto de la donación en el Derecho moderno, elaborado mediante vicisitudes históricas sucesivas, como un negocio especial dentro del amplio círculo de las liberalidades. Las proporciones de nuestro trabajo no nos permiten dar a la cuestión un gran desarrollo, y debemos contentarnos con exponer nuestras ideas de un modo esquemático y resumido.

Lógica y jurídicamente debemos admitir que en el Derecho moderno existe un concepto amplio de la donación, como figura general que informa los negocios y los actos más diversos de la vida humana. Los elementos esenciales de estas liberalidades se reducen a dos: *atribución gratuita de una ventaja* y *animus donandi*. Dondequiera, pues, que se realice conscientemente una acción de beneficiar a otro nos encontraremos frente a una donación en sentido lato; el pago de una deuda ajena sin adquirir los derechos del acreedor, la gestión de los negocios de otro *animus donandi*; los gastos que hacemos para mejoras en bienes que no nos pertenecen, etc., etc., corresponden a esta categoría. Pero, desde el momento en que, como dice Arndts (38), la ley establece principios jurídicos especiales (forma, revocabilidad para algunos modos de donación), viene a elaborarse una doctrina es-

(37) FENET, *Observations du Tribunal sur l'art. 16 du projet devenu l'art. 911 du Code Nap.*

(38) *Pandekten*, § 80, nota 4.

pecial, formándose dentro del ancho círculo de las donaciones en sentido lato un concepto específico, limitado, técnico, de las donaciones en sentido estricto. Los requisitos y caracteres de estas donaciones varían según las legislaciones y los fines que se pretende conseguir, y de aquí que su examen deba hacerse separadamente dentro de cada sistema legislativo.

En nuestro Derecho, la antítesis se da entre *donación* y *contrato de donación*. Para nosotros, la donación en sentido estricto tiene una base contractual, y por eso, *a priori*, se eliminan de su concepto las donaciones realizadas mediante actos unilaterales o por meros hechos jurídicos. Pero debemos precisar más aún este concepto.

Los requisitos que debe reunir el contrato de donación son los siguientes:

1.º Que exista un acto de liberalidad, es decir, que la prestación sea gratuita y espontánea, no obligatoria.

2.º Que la disposición venga a disminuir el patrimonio del donante y a aumentar el del donatario; por lo cual no son donaciones, de un lado, el depósito, el precario y la omisión de un acto de adquisición, que no implican un sacrificio patrimonial, y de otro, la concesión de garantías, que no produce aumento.

3.º Que haya *animus donandi*, es decir, que la disposición sea consciente y voluntaria y carezca de equivalente, sin que se necesite voluntad definida de beneficiar, por cuanto pueden ser otros los motivos subjetivos determinantes de la liberalidad; y

4.º Que a la disposición siga la aceptación del donatario.

Pero el concepto del acto de donación, tal como resulta de nuestro Código, es más circunscrito aún en cuanto a la naturaleza de la disposición patrimonial. Me apresuro a advertir que esta restricción, que no parece bastante justificada desde un punto de vista racional, está conforme con la tradición histórica. En efecto, debería ser posible que la disposición patrimonial que forma la base del contrato de donación ocurriera en las más diversas formas; pero nuestra ley se ha detenido en la forma fundamental y principal de disposición, excluyendo, al parecer, las otras. La donación, en nuestro Derecho, tiene carácter *translativo*, implicando un *despojo actual* de la cosa dada por el donante al donatario (arts. 1.050 y 1.062). Este carácter lo debe a

su formación dentro del derecho común. Hemos dicho antes que el modo más frecuente de donación en el Derecho romano era el que se realizaba efectivamente por medio de la *traditio*. Este modo material de donación subsistió casi exclusivamente en el Derecho intermedio, exigiéndose también la entrega efectiva de los bienes donados. Más tarde, al debilitarse y desaparecer la forma de la tradición, y al surgir el principio de que la propiedad se transmite por el simple consentimiento, la donación fue también un contrato consensual; pero quedaron en él las huellas de su antiguo origen, como se ve en la concepción del legislador, en cuanto exige que la donación contenga una transmisión de bienes.

Esto sentado, creo decir verdad cuando afirmo que el contrato de donación, según nuestro Código, puede tener como contenido la transmisión de un derecho real, o de crédito, y la constitución de un *ius in re aliena*, que entra también en el concepto de enajenación. Pero dudo que entre también la donación de carácter obligatorio o promesa *animus donandi*, aun cuando aquí, forzando el argumento, podría entenderse que existe el despojo de un crédito contra sí mismo, hecho en favor del contrario. Y me parece seguro que está por completo fuera del concepto estricto de la donación en nuestra ley el acto de extinción voluntaria de un derecho en beneficio de otros, como el abandono de una servidumbre, el perdón de una deuda.

Delimitado con rigor el campo del contrato o acto de donación —como erróneamente dice nuestro Código, siguiendo las huellas del francés—, resulta que todas aquellas liberalidades que no llenan sus requisitos o escapan a su contenido entran en el círculo de las donaciones en sentido lato. Esta clasificación tiene un gran interés jurídico, por cuanto las donaciones en sentido lato se substraen a la disciplina de las donaciones propiamente dichas en sentido técnico. No requieren, por tanto, forma determinada, ni obligan a la aceptación, ni se revocan por ingratitud o supervivencia de hijos. No por eso carecen de importancia jurídica las donaciones en sentido amplio, pues la ley, para fines determinados, puede tomar en consideración estas disposiciones, aunque no revistan la forma típica de los contratos solemnes de donación. Y, para indicar alguno de los efectos que se les atribuye, recor-

daré la prohibición de donaciones entre cónyuges (art. 1.054) (39), la obligación de colacionar y reducir (arts. 1.101 y 1.091) (40) y la impugnación con la acción Pauliana (41).

Pero, entre las mismas donaciones propiamente dichas, hay algunas que, según el concepto de la ley, escapan a las reglas ordinarias del derecho. Son las donaciones *indirectas*. La ley, al exigir la forma solemne del instrumento público y dictar otras normas protectoras, ha pensado siempre en las donaciones típicas, las que producen directa e inmediatamente una ventaja patrimonial, las que conservan íntegramente el carácter fundamental de liberalidad. Pero no ha querido comprender en esta disciplina las ventajas que resultan accidentalmente de otro contrato o se operan con la intervención de una tercera persona.

Además, para esta categoría de donaciones, que ordinariamente son menos importantes que una donación directa, no existen los mismos motivos ni se hacen sentir las mismas necesidades de aplicar una ordenación rigurosa, llena de garantías y publicidad. Esto concuerda también con la tradición histórica. Desde la misma Ordenanza de 1731, todos los comentaristas han venido excluyendo de entre los actos de donación las *donaciones tácitas*, que, substancialmente, corresponden a las que nosotros llamamos donaciones indirectas. Por otra parte, la propia ley, en un caso especial, nos ofrece la afirmación de tal principio, que es susceptible de generalización por analogía. En efecto, en el art. 1.794 se dice que la renta vitalicia constituida en beneficio de un tercero, aunque tenga el carácter de liberalidad, no requiere las formalidades prescritas para las donaciones. Y no se diga que se trata de una disposición anómala y excepcional, como creen los que no han sabido ponerla en relación con el sistema, pues, por el contrario, mira a una categoría general de negocios distintos de los actos de donación, adaptándole una regulación jurídica más adecuada y

(39). No importa que este artículo esté colocado en el título de las donaciones: téngase presente que en él se habla de *liberalidades*, que es un concepto genérico y seguramente más amplio que el de *donación*—especie y no género, como resulta de la comparación con el art. 1.050.

(40). V. las expresiones que aparecen en dichos artículos "donación *indirecta*", "donación *de cualquier naturaleza*".

(41). El artículo habla de *actos a título gratuito*. La expresión resulta indeterminada e imprecisa, pero comprende seguramente las donaciones en sentido lato.

sencilla. Está, pues, *al lado* del art. 1.056, como disposición autónoma, y no representa una excepción del mismo.

Sea como quiera, nos queda por fijar lo que debemos entender por donaciones indirectas. Los escritores han contribuido mucho a la confusión reinante en esta materia, pues, entre otras cosas, enumeran como donaciones indirectas meras liberalidades en sentido lato.

Gabba considera como *donaciones indirectas*: las que se llevan a cabo mediante una relación jurídica no establecida directamente con el donatario, sino con otras personas, y por vía de condición agregada al acto, o las que, si bien se establecen en relación directa con el donatario, tienen más bien naturaleza extintiva de un derecho que constitutiva de una obligación, como, por ejemplo, la remisión de la deuda (42).

Windscheid, estudiando la influencia jurídica que tiene la ineficacia de una prestación en las prestaciones correlativas, sintetiza la doctrina en esta fórmula conceptuosa: es prestación *indirecta* la que se hace *por la* persona de otro o *en la* persona de otro (43).

Yo creo que son donaciones indirectas:

1.º Aquellas que representan un beneficio dentro de un contrato real oneroso (*negotium mixtum cum donatione*) (44).

2.º Aquellas en que la liberalidad se produce, de modo reflejo, por medio de otra persona.

A la primera categoría pertenecen todos los contratos onerosos en que existe una disminución intencionada de la equivalencia de alguna prestación o median condiciones favorables, y que, por

(42). *Della donazione larvata sotto forma di un contratto oneroso, mancante delle forme dell'atto pubblico* (Giur. ital., 1903, I, 1, 1.027).

(43). *Die indirekte Vermögensleistung*, págs. 3 y sigs. (Festgabe für O. Müllers, Leipzig, 1892).

(44). Sobre la estructura jurídica de esta relación existen varias concepciones. Mientras DERNBURG (*Bürg. Recht*, II, 138), cree que la relación resulta de la combinación de una venta con una remisión parcial del precio, otra teoría —la más seguida y casi dominante (V. KÖPPEN, *Das negotium mixtum cum donatione*, Berl. Diss., y WATRAUCH, en GRUCHOT'S *Beiträge*, 48, 229 y sigs y los Aut. allí citados)—, sostiene que el negocio se divide, siendo en parte venta y en parte donación; es decir, que la cosa resulta simultáneamente vendida, en lo que se refiere a una cuota ideal, y donada, en lo que se refiere a otra cuota ideal también. Contra este fraccionamiento de la relación ha opinado, últimamente, W. MÜLLER, *Die gemischte Schenkung* (en los *Jher. Jahrb.*, 1904, 217), sin que nos satisfaga su conclusión de que se trata de un contrato *sui generis*.

tanto, implican parcialmente liberalidad para alguno de los contratantes. En tal caso, la liberalidad viene a ser un elemento accidental del acto, un accesorio del negocio, que, absorbido en la totalidad, sigue la forma del negocio principal.

En la segunda categoría se enumeran los contratos a favor de terceros (art. 1.128), de los cuales constituyen aplicaciones especiales el caso antes citado de la renta vitalicia y las liberalidades por delegación (art. 1.267). En estos casos, la disposición patrimonial no se lleva a cabo directamente, del donante al donatario, sino de modo indirecto, por intermediario, el tercero —contratante o delegado— que realiza la liberalidad.

Resumiendo lo dicho hasta aquí distinguiremos en nuestro sistema:

1.º *Las liberalidades o donaciones en sentido lato* (pago por cuenta de otro, gestión gratuita, hechos beneficiosos de carácter voluntario, confesión falsa en juicio *animo donandi*, remisión de deuda, renunciaciones unilaterales, etc., etc.).

2.º *Los contratos de donación*; y, como subespecie,

3.º *Las donaciones indirectas*.

Sólo deben hacerse mediante instrumento público, bajo pena de nulidad y con las formalidades establecidas en el art. 1.056 y siguiente, *los contratos de donación*, quedando exentas de estos requisitos las donaciones en sentido lato y las donaciones indirectas. Para ser completos, debemos añadir que se libran también del instrumento público y de las normas limitativas de las liberalidades aquellas donaciones módicas que, por su función económica y social, se consideran como deberes impuestos por los usos y conveniencias. En este concepto se funda la llamada *teoría de los regalos de mano a mano*, la cual, procediendo racionalmente, debe extenderse también a las promesas de pequeñas donaciones, como ocurriría en el caso de subscribirse por una exigua cantidad a favor de tales o cuales personas o para cualquier fin altruista. La teoría, limitada a meras donaciones reales y efectivas, resultaría arbitraria.

Fijados estos conceptos, vamos a ocuparnos brevemente de la interpretación de los arts. 1.001, 1.010 y 1.091, que se citan, como prueba de que el legislador italiano reconoce la validez de las donaciones disfrazadas.

¿Qué quiere significar el legislador cuando dice que el hijo debe traer a colación todo lo que ha recibido por donación, tanto directa como *indirectamente*? La contestación me parece muy sencilla. Se refiere, sin duda, a las verdaderas donaciones indirectas y, en general, a las donaciones en sentido lato; es decir, a los contratos onerosos favorables al hijo, a las liberaciones de deudas, etcétera, etc. Y la confirmación de ello la tenemos en el otro artículo, el 1.010, citado también por los contrarios, pues en él encontramos una ejemplificación del mismo principio. Establece, en efecto, que están exentas de colación las utilidades que un heredero haya podido obtener por convenios hechos con el causante, *con tal que éstos no contuvieran alguna ventaja indirecta en el momento en que se celebraron*. Así, pues, una *ventaja indirecta* es la utilidad resultante de una convención seria y real. La misma idea se refleja en el artículo 1.011, con el cual se argumenta a *contrario* para afirmar que se consideran como donaciones indirectas las ventajas obtenidas de una sociedad formada fraudulentamente por el causante y el heredero. Finalmente, el art. 1.091 confirma también las mismas observaciones. Cuando la ley dice que están sujetas a reducción las *donaciones, cualquiera que sea su naturaleza*, hechas por cualquier motivo o a favor de cualquier persona, se refiere a toda clase de liberalidades, esto es, no únicamente a los contratos solemnes de donación, sino también a las donaciones indirectas y a las no contractuales realizadas mediante meros actos unilaterales o por hechos jurídicos: las donaciones en sentido lato.

Para garantizar la legítima, la ley quiere que todas las formas de liberalidad queden sujetas a reducción, cualquiera que sea la manera como se hayan realizado, ya tomando la figura directa de un contrato de donación, ya ligándose accesoriamente a un contrato oneroso, ya, finalmente, de modo no contractual.

Por eso me parece indudable que cada vez que la ley habla de donaciones *indirectas o de cualquier naturaleza*, o alude a ellas, quiere significar realmente las donaciones indirectas propiamente dichas y las donaciones en sentido lato, ninguna de las cuales debe confundirse con las donaciones disimuladas.

Ni cabe oponer que desde el momento en que la ley ha roto la unidad del principio admitiendo la validez de las donaciones indirectas sin la solemnidad del instrumento público, lo mismo

deba suceder tratándose de las donaciones enmascaradas, pues, de lo contrario, la cuestión se reduciría a criterios cuantitativos, olvidando además que la liberalidad accesoria incluida en el negocio oneroso puede tener una importancia económica igual o mayor que la del negocio que se llama principal (45).

La donación indirecta se substraee a la disciplina general de las donaciones, atendiendo, no al más o al menos del elemento gratuito, sino a su distinta naturaleza, pues fundamentalmente sigue siendo un contrato oneroso en condiciones favorables. La liberalidad se absorbe en el contrato fundamental, sin conseguir una valoración automática. Por otra parte, no hay que considerar como *negotium mixtum cum donatione* todo contrato en que el elemento de liberalidad es el más importante o prevalece sobre el negocio principal, porque en tal caso tendríamos, por el contrario, una donación onerosa mezclada con una cierta equivalencia y sometida a las reglas de la donación propiamente dicha (art. 1.077). De todos modos, hay que separar de las donaciones indirectas las donaciones disfrazadas, que son *donaciones puras y simples* cubiertas por el velo de la apariencia, y es absurdo pensar que baste un disfraz al arbitrio de las partes para substraerse a las normas de la ley. No es lícito, pues, argumentar comparando unas y otras para admitir la validez y excluir la aplicación de las forma impuesta coactivamente por el art. 1.056.

III. *Argumentos racionales.*—Sin un apoyo histórico y sin base exegética, la teoría que combatimos recibe el golpe de gracia desde el punto de vista racional.

¿Por qué reconocer la eficacia de las donaciones disfrazadas, hechas en documento privado, cuando para las manifiestas impone la ley el instrumento público, bajo pena de nulidad? ¿Por qué, si la ley ha querido rodear las disposiciones a título gratuito de tanta precaución y cautela, ha eximido a las donaciones disfrazadas de todo requisito de forma? He aquí un enigma que será siempre indescifrable.

Hay en ello una incoherencia evidente, porque una de dos: o la ley ha querido que la donación fuera libre en su forma, o la ha sometido a ciertas formalidades por motivos de interés general.

(45) V. Cass. de Roma (*Ses. unite*), 16 febrero 1917 (*Foro ital.*, 1917, I, 1225).

Si lo primero, el edificio de la donación, construido con tanto cuidado, hace en nuestro Código la figura de un espantapájaros que no espanta a nadie; y si esto no quiere admitirse, es preciso convenir que el legislador no puede haber procedido con tanta falta de lógica, prohibiendo severamente, por una parte, y permitiendo con ternura por otra. ¿A qué tanto rigor si había de permitirse a todo el mundo substraerse a la regla?

Y si la ley, por razones de interés público, quiere someter las donaciones a formalidades rigurosas, la donación disfrazada que contenga una negación de las mismas tiene que ser *nula*.

Se opone el estribillo acostumbrado de que cabe hacer indirectamente lo que puede hacerse de modo directo; pero esto aquí no viene a cuento, porque lo que cabe hacer directamente es la donación por acto público, no la mera donación, y el disfraz no puede servir para eximirse de una norma imperativa. La simulación, de ese modo, dejaría de ser un medio indirecto de realizar lo que está permitido en vía directa, y se convertiría en un procedimiento para dar eficacia a lo prohibido manifiestamente. La simulación, más que causa de nulidad, viene a ser, como decía Bufnoir con palabra vigorosa en la exposición de sus lecciones, una *causa de validez* del acto que no contiene todos los requisitos necesarios para su existencia.

Una resolución muy autorizada (46) ha sacado un argumento especioso de las *donaciones remuneratorias*. Se dice: nuestra ley clasifica las donaciones remuneratorias entre las propiamente dichas, y, por tanto, si se declara donar a quien por sus servicios *hubiera tenido derecho a reclamar una cantidad inferior*, no es lícito prescindir de la formalidad del instrumento público, mientras que si aquella misma suma se da en pago de los propios servicios, no es necesaria la escritura pública. Así, pues, aunque en un caso se necesite la formalidad del instrumento público porque las partes declaran que quieren donar, si el mismo acto *se disfraza* (?) con la apariencia de otro contrato, no existirá ya tal necesidad, y de aquí que debamos concluir que sólo tiene aplicación el art. 1.056 *cuando el título y la forma aparente corresponden a la naturaleza intrínseca* del acto, bastando, en cambio, para las

(46) Sent. de la Casac. de Roma, cit. (*Foro ital.*, 1917, I, 1227).

donaciones encubiertas que concurren los requisitos formales del contrato aparente.

Con todo el respeto debido al Supremo Tribunal, nos permitimos disentir de su doctrina. Ante todo, el argumento se apoya sobre una concepción falsa de las donaciones remuneratorias, porque si alguien recompensa servicios susceptibles de valoración económica por los cuales tendría otra persona el derecho de obtener una compensación, no dona, aunque lo diga, sino que paga. La donación remuneratoria sólo puede concebirse cuando el que tiene derecho a la compensación no quiere esta última, renuncia a ella, y entonces se comprende que la recompensa de una obligación extinguida sea donación, como lo es cuando se trata de servicios inestimables, que no es pueden pagar, como si, por ejemplo, alguien hubiera salvado la vida al donante.

Debe, pues, distinguirse la donación remuneratoria de la remuneración de servicios (47).

Esto sentado, resulta evidente que el caracterizar el negocio como donación remuneratoria o pago, no queda exclusivamente al arbitrio de las partes, ni, por tanto, a la expresión empleada, sino a la naturaleza real de la relación de que se trate. Y, en especial, cuando alguien tiene derecho a obtener una compensación, la largueza de que se usa para satisfacerla no tiene carácter de liberalidad ni lo adquiere por la circunstancia de que las partes hablen de donar. No es, pues, lícito el concluir, como lo ha hecho el Tribunal de Casación, que las reglas de las donaciones sólo rigen cuando corresponden al acto el título y la forma aparente que las partes le atribuyen, o sea, cuando las partes quieren que rijan. Tal conclusión contradice la naturaleza coactiva del derecho.

En resumen: la doctrina que distingue entre *règles de forme* y *règles de fond*, declarando que una donación disfrazada es eficaz aunque no se haga por instrumento público, es infundada histórica, exegética y lógicamente: no es más que un error tradicional (48).

(47) Esta distinción se acepta con unanimidad por la doctrina antigua y moderna. V. las hermosas explicaciones de ASCOLI, *Donazione*, págs. 120 y sigs.

(48) He aquí el estado de la doctrina y la jurisprudencia: En contra de la opinión que combatimos: En Francia, los tratadistas DURANTON, VII, n. 325; MOURLON, II, n. 681; DEMOLOMBE, XX, n. 99 y sigs.; LAURENT, XII, n. 304; HUC, VI n. 191; BAUDRY-LACANTINIERIE et COLIN, *Des donations entre vifs*, I, n. 123; y los autores de monografías GABR. DEMANTE, *De la loi et de la jurisprudence en ma-*

La consecuencia que se deriva de estas premisas es la de que la donación disfrazada, no hecha por instrumento público, es nula; pero, si se revistió de tal forma, no puede negarse su validez.

tière des donations déguisées (Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, IV, págs. 6 y sigs.); LAFONTAINE, Des donations déguisées et de leurs effets (Rev. crit., X, pág. 63); VERNET, Des donations déguisées et faites par personnes interposées (Revue pratique, XV, págs. 193 y sigs.); LABBE, nota en Sirey, 1881, 2, 19; CHESNELONG, Des donations déguisées, pág. 100); NOIROT, Des dons man. et des donations déguisées, págs. 155 y sigs.; RIVIERE, Variations de la jurisprudence de la Cour de Cassation, n. 280; SCHMITZ, Des donations sans forme et spéc. des donations déguisées, págs. 58 y sigs.—En Italia, RICCI, Dir. civ., IV, n. 205; BORSARI, Comm., art. 1.056, n. 2216; FULCI, E valida una donazione indiretta che non è fatta con le forme prescritte per le donazioni? (Giorn. Leggi, XIII, página 305); VITALI, Della simulazione in generale e più specialmente delle liberalità palliate sotto forma di un contratto a titolo oneroso (Ann. crit., 1889, págs. 124 y siguientes); EMM. BIANCHI, en Foro ital., 1891, I, 726; GIANTURCO, Sistema, página 166; ASCOLI, Trattato delle donazioni, págs. 394 y sigs.; GABBA, en Giurispr. ital., 1897, 2, 264, y 1903, I, 1, 1025 y sigs. Los que sostienen la validez de las donaciones disfrazadas sin necesidad de instrumento público invocan erróneamente la autoridad de este último autor. Por el contrario, GABBA sostiene la validez de las donaciones indirectas, no la de las simuladas.—SEGRE, Obbligazione commer. (Cód. de comercio italiano, anotado, I, n. 208); COVIELLO, Man. 356; PACCHIONI, Elem. di dir. civ., n. 194; PESTALOZZA, 166 y sigs.—En cuanto a la jurisprudencia, es rara la sentencia de los Tribunales franceses que sostiene la nulidad, por defecto de forma de las donaciones disfrazadas, pero existe alguna en este sentido: Metz, 7 agosto 1812 (Sirey chron.). En cambio, en Italia tenemos: Casac. Roma, 31 enero 1881 (Foro, Rep., 1881, v. Donazione, n. 19); Apelac. Florencia, 14 noviembre 1896 (Foro ital., 1897, I, 227); Apelac. Nápoles, 18 febrero 1898 (Foro, 1898, I, 305); Apelac. Génova, 9 diciembre 1898 (Giur. ital., 1899, I, 267); Casac. Turín, 6 noviembre 1905 (Foro ital., 1906, I, 164); Apelac. Venecia, 30 de julio 1907 (Foro ital., 1907, I, 1495); Casac. Florencia, 4 junio 1908 (Foro ital., 1908, I, 1126); Apelac. Roma, 27 marzo 1909 (Foro ital., 1909, I, 537, con nota de ANGELONI, La donazione dissimulata sotto forma di contratto oneroso); Casac. de Nápoles, 6 abril 1912 (Foro ital., 1912, I, 757); Casac. Nápoles, 26 marzo 1914 (Foro ital., 1914, I, 870); Casac. Palermo, 29 julio 1915 (Foro ital., Rep., 1915, Donazione, n. 17-25). Esta es la tendencia que prevalece en los Tribunales italianos, aunque no faltan vacilaciones y arrepentimientos.

A favor de la opinión que combatimos, o sea en pro de la validez de las donaciones disfrazadas en que no ha mediado instrumento público, militan en Francia, GRENIER, Donations, I, n. 180; TROPLONG, Comm. d. t. Donations, II, nn. 730 y 1082; MARCADÉ, Explic. du Code Nap., art. 931, n. 2; AUBRY et RAU, Court de droit civ. franc., VII, § 659, nota 24; VICIÉ, en Riv. crit., 2.ª serie, t. 24, pág. 402, año 1895; y además una jurisprudencia imponente por el número y conformidad de las sentencias. Para recordar las más recientes citaremos las siguientes: Bordeaux, 24 mai 1883 (Journ. Bordeaux, 18, 330); Aix, 26 mars 1887 (Rec. d'Aix, 1887, 139); Tr. Lyon, 1 juin 1888 (Mon. ind. Lyon, 15-16 octobre 1888); Amiens, 9 mai 1889 (Journ. des audiences, 1889, 112); Nîmes, 6 avril 1891 (Gaz. des Trib., 28 avril); Rouen, 21 novembre 1891 (Rec. Rouen, 1891, I, 140); Trib. Bruxelles, 22 janvier 1895 (Pasier., 1896, 2, 149); Cass. franc., 11 février 1896 (Journ. Pal., 1896, I, 69).—En Italia, son favorables a la validez de las donaciones disfrazadas sin obligación de forma: PACIFIZI-MAZZONI, Instituz., IV, n. 326; MIRABELLI, Diritto dei terzi, I, pág. 444; LOSANA, Succ. leg. e test., n. 487; MELUCCI, Collazioni e imputazioni, I, n. 65 y sigs.

En cuanto a la jurisprudencia, v. Casac. Nápoles, 9 marzo 1881 (Foro ital.,

Ascoli llega a una conclusión más severa, que yo sostuve un tiempo, a saber: que la donación disfrazada es siempre ineficaz aunque se haya hecho en instrumento público, porque la ley quiere que del acto resulte, no solamente la atribución del derecho, sino también la causa, para evitar que las garantías establecidas se reduzcan a la nada (49). Es verdad que las garantías se debilitan en cierto modo, pero no puedo creer que desaparezcan totalmente. La forma solemne del instrumento público, que requiere la presencia de funcionario competente y testigos, representan, de por sí, una garantía de que el acto de disposición ha de ser, a un tiempo, meditado y espontáneo, y no, por tanto, el fruto de un impulso del momento y de una generosidad súbita e irreflexiva. Por otra parte, la publicidad del acto aleja el peligro de que el donante sea víctima de sugestiones o seducciones que, en cambio, son muy frecuentes cuando la liberalidad se realiza entre dos personas con un simple documento privado. Además, si la ley ha considerado suficiente la forma externa del instrumento público, no es posible negar validez a los contratos disimulados que se han sometido a esta prescripción. Sabemos, por último, con cuánta cautela debe procederse al aplicar los principios del *fraus legis* y estimar la nulidad de ciertos actos no contemplados expresamente por la norma, pero que pudieran entrar en su contenido potencial. Por eso creo exagerado proclamar el principio de que la donación no puede, en absoluto, ocultarse bajo la forma de otro contrato: con ello se suprimiría el modo más común y frecuente de simulación relativa, rompiendo una tradición sostenida de muy antiguo en Italia y fuera de Italia y sacrificando intereses dignos de consideración.

36. — Pero si el negocio relativamente simulado debe reunir los requisitos de fondo y de forma necesarios para su existencia, no se precisa, en cambio, que contenga los propios del acto cuya apariencia adopta. Y aquí debemos llamar la atención sobre una

1881, I, 605); Casac. Palermo, 13 diciembre 1892 (*Foro ital.*, 1893, I, 513); Casac. Palermo, 30 diciembre 1899 (*Giur. ital., Rep. V. Donazione*, n. 6); Casac. Nápoles, 31 diciembre 1902 (*Riv. prat. di dottr. e giur.*, 1903, pág. 214), y la misma Casac. en otras sentencias sucesivas de 10 de enero y 5 sept. 1905 (*Foro Rep.*, 1905, v. *Donazione*, n. 10-12); y, finalmente, Casac. Roma, sez. un. un., 16 febrero 1917 (*Foro ital.*, 1917, I, 1225).

(49) *Trattato delle donazioni*, pág. 399.

jurisprudencia reciente de los Tribunales franceses, a que se adhiere en gran parte la doctrina, y que sostiene que el acto oculto no es válido sino a condición de que reúna todas las formalidades requeridas para aquel de cuya apariencia se vale (50). Así, se ha resuelto que una donación disfrazada bajo la forma de venta debe reunir todos los requisitos necesarios para la venta (51); y si se ocultó tras un contrato de arrendamiento, habrá de presentar los que son propios de la locación (52). Y, por igual motivo, se ha decidido: que si la liberalidad tomó la forma de un contrato bilateral de los que, según el Código francés, deben redactarse en un doble ejemplar, habrá de hacerse un doble original bajo pena de nulidad (53); que si la donación se ocultó bajo una promesa de pago, es preciso que ésta sea de puño y letra del firmante o esté provista del "visto bueno" y "aprobado", pues de otro modo sería nula (54); y, finalmente, que la donación que se esconde tras un contrato de sociedad es ineficaz si resulta del acto que uno de los socios no hizo aportación alguna (55).

Esta teoría es indefendible. El acto exterior simulado no tiene significación jurídica alguna y sólo sirve para producir una apariencia destinada a desaparecer. Nada importa, pues, que sea válido o no lo sea. Y, además, no comprendo el que se exija con tanto cuidado que se presente en la forma determinada por la ley, cuando, en realidad, es un acto inexistente por falta de consentimiento. ¿Para qué unas vestiduras que cubran un *no no ser*? Acaso esta teoría parte de una errónea confusión entre negocios indirectos y negocios disimulados. Por lo que respecta a los primeros —resultado de la combinación de varios negocios serios y reales—, se comprende que deban ser todos ellos formal y sustancialmente perfectos; pero no puede decirse lo mismo en cuanto a la simulación relativa, pues en ella sólo hay un negocio que tiene valor, y ése es el verdadero oculto tras el fingido. En este sentido, la teoría francesa podría aplicarse a las donaciones indirectas, en las cuales hay un acto *real* oneroso que contiene en

(50) Cassat. franç., 2 avril 1884 (*Dalloz*, 1884, I, 227); 24 décembre 1884 (*Sirey*, 1887, I, 307); Lyon, 12 août 1885 (*Mon. jud. Lyon*, 3 février 1886).

(51) Riom, 12 janvier 1891 (*Dalloz*, 1892, 2, 25).

(52) Douai, 1 mars 1886 (*Jurispr. Douai*, vol. 44, pág. 130).

(53) DEMOLOMBE, *Cours*, XX, n. 104.

(54) Paris, 7 décembre 1871 (*Dalloz*, 1872, 5, 149).

(55) GUILLOUARD, *Société*, n. 61.

sí la donación y se requiere, por tanto, para la validez de esta última, accesoria y dependiente del negocio principal, que el contrato oneroso sea también existente y eficaz. Pero no puede seguirse el mismo razonamiento tratando de las donaciones disfrazadas. Si el acto ostensible público que sirve para disimular el negocio verdadero y oculto no tiene valor alguno; si no es más que un velo que se desgarrar con la prueba de la simulación, y de que no queda vestigio de ninguna clase; si el negocio fingido desaparece por completo para dar lugar a que se vea el negocio real, es evidente que los requisitos necesarios para la existencia y validez del acto han de ser los que exige este último y no los del primero. De donde se deriva la consecuencia, opuesta a la que sostienen actualmenet algunos escritores y magistrados franceses, de que un acto simulado nulo puede encubrir un acto verdadero eficaz. Y así como una venta sin precio puede resolverse en una donación válida, así también una sociedad sin aportación puede encubrir una venta eficaz. Ello no crea obstáculo alguno a la validez del negocio incluido: quiere decir, sencillamente, que las partes, para disimular su intento, se han servido de un mal disfraz, de un negocio defectuoso; pero la máscara, buena o mala, no influye lo más mínimo en la validez del negocio verdadero encubierto.

37.—Determinado el concepto y señaladas las condiciones para la eficacia de los negocios relativamente simulados, debemos examinar brevemente sus formas de más relieve.

Los contratos disimulados pueden agruparse en tres categorías, pues la simulación puede existir en la naturaleza, o en el contenido, o en los sujetos del contrato.

I. *Simulación de la naturaleza del contrato.*—Muchas veces la venta se desfigura bajo la forma de permuta o de transacción —para impedir la rescisión por lesión, que no se da en estos contratos (arts. 1.554 y 1.772)—, o de división —para librarse del impuesto sobre transmisión de bienes (56)—. Otras veces, para el mismo fin de eludir los efectos de la lesión, se acude a la forma de liberalidad. Además, para que no se pueda intentar la acción

(56) V. Apelac. Casale, 14 junio 1916 (*Giur. Tor.*, 1916, 1080); Casac. Roma, 29 diciembre 1915 (*Giur. ital.*, 1916, 138).

Pauliana o para dificultar, en su caso, el desenvolvimiento de la misma, la venta suele tomar el aspecto de una *datio in solutum*. La cesión a título oneroso puede adoptar la apariencia de una cesión gratuita para huir de las prohibiciones de carácter personal relativas a la venta, que enumera el art. 1.458. El mismo medio de disfrazar la cesión puede utilizarse para excluir el retracto litigioso (art. 1.546).

Un caso notable de simulación relativa se refiere a la división de la cosa común. Los contratantes pueden tener interés, quizá fraudulento, en ocultar la división bajo otra forma jurídica, ya para sustraerla a la acción de rescisión por lesión en más de la cuarta parte, ya para frustrar los derechos del cesionario de uno de los condueños, ya, finalmente, para impedir que el fundo indiviso se venda en pública subasta. Por lo que respecta a la primera de dichas finalidades, la ley tiene establecido que cualquier acto que haga cesar la indivisión está sujeto a la acción rescisoria. En efecto, el art. 1.039 admite la acción de rescisión contra todo acto que tenga por objeto hacer cesar entre coherederos la comunidad hereditaria, *aunque fuese calificado* de venta, permuta, transacción o con otro título cualquiera. Se discute que tal disposición pueda referirse a la simulación relativa, porque en tal supuesto hubiera sido superflua, y se dice, en cambio, que la ley ha querido establecer el mismo derecho rescisorio para garantizar la igualdad en la división, sin preocuparse del medio que se emplea para deshacer la comunidad (57). Como quiera que sea, a mí me parece, ateniéndome a la fórmula, tan expresiva, del Código, que en ella se comprende el caso de la división simulada.

Otra forma frecuentísima de negocio disfrazado aparece en el campo de las obligaciones, promesas de pago, declaraciones de deuda proveniente de mutuo, recompensa de servicios, etc., etcétera, que ocultan una equivalencia ilícita. La jurisprudencia refiere a este apartado los casos de remuneración a las concubinas, obligaciones nacidas del juego, contratos relativos al contrabando, ventajas prometidas a un acreedor a cambio de su voto favorable al convenio, etc., etc. (58). En estos casos se habla de obli-

(57) LAURENT, *Principes*, V, n. 481.

(58) V. Apelac. Milán, 21 diciembre 1885 (*Mont. Trib.*, 27, 102); Apelac. Turín, 4 junio 1892 (*Giur. Tor.*, 29, 193).

gaciones con causa falsa; pero no debe olvidarse que la falsedad de la causa constituye simulación relativa (59).

Es frecuente también la simulación de un contrato de mutuo, bajo la forma de una venta (60).

38. — Pero el terreno propio de estas ficciones es, sin duda, el de la donación. Dondequiera pongamos el pie podemos encontrarnos con la simulación, y no vacilo en afirmar que todo negocio puede emplearse para disfrazar una liberalidad. Con frecuencia la intención de las partes al ocultar la naturaleza gratuita del acto es una intención lícita, pues el donante podría donar de un modo claro y manifiesto sin ofender norma alguna jurídica y sólo quiere sustraer la donación a la curiosidad de los demás, para evitar insidias y celos al favorecido y enfados a sí mismo. Pero las más de las veces el fin que se proponen los contratantes es el de eludir las incapacidades legales para recibir a título gratuito o defraudar los derechos de los herederos forzosos.

Sabemos que las personas *inexistentes* no pueden recibir nada por donación, y que la jurisprudencia francesa e italiana ha desenvuelto ampliamente el principio respecto a las corporaciones religiosas suprimidas, a otros institutos sin personalidad jurídica y a los mismos cónyuges.

La ley establece asimismo incapacidades relativas para los hijos naturales, los adulterinos e incestuosos, el cónyuge del bígamo y los funcionarios públicos ante quienes se otorga la donación.

Por otra parte, las donaciones no pueden exceder de la porción disponible, lesionando la legítima.

Ahora bien: ya para otorgar liberalidades a quienes no pueden adquirirlas válidamente, ya para excluir las acciones de reducción, las partes se valen de donaciones disfrazadas. Examinemos sus distintas clases.

El contrato que más suele emplearse es la venta con precio fingido, *donationis causa non exacturus*. La venta puede ir acompañada de la reserva de usufructo o de un gravamen de renta vitalicia, modalidades que tienen verdadera realidad y afectan con plena eficacia la donación oculta. Sin embargo, las circuns-

tancias del caso pueden revelar claramente la verdadera naturaleza del acto. La posición de cada una de las partes, las relaciones de afecto existentes entre las mismas, la imposibilidad del supuesto adquirente de disponer de la cantidad representada por el precio, etc., etc., demostrarán, en su caso, que se trata de una enajenación gratuita. La donación puede vestir también el ropaje de un arrendamiento, si la merced no existe en realidad y el arrendatario obtiene el disfrute gratuito de la cosa arrendada (61).

Además, una donación puede tomar la forma de sociedad, si la aportación es puramente fingida y la finalidad del contrato está en conferir un beneficio a alguno de los socios (62).

Lo mismo diremos de la transacción. Si lo que se da en ella como equivalente se entrega, no para terminar o prevenir una contienda judicial, sino por puro ánimo de liberalidad, tendremos también una donación disfrazada (63).

La donación puede ocultarse igualmente bajo la forma de la división. Así ocurre cuando la cuota que se atribuye al supuesto dividendo se le da con carácter de gratuidad y no como asignación del derecho indiviso que corresponde al condómino (64).

Son muy numerosas las donaciones ocultas bajo la forma de un reconocimiento de deuda que no proviene de obligación anterior, sino que crea una nueva *animus donandi* (65).

Son también frecuentes las liberalidades bajo la forma de pago, recibo falso y liberación (66).

Una vez es el padre quien da a su hijo descargo de la gestión de sus negocios, sin haber recibido las cantidades que resultan a su favor del cierre de cuentas de la administración (67). En otro caso es la hija quien, al casarse, hace una donación a su padre, simulando un pago para impedir la revocación por supervivencia de hijos (68).

Una suma que parece entregada en mutuo puede haberse dado realmente con causa de donación, como la cosa entregada en de-

(61) Gand, 7 juillet 1856 (*Pasicr.*, 1856, 2, 362).

(62) GILLOUARD, *Société*, n. 65.

(63) Cass. belge, 19 novembre 1838 (*Pasicr.*, 1839, 1, 175).

(64) Apelac. Catanzaro, 6 septembre 1888 (*Foro ital.*, 1889, I, 82).

(65) Bruxelles, 20 janvier 1885 (*Pasicr.*, 1896, 2, 243); Cass. franç., 29 mars 1889 (*Journ. du Pal.*, 1889, I, 1176).

(66) Amiens, 21 octobre 1893 (*Rev. d'Amiens*, 1893, 30).

(67) Paris, 8 août 1850 (*Journ. du Pal.*, 1850, 2, 616).

(68) Casac. Nápoles, 30 junio 1885 (*Giur. ital.*, 38, I, 84).

(59) PLANIOL, *Droit civil*, II, n. 3242.

(60) V. Apelac. Palermo, 30 junio 1916 (*Circ. giur.*, 1916, 331).

pósito puede, en realidad, resultar donada, según la intención de las partes.

Es muy interesante el caso de la donación disfrazada bajo la forma de un depósito confiado a una persona con la orden de restituirlo a un tercero que se designa como mandatario y que, en realidad, es un donatario. Así, un acto que por su esencia es irrevocable, va envuelto en un acto esencialmente revocable. Sin embargo, por lo que respecta a este punto, se han suscitado algunas dificultades, sobre todo en el caso de que el depositante muera antes de la devolución del depósito. ¿Habrá que entender extinguido el mandato y, por tanto, aplicable la disposición estricta del art. 1.855, según el cual, en el caso de muerte del depositante, la cosa depositada sólo puede restituirse al heredero? Los trabajos preparatorios del Código francés parecen a favor de esta opinión, pues dicha regla fue establecida precisamente para que el depósito no sirviese a los fines de un fideicomiso con transgresión de las leyes prohibitivas (69). Los autores, o han declarado nula semejante forma porque la donación mediante el mandato sería revocable contra su naturaleza, o se han extraviado entrando en la cuestión de la admisibilidad del mandato *post mortem* (70).

No me parece dudosa la solución. Si la forma simulada a que se acude para disfrazar el acto carece en sí misma de importancia jurídica, es inútil hablar del mandato y querer aplicar los principios relativos al mismo; lo que existe es la donación, no el mandato. La relación, por tanto, hay que estudiarla tal como es en realidad, es decir, teniendo en cuenta que el depositario está obligado a restituir la cosa depositada a un tercero que la recibió en donación. Por eso, la muerte del depositante no altera los términos del problema; el mandato fingido se revoca y la donación permanece en su plena eficacia.

Finalmente, la donación disimulada puede resultar de una *fideiussio* (71), si la obligación subsidiaria —onerosa por su naturaleza, ya que el fiador que pagó tiene acción contra el deudor principal y se subroga en los derechos del acreedor (arts. 1.915 y 1.916)— fue contraída voluntariamente, *animo donandi* y, por tanto, sin derecho a repetición.

(69) FENET, XIV, pág. 515.

(70) V. LAURENT, XXVII, n. 118.

(71) Cassat. franç., 4 décembre 1867 (*Journ. du Pal.*, 1868, 628).

39.— Merecen una consideración especial las donaciones disimuladas en el contrato de capitulaciones matrimoniales y en el testamento, y las realizadas mediante la emisión de un título a la orden o la transferencia de títulos de renta.

La donación puede disfrazarse en las convenciones matrimoniales, ya mediante un reconocimiento de aportación de bienes y valores que en realidad no existen, ya exagerando la estimación de los bienes que se aportan en cantidad menor (72). Así, el contrayente declara recibir de su futura esposa una dote que ésta no aporta, o una dote considerable cuando, en realidad, se reduce a proporciones modestas.

El contrato matrimonial no excluye la simulación relativa como excluye la simulación absoluta, puesto que el disfrazar disposiciones de carácter serio no implica en sí variación o retractación, y, permaneciendo firme el contrato nupcial en sus bases jurídicas y económicas, se revela, sin embargo, la verdadera naturaleza de los pactos establecidos. El peligro que la ley quiere evitar ordenando una forma solemne y pública para las contradecaraciones es el de que se altere el estatuto nupcial; y hay que tener en cuenta que éste no sufre el menor embate porque se descorra el velo de la apariencia y, subsistiendo las convenciones establecidas, se muestren a su verdadera luz y recobren su propia fisonomía. Añádase a esto que la simulación absoluta, es decir, la invención de pactos que no existen en modo alguno, en cuanto es peligrosa, afecta siempre a intereses privados, mientras que el disfraz de la donación bajo los pactos nupciales se emplea de ordinario para frustrar la aplicación de una norma legal prohibitiva o imperativa, ya porque se quiere eludir la incapacidad parcial de uno de los cónyuges, ya porque se pretenda sustraer la liberalidad, en daño de los legitimarios, a las acciones de reducción. De aquí el interés de intervenir que tienen los mismos contratantes para reprimir la violación de su derecho.

A menudo, los autores y las resoluciones judiciales hablan de donaciones disfrazadas con el testamento. Así, por ejemplo, cuando en una disposición testamentaria se reconoce la existencia de una deuda que carece de realidad. Esta doctrina es inexacta, por-

(72) Cassat. Franç., 14 avril 1886 (*Dalloz*, 1887, 1, 169); Trib. NARBONE, 29 avril 1890 (*La Loi*, 1 juin 1890).

que el testamento, como acto unilateral, no es susceptible de simulación. No puede concebirse un acuerdo de simular allí donde la disposición emana de la sola voluntad del disponente, y el conocimiento que el donatario pudiera tener del acto que le favorece no basta para transformar en negocio bilateral la declaración aislada del testador.

Debemos, sin embargo, considerar más atentamente el valor jurídico de las declaraciones de deuda hechas en los testamentos *animo donandi*. Yo creo que son meras confesiones extrajudiciales que proporcionan un simple indicio respecto a la relación jurídica afirmada en ellas (art. 1.358), relación que puede subsistir también si se prueba la intención del donante de hacer una liberalidad. Y, aun interpretando la voluntad del testador, podrán valer como legado de deuda con causa falsa, ya que ésta, de ordinario, no influye en la eficacia jurídica de la disposición testamentaria (art. 828).

Finalmente, tenemos que ocuparnos de las donaciones realizadas mediante la transferencia de un título nominativo o la firma de una letra u otro título a la orden.

Ante todo, hemos de advertir que aquí estamos fuera del campo de simulación, pues se trata de donaciones claras y manifiestas, no de donaciones disimuladas. La cuestión principal que se suscita con este motivo es la de si la donación realizada en tal forma necesita o no el instrumento público para ser eficaz. En Francia se admite sin discusión que el simple *transfert* de títulos de renta y la expedición de una letra pueden constituir donación sin necesidad de instrumento público (73); pero esta opinión está en íntimo enlace con la doctrina errónea acerca de la dispensa de los requisitos formales en las *donations requisiées*. En Italia se ha tratado de la cuestión principalmente respecto de la transferencia de títulos de renta, y se han manifestado contrarios a la eficacia del acto, a falta de instrumento público, Ascoli (74) y Gabba (75).

El primero estima que las transferencias de renta constituyen un modo formal de transmisión de la propiedad, por el cual la Administración de la Deuda pública, a continuación de las decla-

raciones unilaterales de los propietarios, inscribe los nombres de los nuevos titulares, operándose el tránsito con independencia de la causa. Si la causa de este acto formal fuera nula, por falta de forma, al transferente corresponderá una *condictio* para revocar la propiedad transmitida.

Gabba declara, con más rigor, que si la causa de la prestación fue una donación nula por defecto de forma, la propiedad podrá *reivindicarse* sin necesidad de más.

Sólo definiendo la esencia y valor jurídico del *transfert* (76) podremos encontrar la solución del problema.

Yo creo que el *transfert*, por sí mismo y con independencia de toda convención, no produce la transferencia de los títulos nominativos, pero sirve para hacer perfecto y eficaz frente a todos un negocio traslativo anterior. La ley requiere para la transmisión de los títulos nominativos el concurso del deudor o de la entidad emisora, la cual debe anotar el traslado en sus registros. Sin esta anotación, el traspaso de los títulos nominativos no puede oponerse al deudor ni a los terceros, pues continúa figurando el titular antiguo. Por eso el *transfert* sirve para hacer efectiva *erga omnes* la transferencia de la propiedad del título, invistiendo de ésta públicamente al sucesor del titular. Es una función análoga a la de la notificación al deudor en las cesiones ordinarias. Y si el *transfert* no es más que un medio de publicidad que sirve para hacer perfecta la eficacia de una transmisión que presupone siempre, su validez estará subordinada a la del negocio traslativo que le sirve de base. Y allí donde el traspaso de los títulos sea nulo por defectos intrínsecos, la nulidad influirá sobre la investidura exterior de la propiedad del título.

(76) Son muchas y muy distintas las opiniones sobre la naturaleza jurídica del *transfert*. Prescindiendo de los escritores que lo consideran como un acto abstracto, o un compromiso unilateral, o una forma de novación, deben recordarse, entre las doctrinas más ingeniosas, la de MINARD, que considera el *transfert* como una convención tripartita —resultado de una renuncia, una liberación y una obligación nueva—, y la de JULIOT, que quiere incluir esta figura entre las estipulaciones a favor de terceros. V. en este último autor una revisión de la doctrina (*Rev. trimestr. de droit civil*, 1904, págs. 31 y sigs.). Entre las teorías más serias debe citarse la que considera el *transfert* como forma de publicidad para que la transferencia sea eficaz respecto al deudor y a los terceros, análoga a la notificación al deudor en las cesiones ordinarias de crédito y a la transcripción en las transmisiones de inmuebles. Entre otros, ha sostenido esta teoría LABBÉ (*Sirey*, 1874, I, 409). Yo la admito en sus líneas generales. Pero no es éste el lugar adecuado para profundizar esta grave cuestión.

(73) París, 25 mars 1891 (*Journ. du Pal.*, 1892, 2, 129).

(74) *Foro ital.*, 1897, I, 227, y *Donazioni*, págs. 366 y sigs.

(75) *Giur. ital.*, 1897, II, 264.

Análogas observaciones cabe hacer por lo que respecta al endoso de títulos a la orden y a la entrega de títulos al portador, libramiento y entrega que sirven de medios formales para reconocer la transmisión realizada. Es decir, que cuando los terceros vean que una persona resulta favorecida por una letra de cambio o investida con la posesión de un título al portador, reconocerán que se ha realizado una enajenación del título en beneficio de tal persona; enajenación que, sin embargo, en sí misma, y como negocio jurídico, es distinta del endoso o entrega, que pueden ser actos unilaterales. Pero, como estos actos se basan en el negocio jurídico fundamental de la transferencia, necesitan, para ser válidos, que la transferencia lo sea con arreglo a los principios del derecho común. Y si fuera nula, no cambiará jurídicamente la titularidad del derecho, aunque aparezca al exterior un desplazamiento patrimonial, y el transferente podrá ejercitar una acción reivindicatoria o pedir que se declare la nulidad del traspaso y se rectifique por medio de la correspondiente anotación, o en otra forma, el nombre del propietario del título.

En cuanto a la donación, sabemos que requiere esencialmente el empleo del instrumento público; y de aquí que sea nula por completo una enajenación con causa de liberalidad que se realice sin la forma indicada. Así, pues, para donar válidamente un título nominativo, a la orden o al portador, se necesita que al *transfert*, endoso o entrega del título, preceda un instrumento público de donación.

Ni siquiera creo que la letra de cambio sea instrumento adecuado para perfeccionar una donación. La letra de cambio no es un negocio abstracto que prescinde de la causa, sino un modo genérico de obligación en que existe la causa, aunque resulte indiferente su calificación (77). Por eso, una letra de cambio *donatio-nis causa* es nula por falta de forma pública (78).

40. — II. *Simulación en el contenido del contrato.* — O, lo que es igual, del objeto, del precio, de la fecha, de las modalidades y de los pactos accesorios.

(77) V. mi artículo sobre los *Negocios abstractos y su reconocimiento jurídico*, en la *Riv. di dir. comm.*, 1904, cuaderno IV, págs. 9 y sigs. (del extracto).

(78) En sentido contrario, la decisión citada de la Casación de Roma, Sec. unid., 16 febrero 1917 (*Fora ital.*, 1917, I, 1225).

El objeto del contrato puede disimularse bajo la apariencia de otro, de tal manera que se produzca un engaño acerca de la identidad de la prestación. Así, el deudor propietario de varios fundos, de acuerdo con otra persona, produce un engaño celebrando con ésta la permuta de un inmueble de gran valor por otro cuya inferioridad es evidente. Sin embargo, en la contradecларación se establece que la permuta no tiene por objeto el fundo A, sino el fundo B. Los acreedores que hayan intentado sin éxito la acción de simulación absoluta, o la acción Pauliana, tienen aún la posibilidad de atacar la permuta por simulación en el objeto. — Asimismo, consentida por un condómino la venta o la hipoteca de un bien determinado que está todavía en la masa común indivisa, para frustrar el derecho del comprador o del acreedor hipotecario se procede a la división y se hace aparecer que el bien enajenado o gravado toca a persona distinta del vendedor o hipotecante, cuando en realidad es a él a quien se adjudica. Y el adquirente no tiene otro recurso que el de atacar la división en su totalidad, por simulación absoluta, o el de ejercitar la acción *ex simulatione*, por lo que respecta al objeto de la división misma.

41. — La simulación puede limitarse al precio estipulado en el contrato. Así, a veces, se hace aparecer un precio exagerado para excluir o hacer muy gravoso el ejercicio del retracto legal. El retrayente tendría que entregar un precio enorme, y, ante esto, prefiere renunciar; pero tiene el derecho de impugnar por simulación el precio que aparece convenido (79). La jurisprudencia alemana nos presenta un caso curioso. Se había celebrado un contrato de compraventa, estableciéndose un precio elevadísimo. El intermediario que arregló el negocio, y que conocía la simulación, pretendió después que se calculara su comisión sobre la base del precio que aparecía en el contrato. Pero el Supremo Tribunal decidió, en justicia, que debía tenerse en cuenta el precio serio, convenido en realidad, y no el aparente, por exigirlo así el principio *plus valet quod actum quam quod simulate concipitur* (80).

Otras veces, el precio se *disminuye* para ahorrarse en parte el pago del impuesto por transmisión de bienes u otro derecho fis-

(79) Casac. Turín, 1.º marzo 1852 (*Bett.*, IV, 1, 191).

(80) SEUFFERT's, *Archiv*, vol. XXXI, n. 201.

cal (81). Esta simulación ha llegado a ser tan corriente, que hoy día apenas hay contratación que se libre de ella.

En éste, como en otros casos, en que se disfraza la naturaleza del contrato para defraudar a la Administración en sus derechos fiscales, existe ciertamente una simulación *contra legem*; pero no por ello debe creerse que el contrato haya de ser nulo. Tuvimos ya ocasión de decir que, al quitar su disfraz al negocio, debe aplicarse a éste la sanción, cualquiera que sea, que hubiera debido aplicársele si se hubiera celebrado manifiestamente. Es sabido que no todas las leyes prohibitivas tienen el mismo alcance, pues mientras unas se inspiran en un interés muy general, otras protegen un interés más limitado, y otras finalmente, obedecen a meras finalidades de disciplina, financieras o de policía; y así, según la importancia de la prohibición, las sanciones serán unas u otras. La transgresión de las leyes de orden público produce la nulidad total del acto; la de las leyes de la segunda clase, una mera anulabilidad, y la de las últimas, una pena para el autor. En el tercer grupo figuran precisamente las leyes financieras, que establecen el pago de un impuesto a favor del Estado, según la naturaleza del acto y al eludir sus normas se comete una *contravención* castigada con una simple *multa*.

No siempre fue así. En Francia, la ley de 22 de frimario del año VII estableció la nulidad de toda contradecларación que contuviera un aumento del precio que, para defraudar los derechos del Fisco, se declaró en el acto manifiesto. Pero la publicación del Código de Napoleón vino a derogar virtualmente, con el artículo 1.321, el rigor de aquella ley. En la misma discusión de la ley posterior de *registro* (82), de 23 de agosto de 1871, se consideró inmoral el que, por un interés de la Hacienda, los particulares quedaran libres de sus obligaciones voluntariamente contraídas, y se sancionó con simple multa el caso de simulación en el precio (83).

Otro de los casos en que se acude a una disminución ficticia del precio es el que se presenta en el juicio de purga o liberación

(81) Apelac. Turin, 2 marzo 1883 (*Giur. tor.*, 1883, 638).

(82) Registro de documentos para una finalidad fiscal; no inmobiliaria.—*Nota de los traductores.*

(83) PLANIOL, *Droit civil*, II, n. 1247, nota 3.

cuando se quiere defraudar a los acreedores hipotecarios. Una persona adquiere un inmueble sujeto a varias hipotecas por un precio muy bajo en apariencia. Inmediatamente incoa el juicio de liberación ofreciendo el precio en que adquiere, y los acreedores no tienen más remedio que acudir a la subasta, muchas veces inútil, porque ninguno de ellos querrá tomar la iniciativa de una oferta superior, con depósitos, fianzas, etc., y con el riesgo de ser tal vez el adjudicatario del inmueble. Se ha resuelto que, en tal caso, los acreedores defraudados podrán, una vez descubierta la simulación, demandar al tercer poseedor que promovió el juicio de purga para que pague el complemento del precio (84).

42. — Puede existir simulación en la fecha. Hay que distinguir la fecha *fingida* de la fecha *falsa* . La primera está en oposición a la verdad por acuerdo deliberado de las partes; en la segunda, la verdad se altera, o por un tercero, dolosamente, o por uno de los contratantes, en perjuicio del otro. En los instrumentos públicos, donde la ley reserva al funcionario autorizante la determinación del momento objetivo en que el negocio jurídico surge a la vida, sólo puede hablarse de fecha falsa y nunca de fecha fingida.

En cambio, la ficción de fecha es propia de todos aquellos casos en que tal declaración forma parte de las contenidas en el negocio privado, y, como ellas, puede alterarse intencionalmente con un fin engañoso (85).

La simulación de fecha puede realizarse de dos maneras: o fingiendo que un acto se remonta a un tiempo pasado (*antidata*) y haciendo aparecer que el acto se ha realizado en una fecha posterior a la verdadera (*postdata*). Esta indicación falsa no puede tener valor alguno jurídico entre las partes, pues para ellas subsiste e impera la fecha real en que se realizó el negocio, pero sí quiere provocar un engaño en los terceros para aprovecharse de él con fines fraudulentos.

Otra cuestión distinta es la de si las partes pueden *realmente*,

(84) Cassat. franc., 21 juillet 1857 (*Dalloz*, 1857, I, 404).

(85) En contra de lo que opina PESTALOZZA, 96, el cual considera la indicación de fecha como una mera *declaración de ciencia propia*, de las partes. Me parece, por el contrario, que la fecha, cuando forma parte del negocio jurídico, no es la mera afirmación de un hecho histórico, extraño al acto, sino un momento determinante del contenido de la declaración de voluntad.

con su propia voluntad, diferir o retrotraer los efectos de un negocio jurídico fijando una fecha que no sea la verdadera (86).

En el Derecho antiguo eran muy frecuentes y peligrosas las simulaciones de fecha; pero hoy han perdido en gran parte su importancia con la institución de la publicidad de los derechos reales y con el principio de que los actos sin fecha no pueden oponerse a terceros.

No dejan, sin embargo, de usarse con frecuencia las *antefechas* en el campo de las obligaciones, sobre todo en las propias del cambio, o para excluir la acción rescisoria de los acreedores preferentes contra obligaciones reales contraídas después, o para sustraer, ya a la sanción de la nulidad, ya a la presunción de fraude, las deudas que el quebrado toma sobre sí después de la declaración de quiebra o en el período en que se sospecha que los actos pueden ser fraudulentos.

Son también frecuentes todavía las *antefechas* y las *postfechas* empleadas para eludir incapacidades legales. Así, un interdicto vende o se obliga en una fecha anterior a la sentencia de interdicción. Los acreedores del interdicto que vean cómo se disipa su patrimonio podrán ejercitar la acción Pauliana o, mejor aún, valerse de la acción subrogatoria para rescindir el contrato impugnando la fecha del mismo.—Un menor puede reconocerse obligado fijando en el acto una fecha posterior a la verdadera, con lo cual la obligación aparecerá contraída durante la mayor edad. También aquí tienen los acreedores la posibilidad de ejercitar la acción de simulación de fecha. En todos estos casos, las acciones podrán ejercitarse también por los mismos menores o interdictos, cuando sean ya capaces, o por sus legítimos representantes, pues no debe olvidarse que se trata de una ley de orden público (87).

43.— Finalmente, la simulación puede recaer sobre un elemento

(86) Por lo que respecta a la imposibilidad de que así ocurra, V. la observación, muy aguda, que hace Segré en *Riv. di dir. comm.*, 1904, cuaderno IV, página 302, *La data apposta nei titoli al portatore*. Sobre la cuestión, en general, V. la discusión extensa y erudita que promueve SALEILLES con motivo del testamento, *Des formes du testament olographe*, en la *Revue trim. de droit civil*, 1904, n. 89 y sigs.

(87) V. por lo que se refiere a un caso análogo, Apelac. Turín, 10 diciembre 1866 (*Giur. ital.*, 1867, 2, 640): "El menor que llegue a la mayor edad puede impugnar de simulación la fecha del documento aprobando la gestión del tutor, ya que el descargo debe ser posterior a la rendición de cuentas, y en el caso discutido fue anterior o contemporáneo de la misma."

accidental del contrato o alguna cláusula especial. Así, puede simularse una condición, un plazo, un *modus*, etc. (88).

44.— Procede ahora que tratemos de la tercera categoría de negocios simulados, o sea de la simulación en los sujetos o interposición de persona; pero esta materia tiene capital importancia y constituye por sí una doctrina sustantiva y autónoma, por lo cual merece nos ocupemos de ella en capítulo aparte.

(88) Se ha decidido (Apelac. Trani, 20 julio 1883, *Foro ital.*, 1884, I, 54), para un caso en que el usufructuario había consentido un arrendamiento verdadero, estableciendo fingidamente condiciones y pactos gravosos, que el propietario podía impugnar estos últimos demostrando su inexistencia.

CAPITULO V

LA INTERPOSICION DE PERSONA

45. — El concepto de *persona interpuesta*, como forma de simulación, es de los más intrincados en la doctrina. Hay en ésta una confusión, muy difícil de desenredar, entre relaciones de índole heterogénea que se pretende reducir a un concepto único, sometiéndolas a la misma ordenación jurídica. Y esta falta de claridad al agrupar ideas distintas bajo una misma disciplina ha sido siempre fuente de equívocos y contradicciones. La causa de todo ello hay que buscarla en una extensión errónea del término *testaferro* (1), que, en su significación primitiva y pura, quería expresar el contratante fingido, a otras figuras jurídicas, y especialmente al caso del mandatario que contrata en realidad en su propio nombre respecto de un derecho que retiene en virtud de un acto imaginario, o sucesivamente, a todo mandatario que obra en nombre propio, aun investido de un título no aparente (2). Se notaba, en efecto, una cierta analogía entre el contratante que interviene en el negocio jurídico de un modo aparente y el mandatario que, por obrar en nombre propio, se convierte en titular nominal de los derechos adquiridos, derechos que más tarde habrá de restituir al mandante. Esta analogía es, sin embargo, tosca y

(1) *Prestanombre* en francés e italiano (*Pret-nom, Prestanome*.—(Nota de los traductores.)

(2) LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Du Pret-nom*, págs. 5-7

superficial, porque el mandatario que actúa en nombre propio se convierte jurídicamente en *verdadero* titular de los derechos resultantes del contrato. Pero la práctica no emplea tanta sutileza al analizar las relaciones, e, impresionada por la afinidad material, siguió hablando el mismo lenguaje, con lo cual la terminología no se limitó a la jurisprudencia y penetró insensiblemente en la doctrina. La denominación igual de testamento aplicada a relaciones diversas tenía que inducir a error sobre la identidad de las figuras, y determinó que, en cuanto era posible, se trasladaran a los dichos casos de mandato las reglas de la simulación y que, en cambio, ciertos principios del mandato se retoracieran para aplicarlos al caso de la simulación.

Así es como se ha producido una influencia recíproca de dos instituciones diversas, un intercambio de principios a que obedece el que hoy se considere como un mandatario simulado al que obra en su propio nombre y, por otra parte, se acepte como un verdadero mandatario al testamento, que es un contratante fingido. Y todo ello ha creado un tejido tal de incoherencias, un sistema tan híbrido de principios en pugna, que no puede imaginarse nada semejante.

Así, pues, la confusión, que procediendo de las palabras pasó a las ideas, era inevitable. Pero cuando un hábito es fecundo en errores, no creo que pueda decirse, como lo hace Lerebours-Pigeonnière, que es inútil discutir las nuevas costumbres de lenguaje jurídico y que debemos limitarnos a tomar nota de ellas. Y puesto que no hay nada que sirva mejor para aclarar las ideas que la corrección del lenguaje, juzgo deber de todo jurista el rebelarse contra esas prácticas irracionales y proscribir una terminología que, desfigurando la verdadera naturaleza de las relaciones, les aplica un sistema falso de reglas de Derecho. Y aún voy más lejos: esta mezcolanza de ideas y conceptos diversos, apartando de su camino la elaboración jurídica de la figura del testamento con elementos extraños a la misma, ha impedido su natural desarrollo, por cuanto ha hecho perder de vista el carácter que, fundamentalmente, tiene el testamento de contratante ficticio que se interpone entre dos contratantes reales.

Por eso, para determinar con precisión la figura jurídica de la persona interpuesta, necesitamos hacer una crítica paciente y minuciosa; y en este examen tomaremos en cuenta muy especial-

mente la doctrina francesa, que es la que más se ha cuidado de la materia, mientras las de otros países se limitan a aceptar los resultados de la misma.

46.— Pero, antes de entrar en la crítica de los varios sistemas que se han ideado sobre la institución del testamento, juzgamos útil combatir en general dos ideas preconcebidas que enuncian o agitan casi todos los escritores y constituyen la base de sus concepciones. El primer equívoco consiste en estimar que el mandato ha de ser necesariamente representativo; que la representación es elemento esencial suyo, y que, por tanto, toda relación que produce sus efectos directamente para el que contrata no es mandato. Esta opinión, que hoy día pierde terreno entre los principales juristas franceses (3), está muy arraigada en la antigua doctrina, la cual se funda también sobre la expresión inexacta de la ley (art. 1.984 del Cód. de Napoleón).

Pero esta doctrina descansa en la confusión de mandato y poder de representación, que son dos relaciones distintas por su esencia y que pueden no coexistir la una junto a la otra. La doctrina alemana tiene el mérito de haber distinguido entre ambos conceptos mediante un análisis profundo de los mismos, que ha puesto de relieve su diversidad esencial. Jhering, antes que nadie, hizo notar que el mandato no es más que el lado *interno* de la relación jurídica a que nos referimos, mientras la representación forma su lado *externo* el que tiene eficacia respecto a terceros, y que las dos partes son indiferentes entre sí y coinciden por casualidad, pudiendo suceder que haya mandatarios sin representación y representantes no mandatarios (4). Esta distinción, seguida y desarrollada por otros, se ha ido acentuando cada vez más, hasta llegar a establecer que se trata de relaciones diversas en su esencia, con requisitos, contenido y eficacia diferentes (5). Y en verdad, mientras que el mandato surge del acuerdo entre mandante y mandatario, el poder de representación se deriva de

(3) V., por otra parte, PLANIOL, *Droit civil*, II, 2266.

(4) *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, en sus *Jahrbücher*, II, pág. 131.

(5) STROHAL, en *Jehr. Jahrb.*, 27, 442; LABAND, en *Goldschmidt's Zeitschrift*, 10, pág. 208; ZIMMERMANN, *Lehre von der stellvertret. negotiorum gestio*, págs. 88 y siguientes; REGELSBERGER, *Pand.*, § 163, pág. 592; PILON, *Theor. gén. de la représentation*, nn. 182 y sigs.; TARTUFARI, *Rappresentanza*, nn. 295 y sigs., páginas 345 y sigs.

la declaración unilateral de voluntad del mandante, declaración que se sobrepone o añade al contrato en que se confiere el encargo y que podría faltar igualmente. Por otra parte, mientras en el mandato la declaración va dirigida al otro contratante, que la acepta, en la representación el poder se confiere para los terceros, para el público, para todos aquellos que quieran contraer con el mandatario relaciones jurídicas. De donde resulta posible que exista representación sin que el representante conozca el poder que se le ha atribuido. Las condiciones para que exista el mandato y la representación son, por igual causa, también distintas: el mandato es una relación que nace del concurso de dos voluntades —la del mandante y la del mandatario—; la representación brota del concurso de tres voluntades —la del representado, el representante y el tercero—. En efecto, es muy sabido que para que se opere el fenómeno de representación se necesita la *contemplatio domini*, es decir, la voluntad concorde del representante y el tercero de que los efectos del contrario se produzcan directa e inmediatamente para el patrimonio del representado. Es más: los efectos que nacen de cada una de las dos relaciones tienen vida separada, porque, así como del mandato sólo surge la obligación de uno de los contratantes de poner en ejecución y llevar a buen término el asunto con la diligencia debida —obligación correlativa a la del otro contratante, de indemnizar al primero de las pérdidas sufridas, reembolsarle los gastos y pagarle una compensación por el cumplimiento del encargo, si así se estipuló—, en cambio, de la representación surge el efecto característico de que se produzcan inmediatamente en el patrimonio del representado todas las consecuencias activas y pasivas del contrato celebrado por el representante.

Esta diferencia en la estructura y funciones de la relación jurídica, en ambos respectos, se ve con mayor relieve y precisión contemplando los casos en que no coinciden el mandato y la representación. Hay que notar, ante todo, que el conferir las facultades de representación no es cosa exclusiva del mandato, puesto que puede darse en otras relaciones diferentes, como son el arrendamiento, la sociedad, etc., etc. Además, en el mismo caso del mandato, las dos relaciones pueden tener distinto alcance, como sucede cuando la facultad de representación es más amplia que la

derivada del mandato, por haberse estipulado cláusulas secretas que restrinjan el poder y que, sin embargo, no quitan su eficacia al acto celebrado. Por otra parte, la representación puede sobrevivir al mandato, como en el caso de revocarse o extinguirse el último sin conocimiento de los terceros (arts. 1.759 y 1.762). Finalmente, puede existir un mandato sin representación, bien sea porque el encargo tenga por objeto la prestación material de servicios —ya que la representación se concibe tan sólo en los actos jurídicos—, bien porque el mandante haya excluido voluntariamente el poder de representación, imponiendo al mandatario que actúe en nombre propio.

Este es precisamente el caso que más nos interesa, y del cual encontramos un ejemplo, en el Código de Comercio, en la figura del comisionista.

Puede darse el caso de un mandatario que despliegue su actividad jurídica en nombre propio y adquiera para sí los derechos y las obligaciones que se derivan de los contratos celebrados por él, si bien obrando en interés de otro y con la obligación de transferirle los derechos adquiridos. Aquí tendríamos un mandatario, pero no un representante. El mandato se circunscribe a las relaciones *internas* de las partes y en ellas se agota, por lo cual, el mandatario que carece de poder de representación para cumplir su encargo debe obrar en nombre propio. Ni es verdad que en tal caso resulte, por efecto del acto jurídico en que interviene, un mero titular *aparente*, pues en realidad él es el titular *verdadero* y *efectivo* de los derechos resultantes del contrato. Esta concepción confunde puntos de vista económicos y jurídicos. Económicamente, no puede decirse que se aumente el patrimonio del mandatario, puesto que el aumento se neutraliza con la obligación de restituir; pero jurídicamente el mandatario resulta verdadero propietario y acreedor, y, en otro sentido, deudor y responsable; y de ahí la posibilidad de que en el intervalo que media entre la adquisición y la ejecución del mandato los acreedores no puedan caer sobre los nuevos elementos patrimoniales de su activo, ni, por otra parte, quede sujeto inmediata e ilimitadamente, con respecto a terceros, al cumplimiento de las obligaciones contraídas.

El otro prejuicio que ha desviado la doctrina de su justa orientación, al regular la figura jurídica de que nos ocupamos, es

la suposición de que el acto simulado contiene un mandato y se resuelve siempre en él. Cuando alguien enajena fingidamente a favor de otra persona para desposeerse en apariencia de los derechos que le corresponden, se dice que en el mero hecho de proceder así constituye al testafarro en mandatario suyo. Esta opinión, que pone de manifiesto uno de tantos extremos en que la doctrina del mandato ha influido indebidamente en la de la simulación, depende, en parte, de un equívoco, y en parte, de una confusión.

Cuando menos, puede afirmarse con seguridad que dicho mandato no se encuentra por ninguna parte. El enajenante fingido, al mostrar a un tercero en posesión de sus propios derechos, sólo trata de engañar a los demás para un fin fraudulento y no en modo alguno de constituir en beneficio del adquirente nominal una situación jurídica verdadera y efectiva. Analizando la intención de las partes, se ve que el *dominus* quiere seguir, no sólo en la titularidad jurídica de los derechos de que se ha despojado en apariencia, sino también en el ejercicio de los derechos mismos. El testafarro sólo debe servirle de defensa en caso necesario; es un mero fantoche que se expone a la vista del público. Pero detrás de él, en secreto, el *dominus* debe conservar el goce íntegro de sus derechos *lo mismo que antes*, puesto que la simulación absoluta excluye totalmente una voluntad seria de alterar en lo más mínimo la situación jurídica anterior. Y en estos términos no cabe concebir un mandato que se opondría a la voluntad de las partes estorbando o frustrando sus propósitos. ¿Qué se pretende que el simulante encargue al testafarro en ese mandato? ¿Mandato, para qué? Únicamente para hacer de testafarro; no, en modo alguno, para obrar jurídicamente.

Esta opinión ha nacido tal vez del deseo de salvar la eficacia de los actos que los terceros de buena fe celebran con el testafarro, olvidando que para proteger tales intereses no se necesita constituir la figura del testafarro como la de un mandatario del *dominus*, pues aquella finalidad tutelar se logra aplicando el principio, más enérgico, de que las contradecaraciones privadas no pueden oponerse en absoluto a los terceros. Pero el vicio de origen de esta teoría consiste en la confusión que en ella inside entre contratos simulados y contratos *fiduciarios*. En efecto, repasando

los autores que se ocupan de esta clase de testafarro, observamos que citan como ejemplos el caso de la cesión de un crédito o el endoso de una letra para efectos de cobro, el de la enajenación de un fundo para fines de gestión, el de la transmisión de acciones de una sociedad para que pueda tomarse parte en la asamblea general, etc., etc.; es decir, casos en que, a mi juicio, estamos fuera del campo de la simulación, puesto que el contratante enajena *realmente* para conseguir un propósito determinado y convierte a la otra parte en *verdadera* propietaria, aunque con el encargo de servirse del derecho adquirido dentro de ciertos límites y para un cierto fin. En estos casos puede existir un mandato; pero será el mandato que acompaña a un acto real, cuyos efectos trata de circunscribir de modo obligatorio, no un mandato que brote del negocio simulado, de la ficción, de la nada. Así, pues, aunque ello pueda interesarnos, no tiene que ver en absoluto con la teoría de la simulación.

47.— Libre ya el terreno de estos prejuicios fundamentales, debemos examinar las varias construcciones jurídicas que se han intentado acerca del testafarro. Nos ocuparemos en primer término de la monografía de Coste (6). Este autor comienza afirmando que el testafarro es un mandatario que obra *proprio nomine*; pero como esto ocurre porque el comitente tiene interés en que el mandato permanezca oculto, el procedimiento empleado constituye una forma de simulación. Existe aquí, en efecto, una ocultación de la verdad, rasgo común a todas las especies de simulación. La figura del testafarro puede producirse en distintas maneras que permiten presentar tres tipos definidos, a saber: 1.º, el mandatario que actúa en su propio nombre, sin que el mandante intervenga en modo alguno en el contrato; 2.º, el que, por efecto de una venta, cesión u otro acto simulado, aparece investido de todos los derechos de propietario, y en este caso el contrato manifiesto oculta la realidad de un mandato; 3.º, el titular aparente de un derecho cuya enajenación, aunque ha sido consentida, se estima no realizada respecto a terceros, por defecto de una forma de publicidad (transcripción, notificación) (7).

Detengámonos en este punto. Hay que notar, ante todo, el modo

(6) COSTE, *De la convention de prêt-nom*, París, 1891.

(7) IDEM, *ob. cit.*, págs. 1-27.

peregrino como se hace entrar dentro de la categoría de la simulación el mandato para obrar en nombre propio: sólo porque el mandato ha de permanecer oculto, secreto, existe un mandato disimulado. Pero se olvida que la ocultación de la verdad no constituye por sí sola una simulación, aunque se convierta en ella si la verdad se desfigura bajo una forma aparente. El mandatario, por el hecho de que cuando contrata se guarda su mandato y no lo muestre al tercero, no incurre en simulación: obra simplemente en su propio nombre, ejecutando de un modo especial el mandato, que si es ley entre los que lo contrataron, no es preciso que extienda sus efectos a los terceros. Es erróneo concluir que porque el mandatario se ofrezca personalmente como contratante, ello implica contradicción con un obrar por cuenta de otro y, por tanto, representa un disimulo del mandato y una simulación del interés y la voluntad de obrar por sí. En tal supuesto, se habla de simulación en sentido vulgar, no en sentido jurídico. El mandatario puede tener, y tiene muchas veces, la voluntad de ser contratante, aunque proceda en interés de otra persona y con la intención de que el mandante le sustituya en los resultados del contrato (8). Admiremos la construcción elegante de que se vale Coste para dar fuerza a su concepción. Aquí, dice, la simulación es relativa, en el sentido de que el acto sólo resulta simulado respecto de aquel que se denomina adquirente, cuando, en realidad, es mandatario; lo contrario de lo que sucede respecto al tercero, para el cual el acto es verdadero, por cuanto no existe de su parte simulación alguna (9). Pero, a nuestro juicio, no proceden simuladamente ni unos ni otros, porque el hecho de que el contratante resulte adquiriendo en nombre propio no se opone a que con ello y mediante ello haya obrado por encargo de otro. Y, además, ¿cómo podría concebirse una simulación que lo fuera en un contratante y no en el otro, es decir, una simulación unilateral?

Así, pues, podemos afirmar que el primer tipo de testafierro no es *testafierro* en el sentido técnico de sujeto fingido del negocio jurídico.

Pasemos ahora al examen de otros casos que se agrupan también dentro de la misma categoría.

(8) V. LEREBOURS-PIGEONNIERE, ob. cit., pág. 38.

(9) COSTE, ob. cit., pág. 18.

Se considera testafierro a aquel que recibe en virtud de un acto fingido, porque este acto contiene en sí un mandato. Si, por lo que respecta al primer tipo de testafierro, hemos tenido que reconocer una injerencia errónea de los principios de la simulación en el mandato, aquí, a la inversa, hemos de reconocer una influencia errónea de los principios del mandato en la doctrina de la simulación. Combatimos ya la teoría equivocada de que la simulación absoluta implica un encargo para actuar en tal o cual sentido, y sostuvimos que los casos que se suponen comprendidos en tal concepto son más bien negocios fiduciarios que simulados. Debe, pues, excluirse en absoluto la posibilidad de que el contratante fingido sea un mandatario. Aún podría concebirse un mandato disimulado bajo la forma de una cesión; pero entonces tendríamos simulación relativa, no absoluta, y, de todos modos, sólo existiría un mandato sin representación en que el mandatario obraría en nombre propio y sería, por lo mismo, contratante real y verdadero —lo cual hace imposible que su figura entre en el terreno de la simulación—. Sería un mandatario, aunque su cualidad se disfrazara.

Viene, finalmente, el tercer tipo de testafierro: el que se despoja de los derechos que le pertenecen, pero que, por no haberse publicado o notificado la transmisión, sigue figurando como titular frente a los terceros. Tampoco éste puede ser un testafierro en el sentido y según el concepto de Coste. En efecto, no es un titular *simulado*, porque, *en realidad*, se ha desposeído de sus derechos y, si continúa figurando como investido de los mismos, esto es una consecuencia refleja de otras normas que imponen la publicidad para garantía de los terceros, y no el resultado de su voluntad, de constituirse en esa situación para fines de engaño, lo cual excluye toda idea de simulación. Pero tampoco es un *mandatario* como quería Lerebours-Pigeonnière, que también reproduce este tipo de testafierro. El suponer un mandato del adquirente en su propio beneficio es una ficción, no sólo privada de toda base positiva, sino también contraria a la lógica y a la realidad. Cuando el que fue titular del derecho transmitido, aprovechándose de la situación de las cosas, ejercitase de nuevo el derecho que ya no le pertenecía, tendríamos realmente un *abuso* de la posición jurídica que resulta indirectamente para una persona, con la con-

siguiente responsabilidad de indemnizar, y no la ejecución de un pretendido encargo del sucesor de aquélla. ¡Ni tampoco hay necesidad de forzar las cosas, recurriendo a la hipótesis de un mandato legal, para explicar la validez de los actos celebrados por el propietario aparente, en el caso de haberse omitido la publicidad de la transferencia!

Así, pues, en resumen, diremos que bajo la expresión equívoca de testafierro se ha comprendido:

- 1.º Un caso de mandato (mandato en nombre propio).
- 2.º Un caso de simulación (mandato hipotético).
- 3.º Un caso de titular aparente, que no lo es de mandato ni de simulación.

¡Y se ha tenido el valor de someter esta agrupación de tipos distintos a la misma regulación jurídica! Nótese, además, que en esta mezcolanza la verdadera figura del testafierro, como sujeto disimulado del negocio, no se ha tenido realmente en cuenta y parece hasta desconocida.

Vengamos ahora a la disciplina jurídica que Coste aplica a estas figuras. Puede imaginarse, en vista de los elementos heterogéneos de que resulta el concepto de testafierro, cuán heterogénea y mixta de principios de mandato y simulación habrá de ser también la disciplina aplicada y cómo en ella habrán de dominar los principios de la simulación por la influencia fascinadora que el origen histórico de las palabras ha ejercido siempre en la mente de los juristas.

Relaciones entre el testafierro y los terceros.—Respecto a los terceros, el testafierro debe considerarse como si fuera realmente el titular del negocio jurídico. Aunque mero titular aparente, está investido frente a terceros de todos los derechos del verdadero propietario. Así, pues, tratando con ellos queda obligado a garantizar las reclamaciones en juicio para obtener el reconocimiento de los derechos, ha de realizar actos de conservación y dispone válidamente, enajenando, hipotecando, etc.; porque la simulación no puede oponerse a terceros. Es necesario, sin embargo, que estos últimos procedan de buena fe y no hayan adquirido a título gratuito, porque en otro caso el perjudicado podría reivindicar.

El mismo derecho corresponde a los acreedores del *dominus* contra los terceros adquirentes (10).

Como dijimos antes, la regulación de estas relaciones se ha inspirado preferentemente en los principios de la simulación, principios inaplicables al mandatario que actúa en su propio nombre y que se convierte también en un tipo de testafierro. Esta idea se ve a través de las palabras empleadas. Al testafierro se le denomina propietario aparente, fingido, visible, en oposición al propietario verdadero, que habría de ser el mandante; concepto inaceptable para el mandatario que actúa en nombre propio, el cual, jurídicamente, es el único titular de los derechos adquiridos y el solo deudor de las obligaciones por él asumidas. Además, si es cierto que, tanto el contratante simulado como el mandatario, en sus relaciones con los terceros, aparecen investidos de los derechos y obligaciones derivados de contrato, son muy distintos la justificación, el alcance y las condiciones de esta posición jurídica. En efecto, mientras en la simulación dicho resultado se produce, excepcionalmente, a causa de la imposibilidad de oponer a terceros las contradecларaciones de los que simulan, en el mandato el mismo resultado se deriva normal y necesariamente del obrar en nombre propio. Y no es sólo esto; es que, así como para el adquirente simulado puede alegarse la contraposición entre sus dos cualidades diversas frente a los terceros y frente al otro contratante esta contraposición carece de valor en el caso del mandato, pues el mandatario en nombre propio es frente a todos, incluso el mandante, titular efectivo de los derechos estipulados.

La misma cuestión que suscita Coste respecto a la buena fe de los terceros, decidiendo que estos últimos no pueden reclamar protección alguna cuando conocen la cualidad real del contratante de persona no interesada en el contrato, tiene razón de ser tratándose del contratante fingido, al cual debe aplicarse el artículo 1.321 del Código de Napoleón —1.319 del italiano—; pero representa una anomalía respecto del mandatario que actúa en nombre propio, cuya cualidad, aún conocida, no altera la posición de los terceros. Así, cuando contrata un comisionista —al cual se ha llamado el *mandatario de profesión*—, todos saben que no contrata en su propio interés, y, sin embargo, no se produce acción

(10) COSTE, ob. cit., págs. 28-46.

alguna con respecto a persona distinta. Y lo mismo podemos decir por lo que se refiere al requisito de que la adquisición de los terceros sea a título oneroso, que Coste, haciendo una falsa aplicación analógica de los requisitos de la acción Pauliana, exige para que pueda otorgarse a los terceros la protección de la ley. Si esta exigencia puede discutirse respecto de los casos de simulación, es totalmente absurda refiriéndola al mandato.

Pero la falta de armonía de todo este sistema resulta aún más estridente cuando se trata de regular las relaciones entre el comitente y los terceros. Se dice que los terceros sólo pueden accionar directamente contra el testafarro, que es el responsable frente a ellos, pero no contra el verdadero interesado, que permanece oculto y quiere suprimir su personalidad, y respecto del cual sólo pueden tener, en su caso, la acción subrogatoria (11). Pero este principio, que es verdadero en el caso de mandato no representativo, es falso en materia de simulación, porque el efecto jurídico de considerar al testafarro como deudor personal, etc., que es una realidad de que no cabe prescindir en el mandato, es, en cambio, un favor para los terceros, en el caso de la simulación, y, por tanto, los favorecidos pueden apartarse de lo que les beneficia. El principio de que las contradecaraciones privadas no pueden oponerse a los terceros se ha establecido en beneficio de éstos, no en contra suya; y de aquí que, una vez descubierta la mera apariencia del negocio, puedan los terceros renunciar a la norma que les protege y, sobre la base de que se trata de un negocio fingido, accionar en contra del contratante oculto, como verdadero deudor y responsable, dejando a un lado la figura postiza del testafarro.

No se encuentra una homogeneidad mayor de trato jurídico en lo relativo a las relaciones entre el testafarro y el comitente. El testafarro, dice Coste, es un verdadero mandatario respecto al comitente (12). No hay duda alguna en lo que se refiere al mandato, pero no existe siquiera sombra de verdad en orden a la simulación. Es importante, sin embargo, que nos fijemos en una consecuencia extraña que el autor deriva de sus premisas. El testafarro, que frente a los terceros se ha convertido en propietario, no es ni un solo instante *propietario verdadero* respecto del

comitente, el cual puede, por lo mismo, reivindicar la propiedad de los bienes adquiridos. Y la confusión no puede ser más evidente.

Si ello tiene valor por lo que se refiere al adquirente fingido, no cabe repetirlo en cuanto al mandatario para actuar en nombre propio, el cual, cuando adquiere, se convierte en propietario, y no puede intentarse contra él acción alguna reivindicatoria, puesto que obró sin representación. El interesado no tiene, por tanto, acción real para recobrar la propiedad de lo que posee el testafarro, sino únicamente un crédito personal para obtener la transmisión en cumplimiento del mandato.

Se ve, pues, que el hecho de englobar en una figura dos hipótesis distintas ha producido una regulación jurídica estridente y contradictoria.

48.—Frente a tanta confusión, Lerebours-Pigeonnière, con intención laudable, ha tratado de separar la figura jurídica del mandatario en nombre propio de la teoría de la simulación; pero ha caído en el exceso contrario, absorbiendo en la figura del mandatario la del contratante simulado. Me apresuro, sin embargo, a notar que este trabajo es, sin comparación, superior al de Coste, por su carácter científico y por la elección de su doctrina, que está al corriente de los estudios más modernos.

El autor define al testafarro: *un mandatario o gestor de negocios, que no representa al "dominus", sino que toma en el contrato o en el juicio la función de una parte*. Sus caracteres son los siguientes: es un *remplaçant*, uno que sustituye al *dominus* en un acto que le afecta y en el cual intervendrá más tarde, y es también *un contratante en nombre propio*, que, por tanto, obra sin representación. Los poderes del testafarro pueden derivarse del mandato de la ley: en el primer caso, la autorización para sustituir se otorgó anticipadamente por el *dueño* del negocio; en el segundo caso, resulta de un precepto legislativo. Debemos examinar este segundo grupo. El autor, siguiendo las huellas de la jurisprudencia, recuerda el caso del heredero aparente, cuyas disposiciones a título oneroso respecto de terceros de buena fe se consideran eficaces; el del propietario enajenante que, hasta el momento de transcribirse el acto traslativo del dominio, se reputa investido frente a los terceros de un mandato legal para obrar

(11) COSTE, ob. cit., págs. 53-78.

(12) IDEM, ob. cit., págs. 79-82.

como dueño; y, finalmente, el del titular fingido sobre la base de un contrato imaginario, el cual, a consecuencia de la ineficacia de las *contre-lettres*, se considera investido por la ley, respecto de los terceros, de un mandato para sustituir al interesado (13).

Este es el punto en que Lerebours-Pigeonnière no se sustrae a la corriente doctrinal y rinde homenaje a la confusión clásica de la simulación y el mandato. Es tan forzada como artificiosa la construcción jurídica de un mandato legal en todos aquellos casos en que la ley, para proteger la buena fe de los terceros, mantiene el vigor de los actos realizados por quien carecía de derecho para llevarlos a cabo. Si la ley equipara, por excepción, la realidad con la apariencia, y da igual eficacia al acto de quien parecía tener derecho para el mismo que al de quien obraba investido de un derecho real y verdadero, es, ciertamente, para tutelar las expectativas legítimas de los terceros (14), pero esto no autoriza la hipótesis de un mandato atribuido al falso titular, porque, cuando no otra cosa, podría oponerse a ello la siguiente objeción perentoria: el titular aparente que ejercita a sabiendas un derecho que no tiene, realiza un abuso de poder, una invasión ilícita en la esfera jurídica de otro, y está sujeto a responsabilidad; mientras que, si fuera realmente un mandatario legal, no haría más que ejercitar lícitamente su derecho y no tendría obligación de indemnizar. Y no se salva tampoco la teoría con decir que el mandato existe para los terceros y no respecto del propietario, porque esta doble posición, que más adelante combatiremos, no puede concebirse en Derecho: una relación jurídica, en efecto, es o no es. El mandato tácito resulta, por lo mismo, uno de tantos expedientes a que se acude para introducir en la ley principios que no existen en ella, pero que la ciencia quiere encontrar en la misma.

Pero, aun dejando a un lado estas consideraciones, el haber hecho entrar los casos indicados en la figura del testafarro estropea toda la concepción de Lerebours-Pigeonnière, y el equívoco, que salió de mala manera por la puerta, se introduce por la ventana. En efecto, vuelven a presentarse las incoherencias. ¿Es necesario que la adquisición sea a título oneroso para que el testa-

ferro exista? Sí, responde el autor cuando habla del heredero aparente; pero dudo que pueda aplicar la misma solución a todo mandatario en nombre propio. ¿Es necesaria la buena fe de los terceros que tratan con el testafarro? Sí, responde el autor con cierta vacilación cuando se ocupa del contratante simulado; pero en otro lugar dice explícitamente que el conocimiento de los terceros acerca de la cualidad de *remplaçant* y la misma confesión de este último acerca de su propio carácter, no impide que siga considerándose como parte en el contrato, ni, por tanto, que surjan para él derechos y obligaciones. Además, cabe oponer aquí también la excepción ya opuesta a Coste, de que en el caso de simulación los terceros pueden muy bien dirigirse contra el verdadero propietario pasando por encima del testafarro, cosa que normalmente no puede admitirse en el mandato sin representación.

Pero vengamos a los efectos de la actuación del testafarro. Lerebours-Pigeonnière comienza sentando proposiciones de carácter general que le sirven de base para regular las relaciones especiales entre las partes. En primer término, para el tercero que trata con el testafarro no tiene importancia alguna la cualidad de *remplaçant* de aquel con quien contrató, y por eso los derechos y las obligaciones se producen respecto del testafarro que sigue considerándose como parte en el contrato. ¿Pero cómo deberá juzgarse el acto del testafarro en las relaciones entre éste y el *dominus*? El autor confiesa que la teoría dominante estima que cuando falta la representación, los efectos se atribuyen al testafarro y éste sólo queda obligado a transferirlos al dueño del negocio, traduciéndose su obligación, caso de incumplimiento, en una responsabilidad personal suya. Pero cree que este sistema es inadecuado y produce consecuencias desastrosas. Por otra parte, considera que es insuficiente el remedio de la acción subrogatoria porque esta acción sufriría en el patrimonio del testafarro la concurrencia de los otros acreedores personales, y no gozaría de privilegio alguno a falta de disposición expresa de la ley. Por eso querría que el *dominus* pudiera sustituirse inmediata y originariamente al testafarro en la titularidad de los derechos adquiridos, sin tener que pasar por la buena fe y solvencia del mismo. Y llega a este resultado mediante una peligrosa analogía. Buscando el fundamento de la representación, y una vez rechazadas

(13) LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Du prete-nom ou gérant d'affaires*, París, 1898.

(14) V. la Prolusión de VENEZIAN, *La tutela dell'aspettativa*, Bolonia, 1901.

las otras teorías, el autor cree encontrarlo en la situación respectiva de las partes. La representación, dice, es una ficción por consecuencia de la cual los efectos del contrato se producen, no para el patrimonio del que contrata, sino para el de su representado. La ley concede este efecto para dar una solución adecuada a la posición respectiva de los contratantes, ya que uno de ellos ha prometido sustituir su voluntad a la de otra persona; y el hecho de que esta sustitución haya sido convenida es lo que determina al legislador a colocar de nuevo al dueño del negocio en el lugar del mandatario para hacer más directo y más perfecto el cumplimiento de la obligación. El mismo fundamento existe en el caso de mandato no representativo, y de aquí que, en tal supuesto, deba producirse el mismo efecto que en el caso de representación, si bien dejando a salvo el derecho del tercero.

Esta concepción es inadmisibles. Para convencerse de ello bastará observar que la representación no es una ficción y tiene un fundamento distinto del que imagina el autor de que nos ocupamos. La ley, para que el individuo pueda extender sus actividades, le permite valerse de la personalidad de otro, el cual, contratando por cuenta ajena, hace que los efectos del negocio se produzcan para el primero. No es que se finja que el representante sea el representado, sino que el representante sustituye la propia voluntad del representado en el negocio jurídico, con lo cual las consecuencias normales de éste se producen para el que autorizó la sustitución. Existe, pues, un poder de voluntad al servicio de otra voluntad; pero el negocio, en su estructura y su eficacia, queda siendo propio del *dominus*. De todos modos, el intérprete no puede nunca, partiendo de una identidad hipotética del fundamento de dos instituciones distintas, someterlas a la misma regulación, porque esto excede los límites de la analogía más atrevida. Por otra parte, la cuestión no cabe dentro de nuestro derecho, pues el art. 1.744 del Código civil ha resuelto el problema en el sentido de que no existe acción alguna entre los terceros y el *dominus* cuando el mandatario obra en nombre propio.

Aún debemos hacer notar cómo esta idea de Lerebours-Pigeonnière, que constituye el punto de partida y el vicio original de su teoría, produce una situación extravagante y equívoca entre las partes. En efecto, mientras el *dominus* se sustituye inmedia-

ta y originariamente en todos los derechos y créditos del testafarro y adquiere, como titular, el ejercicio de los mismos, el testafarro queda obligado a las deudas. Así tenemos una sustitución en el activo y no en el pasivo, y el tercero tiene frente a sí al *dominus* como acreedor y al testafarro como deudor. Esta situación que, procediendo con rigor lógico, resulta de las premisas del autor y que él acepta, me parece falta de armonía, incongruente. Ante todo, es de suma gravedad para el testafarro encontrarse con una responsabilidad sin la posición correlativa de titular activo. Pero no es tampoco indiferente para el tercero, como cree el autor, que se destaquen de ese modo los lados activo y pasivo de la relación jurídica, porque el tercero tiene interés, cuando menos desde el punto de vista de la garantía de su derecho, en que la persona que como obligada está frente a él tenga siquiera la titularidad del dominio o derechos resultantes del contrato. Está bien que Lerebours-Pigeonnière trate de remediar lo posible la insolvencia del testafarro diciendo que el *dominus* responde también como fiador solidario; pero ello no hace más que aumentar la confusión.

Y permítaseme suscitar en este punto la sospecha de que Lerebours haya cedido, sin querer, a la tendencia de regular estas relaciones con el molde de la simulación, intentando hacer desaparecer hasta donde ello fuera posible la figura del testafarro y sustituyéndole el *dominus*, no obstante convenir en que no existe representación. A ello me autoriza el tono con que el autor se expresa más de una vez sobre este extremo. Así, por ejemplo, una vez dice: "en resumidas cuentas, el propietario no puede lamentarse de quedar obligado, respecto del tercero, porque el contrato se hizo sólo para él y la deuda por él se contrajo, debiendo, por tanto, ser su patrimonio el que cargue hasta con los mismos gastos que el contrato ocasionó" (15). Y en otro lugar añade: "si el testafarro permanece como deudor, en realidad está obligado en el lugar del *dominus*" (16), "el testafarro en el fondo es ajeno a los derechos que pertenecen al *dominus*" (17). Finalmente, encontramos esta otra expresión: "si el testafarro retiene todavía en apariencia el derecho estipulado por cuenta del dueño del nego-

(15) Ob. cit., pág. 208.

(16) Ob. cit., pág. 219.

(17) Ob. cit., pág. 224.

cio"... (18). Todo esto, repito, hace nacer en mí la sospecha de una aproximación inconsciente de ambas instituciones, las cuales, como por efecto de una fatalidad, tienden a estrecharse y a poner en común sus propias normas; pero, sea de ello lo que quiera, podemos afirmar que el estudio, tan estimable, de Lerebours-Pigeonnière no aporta una contribución decisiva para determinar el carácter del testafarro y deja en la penumbra la figura del contratante fingido.

49.—Haremos ahora brevemente una revisión sintética del resto de la doctrina francesa e italiana. Guillaud (19) dice que el testafarro, a diferencia del mandatario normal, obra en su propio nombre, de lo cual resulta que el vínculo contractual se establece directamente entre él y los terceros. El testafarro es titular *aparente* del negocio, pero el mandante, desde el momento en que le ha dado este carácter, se ha desposeído frente a los terceros de la posibilidad de desconocer los actos del testafarro. Otra cosa sería si los terceros conocieran la cualidad de testafarro del mandatario y la limitación de sus facultades al celebrar con él un acto que traspasa los límites de su mandato porque en tal supuesto se harían cómplices de un fraude y no podrían invocar el acto contra el mandante (?). Lo mismo sucedería si los terceros, a sabiendas, trataran con el testafarro después de la muerte del mandante, pues no podrían ampararse en el acto realizado para accionar contra los herederos del último (?).

(Para no ver aquí una contradicción hace falta admitir, como supuesto fundamental, que la institución del testafarro produce los mismos efectos que la representación.)

Planiol (20) dice que la convención de que nace el testafarro es el contrato por el que una persona encarga a otra realizar un acto del mismo modo que si fuera el verdadero titular del derecho; y que se diferencia del mandato porque éste implica representación (?), mientras que el empleo de un testafarro la excluye, constituyendo un mandato *disimulado*, por cuanto se mantiene secreto (!). En las relaciones con el contratante, el testafarro debe tratarse como un mandatario, y en el fondo no es más que

eso. Por ello, no podrá retener para sí los bienes adquiridos o los créditos a exigir, sino que habrá de rendir cuentas a su mandante. Pero respecto de los terceros, que no conocen, o se considera que ignoran, la cualidad del testafarro, éste es el que resulta acreedor, deudor, propietario; y de aquí que sólo a él puedan demandar en juicio y sólo por él puedan ser demandados. El acto es eficaz *en su apariencia*. (Yo diría más bien *en su realidad*; pero aquí aparece en todo momento la injerencia de los principios de la simulación.)

Y el mismo Glasson (21), que empieza diciendo que la interposición de persona puede ser una forma de simulación, y sigue observando que este procedimiento *se parece* al mandato, acaba por reconocer que aquí tenemos el empleo de un mandato especial semejante a la comisión.

En Italia, la teoría del testafarro, como mandatario que actúa en nombre propio, auxiliada por una exacta y clara expresión de la ley (art. 1.744), ha escapado a estos defectos, y de ella puede encontrarse una exposición muy autorizada en el estudio de Tartufari (22); pero, cuando se trata del testafarro en los contratos simulados, vuelve la confusión en toda su plenitud, y nuestros escritores repiten todas las lindezas de los franceses (23). Algunos parece que incluso ignoran esta figura jurídica, y se refieren simplemente al caso del mandatario; y luego cuando se trata de regular estas relaciones —la piedra de toque de todas las teorías—, vienen a mezclarse en una conjunción extraña los principios más heterogéneos. La fórmula simplicista en que se condensa toda la doctrina sobre la materia es la siguiente: el testafarro es un mandatario *respecto al contratante*, y un titular *respecto a los terceros*. Este concepto no es verdadero en materia de simulación, porque el contratante simulado no es ni mandatario ni titular. Pero la contraposición expresada no es tampoco exacta, aun refiriéndola al mandatario en nombre propio. Esta pretensión de asignar a la misma persona una cualidad distinta en las relaciones internas y externas una cualidad mudable y relativa, resulta ilógica por completo. El testafarro, en cuanto actúa en nom-

(18) Ob. cit., pág. 224.

(19) *Traité des contrats aléat. et du mandat*, pág. 335.

(20) *Droit civil*, II, n. 2266 y sigs.

(21) *Théorie de la Simulation*, págs. 58-60.

(22) *Rappresentanza*, n. 40 y sigs., págs. 59 y sigs.

(23) V. STERRIO, *Delle persone interposte*, § 6, págs. 41 y sigs.

bre propio, es un contratante verdadero y único, aun cuando haya realizado la operación para dar cumplimiento a un encargo. Es, a un mismo tiempo titular y mandatario, y coincide en él esta doble cualidad porque la una no es incompatible con la otra, a no ser que el mandato sea necesariamente representativo. Y es titular, no sólo frente a los terceros, sino también respecto del mandante, el cual sólo tiene contra él una mera acción personal, como es mandatario, no sólo para el mandante, sino también para los terceros, los cuales, en su caso, podrían reobrar contra el interesado valiéndose de la acción subrogatoria. No se trata, pues, de una relación bifronte, con dos lados, sino de una doble relación que coexiste en la misma persona.

50.—No cabe intentar una construcción si no se distinguen con claridad las dos instituciones que, por vicisitudes históricas, han influido entre sí de modo tan funesto. Y para que la distinción resulte más clara, no vacilaré en sacrificar los mismos nombres. La doctrina no podrá quejarse de ello: perderá una palabra y ganará en la limpieza de los conceptos.

Al celebrarse un negocio jurídico, cabe que se *interponga* una persona extraña con el fin de ocultar al verdadero interesado. Esta persona sirve de *intermediario*, de *eslabón* entre los que quieren conseguir los efectos de un acto jurídico. Los caracteres que la distinguen, en general, son: 1.º *Ponerse entre* dos que deben ligarse directamente en el negocio, o entre los cuales debe descansar en definitiva el contenido patrimonial del mismo, sin que el intermediario tenga en el negocio un interés personal. 2.º Su *función de ocultar* al verdadero dueño del negocio, que quiere permanecer entre bastidores. Esta figura genérica se llama *persona interpuesta*. Scheurl la denomina *Zwischenperson*; Regelsberger, *Mittelmann* o *Ersatzmann*, y Lerebous *remplaçant*, expresiones distintas, pero que todas ellas nos dan el concepto específico de la interposición.

Pero esta intromisión de un tercero en las relaciones contractuales de otro puede revestir distinta *forma jurídica*. Y aquí se impone una división de las personas interpuestas en dos grandes categorías, a saber: *personas interpuestas reales* y *personas interpuestas simuladas*.

El intermediario puede intervenir en el contrato, o como contratante efectivo —entablando la relación jurídica en su propio

nombre y convirtiéndose de este modo en titular de los derechos y obligaciones que derivan de la misma para inmediatamente *volverlos a transferir* al dueño del negocio, que se ha mantenido apartado de éste—, o por mera apariencia, como contratante ficticio, cuando en realidad la relación se establece entre el tercero y el interesado, que no comparece en el contrato. En el primer caso tenemos una combinación de actos jurídicos; en el segundo, un solo acto jurídico cubierto con un velo que lo disimula; pero en ambos supuestos se llega aproximadamente al mismo resultado final.

En el uno existe un intermediario real, un fraccionamiento de la relación que pasa a través de la persona interpuesta; en el otro, un intermediario no real, una apariencia de intromisión en la relación entablada que, en realidad, existe directamente entre los dos titulares. Y este distinto modo de presentarse la persona interpuesta impone una actitud diversa en cada caso y consecuencias jurídicas diversas también. De aquí que debamos tratar separadamente una y otra especie de interposición, las cuales permanecen distintas y autónomas entre sí, aunque se enlacen en un concepto único.

Trataremos primeramente de la interposición *real*, advirtiendo de antemano que esta figura es totalmente extraña a la simulación, y que, si nos ocupamos de ella en este lugar, es para afirmar la separación indicada y acentuar sus diferencias con la persona interpuesta fingida, que es la *única* que tiene derecho a ocupar un puesto en la teoría de los contratos simulados.

El intermediario real actúa como *verdadero contratante* en el negocio jurídico: la relación, en lugar de desenvolverse entre las dos partes se desenvuelve entre tres personas, quedando el intermediario colocado en medio de ellas para recibir y volver a transmitir, o para obligarse y ser exonerado de su obligación. El último efecto del negocio jurídico se producirá entre los verdaderos interesados; pero antes es preciso que pase por la persona interpuesta, la cual, transitoria, pero necesariamente, debe adquirir para su patrimonio la propiedad o los créditos resultantes del contrato y las responsabilidades o deudas correlativas. Durante esta etapa transitoria se convierte en propietario como se convierte en deudor; pero lo uno y lo otro *realmente*, aun cuando desde el punto

de vista económico no pueda decirse que su patrimonio se aumente o disminuya, que es lo que en parte ha hecho creer que se trataba de un titular aparente. Para desvanecer por completo esta ilusión juzgamos oportuno proscribir de esta figura el término equívoco de testafierro, que no aparece en nuestras leyes y que histórica y etimológicamente se reserva a la persona interpuesta de carácter fingido.

El intermediario real, según las diversas actividades que despliega, puede encontrarse en dos situaciones distintas: puede realizar un acto de los que no suponen una cualidad especial en el agente, como hacer una adquisición contraer una deuda, si bien en interés de otro, o realizar un acto de los que requieren por parte del agente una posición preestablecida, una vocación determinada, un derecho anterior (24), como hacer una enajenación, perdonar una deuda, etc., lo cual supone en el agente la cualidad de propietario o acreedor. En este segundo caso, la persona interpuesta ha sido previamente investida del derecho de que tiene que disponer.

En la primera de dichas categorías de actos, la interposición existe desde el primer momento, y a ella sigue la ejecución del encargo recibido por parte de la persona interpuesta; en la otra, la interposición existe en el momento de ejecutar la disposición, y a ella ha precedido la investidura del derecho al enajenante. En el primer caso, el negocio se inicia por la persona interpuesta, que produce un efecto jurídico para echarlo sobre otra persona; en el segundo, la iniciativa parte del contratante, que coloca a la persona interpuesta en la posibilidad de realizar el acto para el cual necesita su intervención.

¿Y cuál es el carácter jurídico de la persona interpuesta, en estas dos distintas situaciones? En la primera es un *mandatario en nombre propio*; en la segunda, un *fiduciario*; concepciones muy próximas entre sí y que ambas conducen al mismo resultado jurídico. Ninguna duda puede existir por lo que respecta al primer caso, donde la doctrina está conforme; pero en el segundo punto necesita una mayor justificación. Creo que, hablando con propiedad, es un fiduciario lo que se encuentra en la persona interpues-

(24) LABRÉ, *Représentation dans les actes juridiques* (Apéndice al ORTOLAN, *Institutes*, I, pág. 869.

ta con el fin de transmitir a otro un derecho real o de crédito atribuido a ella previamente. Concurren, en efecto, todos los requisitos de esta institución. Tenemos un *titular en nombre propio* de derechos de que *no debe usar en su propio interés* y que ha recibido con *este destino*. Se ve claro también el elemento de confianza que va unido a la relación fiduciaria, pues el contratante otorga un poder jurídico ilimitado a la persona interpuesta, aunque con la inteligencia secreta de que no usará del mismo en beneficio propio, sino que lo transmitirá a otros; con lo cual, de verdadero propietario o acreedor se reduce a mero conducto transmisor.

Estos elementos faltan, en cambio, en el primero caso. No hay relación alguna de confianza, por cuanto el contratante no confiere a la persona interpuesta ningún derecho para adquirir u obligarse —y falta, por tanto, la transmisión patrimonial que habría de servir de sustento o base a la actuación fiduciaria—; y en segundo lugar, si la persona interpuesta adquiere la propiedad, no la recibe con la obligación de no usar de ella en interés propio (25), porque esta obligación se deriva entonces de algo exterior a la adquisición y proviene de persona distinta. Finalmente, no se concibe una transmisión fiduciaria respecto de las deudas. Queda, pues, en tal caso, el simple mandato, el encargo que da el contratante a la persona interpuesta para obrar en su propio interés, adquiriendo un derecho o contrayendo una obligación —mientras que en el segundo caso el encargado se enlaza con la atribución patrimonial y sirve, obligatoriamente, para limitarla a la finalidad fiduciaria que la motivó—. De todos modos, la disciplina jurídica de ambas instituciones se mantiene idéntica, porque la persona interpuesta adquiere siempre en su propio nombre una situación jurídica que, por uno u otro motivo —mandato o *lex fiduciae*—, está obligada personalmente a transmitir a los demás.

Los fines que determinan la interposición de persona varían según los casos. O el contratante quiere ocultarse de la otra parte, o quiere ocultarse de la ley para burlar una incapacidad o una prohibición. Considerada en sí la misma, la interposición es indiferente desde el punto de vista jurídico, y se caracteriza como lícita

(25) V. SCHULTZE, *Treuhänder im geltend., bürgerl. Recht* (Jher. Jahrb., 43, página 2).

o ilícita, según la finalidad que con ella se quiere lograr en cada caso concreto (26). En el segundo supuesto constituye siempre un *fraus legis* en sentido técnico (27). En efecto, se da entonces una violación indirecta de la ley, mediante la combinación de varios actos jurídicos reales y verdaderos que, en conjunto, producen un resultado análogo al que la ley prohíbe.

Por estas consideraciones juzgamos inaceptable la construcción de las personas interpuestas que nos ofrece Sterio (28). Se ha detenido en una sola hipótesis, acaso la más frecuente, de interposición, y ha llegado a una concepción estrecha y unilateral. Para Sterio, la persona interpuesta es la encargada secretamente de hacer llegar a otras la utilidad de una disposición que aparentemente la beneficia, y que proviene de una parte respecto de la cual sería incapaz de recibir aquella otra en cuyo interés se consiente o estipula. De este concepto resultarían los siguientes requisitos: 1.º, que la interposición sólo puede admitirse en las transmisiones de derechos; 2.º, que la disposición ha de tener un contenido beneficioso, y 3.º, que la persona favorecida ha de ser legalmente incapaz de recibir.

Pues bien; ninguno de estos elementos corresponde a la realidad de las cosas. Hemos visto que la interposición es una figura jurídica de carácter general, posible en cualquier acto jurídico, y no sólo en las transmisiones, sino también en las adquisiciones, obligaciones, etc., etc. No es verdad tampoco que la disposición tenga siempre un contenido útil o ventajoso, puesto que la interposición se da también en los contratos onerosos y la misma ley nos ofrece en sus textos ejemplos bien claros de ello (arts. 1.457 y 1.458). Finalmente, no podemos convenir en que la interposición sea necesariamente fraudulenta y no deba admitirse una interposición lícita como medio indirecto dado a la libertad de los contratantes para conseguir un propósito determinado. Consideraciones sociales, exigencias de defensa económica hacen que muchas veces se sienta la necesidad de recurrir a la intervención de otros para realizar un acto jurídico sin entregarlo a la publicidad, a la maleficencia o sin sufrir el daño de una concurrencia enojosa. No debe

extrañarnos que la ley considere siempre fraudulenta la interposición: la ley manda o prohíbe, y si interviene alguna vez es para reforzar sus sanciones —pero dentro del círculo de sus mandatos está lo lícito jurídicamente como libre desenvolvimiento de la actividad humana.

Examinemos ahora las condiciones de que resulta la interposición real.

Se necesita:

1.º *La existencia de tres personas, una de las cuales se presta a formar, en su propio nombre, el vínculo que interesa en realidad a otra que permanece ajena al contrato.*

De aquí se sigue que la persona interpuesta que ha de intervenir como parte en el negocio tiene que ser capaz jurídicamente para anudar la relación en que interviene. Este principio se encuentra ya en el Derecho romano (II § 2-6, D. 24, 1). Además, el defecto de voluntad o los vicios de la misma que puedan afectar al negocio jurídico habrán de apreciarse en su persona, y no en la del mandante o autor de la fiducia, el cual permanece apartado del contrato.

2.º *El acuerdo entre el que promueve la interposición y la persona interpuesta, acuerdo que determina cómo el intermediario ha de usar del efecto jurídico que obtiene en nombre propio.*

En cambio, no hace falta que el tercero conozca la cualidad de persona interpuesta de quien se encuentra frente a él. Es más: la mayor parte de las veces *no debe* conocerla, porque el engaño va contra tercero. De todos modos, ese conocimiento carece de importancia desde el punto de vista de la eficacia del acto.

Los efectos de la interposición son tan sencillos como definidos. La persona interpuesta queda investida jurídicamente de la relación que establece en su propio nombre y, por tanto, se convierte en propietario y acreedor y tiene el pleno ejercicio de tales derechos, siendo válidas e inatacables las enajenaciones hechas a terceros, aunque éstos conozcan su cualidad, porque, de todos modos, emanan del titular legítimo. Y al entrar en su patrimonio estos derechos constituyen una garantía para sus acreedores personales, y en caso de quiebra forman parte de la masa de bienes, quedando el mandante o *dator fiduciae* reducido a la categoría de un simple *quirografario* no privilegiado, excepto en aquello en

(26) V. esta idea, defendida recientemente, en GARNIER, *Des libéralités par personnes interposées en droit français*. Dijon, 1901 (Tesis doctoral).

(27) V. más atrás, capítulo I, n.º 5.

(28) M. STERIO, *Delle persone interposte*, pags. 7 y sigs. (Torino, 1895).

que le sean aplicables las normas de los artículos 802 y siguientes del Código de Comercio. Desde otro punto de vista, la persona interpuesta se hace responsable personalmente de todas las obligaciones que se derivan del contrato, y debe estar a ellas con todo su patrimonio, aun cuando aquel en cuyo interés intervino no cumpla los compromisos adquiridos o resulte insolvente.

Entre el interesado y la persona interpuesta no hay más que un vínculo obligatorio —mandato o *pactum fiduciae*—, en virtud del cual la persona interpuesta queda comprometida a obrar en interés de otro, a no utilizar en su propio beneficio los derechos adquiridos, a restituir estos últimos al mandante o persona que se convenga; y, de otra parte, el mandante o el *dator fiduciae* promete indemnizar al intermediario por las obligaciones contraídas, reembolsarle todos los gastos y pérdidas y, a veces, pagarle una compensación por intervenir en el asunto. El incumplimiento de estas obligaciones recíprocas sólo da derecho a pedir el resarcimiento de daños y perjuicios; pero el verdadero interesado no podrá nunca sustituir al intermediario en la posición jurídica adquirida por éste, ni siquiera con una autorización judicial, que los Tribunales no pueden otorgarle. Además, debemos advertir que el cumplimiento del encargo o la fiducia no requiere necesariamente que el interesado se coloque por completo en la situación adquirida por la persona interpuesta; ello puede ocurrir, y suele ocurrir en la mayoría de los casos; pero también cabe que falte si el intermediario obtuvo autorización —o, según la finalidad del negocio, puede entenderse que se le dio— para modificar las relaciones patrimoniales resultantes del acto en que intervino, transmitiendo tan sólo un contenido equivalente de utilidad.

Los efectos de la interposición cesan cuando ésta se emplea *in fraudem legis*. Desde el momento en que la ley quiere impedir que se produzca un cierto resultado práctico —es decir, que una persona contraiga un vínculo incompatible con su situación, o sospechoso en la misma, o que obtenga un beneficio a ella vedado—, es indispensable que la relación contraída por la persona interpuesta se declare nula, como si hubiera sido establecida directamente por la persona incapaz. La ley rompe el anillo de la interposición, de tal modo que ni la persona interpuesta ni el verdadero interesado derivan derecho alguno de la relación establecida: el

negocio se tiene por no realizado. Y si la sanción de la ley es inferior a la nulidad total —nulidad parcial, simple anulabilidad, reducción—, la relación establecida por persona interpuesta recibe el mismo trato que si se hubiera entablado directamente; no porque la ley considere a la persona interpuesta como un *medium* indiferente al derecho, sino porque para las finalidades prácticas de la ley es indiferente que la violación se lleve a cabo de un modo y no de otro.

51. — Vengamos ahora a la interposición ficticia como forma especial de la simulación. Los autores, o no se ocupan de ella, o le conceden escasa atención, con lo cual esta figura permanece borrosa e incierta, y aun se pierde mezclada y confundida con otras formas jurídicas. La doctrina, en este punto, parece un campo donde las malas hierbas han crecido con gran pujanza, cubriendo totalmente la superficie e impidiendo reconocer el terreno. Hemos empezado la labor de desbrozo, y ahora nos queda la de estudiar y fijar el concepto, atrofiado y latente, de la figura que nos ocupa en este lugar.

La interposición puede llevarse a cabo fingidamente, es decir, haciendo el interesado que figure otra persona en su puesto, pero permaneciendo él, en realidad, en la situación de verdadero contratante. En ambas interposiciones existe una finalidad de ocultar; pero varía el modo de lograrla. El dueño del negocio 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 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 de contratante. Los derechos y obligaciones no se detienen ni un solo instante en ella, sino que nacen directamente para el patrimonio del *dominus*, el único que ha actuado en el contrato, aunque bajo un nombre mentido. A esta clase de persona interpuesta se le aplican en la práctica denominaciones un tanto grotescas, pero muy llamativas, como *hombre de paja*, *testaferro*, *fantoché*. En efecto, la persona interpuesta es inactiva, pasiva, sin voluntad; no hace más que prestar su nombre, *nomen commodat*. Es un *prestanombre*, en sentido técnico. Y éste

es el caso a que, en mi opinión, debe limitarse el término *prestanombre*, conforme a su origen histórico y para no producir, con la confusión del lenguaje, la confusión de las ideas (29).

El testafarro es un contratante fingido, imaginario.

Hay dos clases de testafarros. Puede resultar esta figura de un contrato absolutamente simulado —así, el comprador aparente es testafarro del enajenante fingido, el acreedor supuesto es testafarro del supuesto deudor, etc.—, y, en este sentido, la figura no tiene carácter específico, carece de significación propia y entra en la teoría de la simulación absoluta. A este grupo pertenecen también el testafarro *ad honorem* de las sociedades mercantiles, los que se prestan a firmar efectos, etc., etc. Otras veces resulta de un negocio jurídico serio en sí mismo, y en el cual la simulación sólo tiene por objeto que figure una persona distinta del verdadero contratante; y entonces es cuando el testafarro adquiere una personalidad propia y definida, constituyendo el eje de una doctrina independiente. En este caso, el testafarro se caracteriza como persona interpuesta, de carácter ficticio, cuyo fin es disfrazar al verdadero contratante, que quiere permanecer oculto.

Este procedimiento constituye un modo especial de simulación. Las partes quieren realmente el negocio, pero se valen de contratantes ficticios para sustraerse al conocimiento de los terceros o de la ley. Esta intervención es la más débil y aparente de todas, y se limita, en realidad, a la simple *aposición de otro nombre* en el instrumento. La persona interpuesta de este modo puede no intervenir ni siquiera materialmente en la formación del contrato, entendiéndose tan sólo que otro se valdrá de su nombre; y aun cuando, para dar verosimilitud al engaño, intervenga y haga la declaración contractual, habrá de caracterizarse jurídicamente como un simple *nuntius*, pues en realidad quien contrata es la persona oculta, siendo el testafarro un mero portavoz y quedando su personalidad desligada y ausente del contrato.

Por eso reputo exacta la definición de Unger, el cual dice que se produce esta clase de simulación *cuando deben ser titulares*

(29) Y éste es el motivo, diremos a nuestra vez, de que en esta traducción hayamos empleado y empleemos en lo sucesivo la palabra "testafarro", corriente en nuestro lenguaje, en equivalencia de *prestanombre*, que, si bien empleada antes de ahora por el autor para las dos formas de interposición, no se adapta en realidad —como tampoco la de *testafarro*—, más que a la interposición fingida. (Nota de los traductores.)

del negocio jurídico personas distintas de aquellas que indican las palabras de la declaración (30). Aquí, la simulación está en los sujetos del negocio, que parecen ser otros que los que son en realidad (31).

Señalado brevemente el concepto de la interposición ficticia, examinemos sus requisitos. Para la formación del negocio sólo se necesita la intervención *jurídica* de dos personas: los verdaderos contratantes, uno de los cuales obra con nombre supuesto. La persona interpuesta es extraña a la relación, y, descubierta la simulación, se evapora por completo. Cuando más, dicha persona presta una simple *cooperación material*, que puede consistir en la mera comparecencia personal como parte del contrato para perfeccionar la *mise en scène* y repetir mecánicamente la declaración que se le dicta al oído. Por ello, los vicios del consentimiento, la capacidad, etc., han de apreciarse en el contratante secreto, y no en la persona interpuesta.

En cambio, para que se produzca la interposición simulada no basta el acuerdo entre el interponente y el testafarro, sino que se requiere asimismo la inteligencia con el tercer contratante. En efecto, consistiendo el acuerdo simulatorio en que comparezca otra persona en el lugar del verdadero contratante, se necesita que tome parte en el mismo acuerdo el tercero, que debe entablar la relación con persona distinta de la que figura en el contrato. Sin su consentimiento tendríamos un propósito unilateral de simulación, no una simulación.

Si al quitar la apariencia ha de resultar visible el negocio celebrado primitivamente con el contratante oculto, que debe sustituirse a la figura postiza del testafarro, es preciso que el tercero haya consentido originariamente en tratar con aquél y conozca el disfraz que adopta. Si A quiere transmitir a B, valiéndose de la persona interpuesta P, es preciso, para que B adquiera, que tome parte en el acuerdo de simular, pues en otro caso no hará adquisición alguna, por cuanto la persona interpuesta no es un representante suyo. O, de otro modo, si A quiere comprar de B por

(30) *System*, II, pág. 120.

(31) La jurisprudencia reconoce esta forma de simulación en las adquisiciones principalmente. V. Apelac. de Catania, 20 oct. 1884 (*Giur. catan.*, 1884, 201); "Los acreedores pueden hacer que se declare propia de su deudor una adquisición, aunque simuladamente figure hecha por otro"; Apelac. de Génova, 31 diciembre 1894 (*Tem. gen.*, 1895, 426).

medio de P, persona interpuesta, es preciso que el vendedor conozca la simulación y tome parte en ella, pues en otro caso la adquisición sería para el testafierro P y no para A.

El acuerdo de simular que sólo existe entre el interponente y la persona interpuesta es, respecto al tercero, una mera reserva mental y, por tanto, ineficaz. De estas nociones puede inducirse cuáles sean los efectos de la interposición simulada. Como la persona interpuesta 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 dé 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 derecho alguno, tampoco queda obligada; y si aparece como deudora, su responsabilidad es ficticia y puede rechazar las acciones que el contratante quiera ejercitar contra ella.

En cambio, la relación se entabla directamente y, 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 sólo 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. A su vez, el interponente consiente esta intromisión, y en ocasiones se obliga a recompensarla.

Cuando la interposición se organiza para violar la ley, las consecuencias de la prohibición —porque la interposición en sí misma es efímera por falta de consentimiento— se aplican a la relación

establecida entre los verdaderos contratantes, aunque bajo la apariencia de otra persona. Pero aquí existe una aplicación pura y directa de la ley, no la represión de un medio indirecto fraudulento.

52.—Después de este examen analítico será útil que comparemos las dos instituciones que bajo el mismo nombre se han sometido a igual disciplina jurídica, señalando al efecto las afinidades y diferencias.

Las dos formas de interposición tienen de común el punto de partida. La una y la otra tratan de ocultar al interesado —el que busca para su patrimonio los efectos jurídicos del acto—; y ambas, para conseguir su fin, se sirven de otra persona que se interpone entre los verdaderos contratantes. En cambio, es diferente, en sentido jurídico, el modo de llevar a cabo esta intromisión.

Las dos instituciones se encuentran también en el terreno de lo ilícito.

Cuando se realiza la interposición para eludir una incapacidad de las leyes prohibitivas, la sanción legal es la misma, cualquiera que sea la forma de la interposición. En efecto, para los fines de la ley, nada importa que la prohibición se viole de uno u otro modo, directamente de manera oculta o manifestamente en forma indirecta. La ley quiere que se obedezcan sus mandatos e inflige la misma pena a los transgresores. Esto ha determinado una aproximación de las dos instituciones en la mente del legislador —lo que quizá haya contribuido a la confusión doctrinal—; porque cuando la ley se ocupa de interposición, no distingue ni tiene por qué distinguir las dos formas de ella. Podemos constatar, además, que en la generalidad de los casos el legislador ha tenido en cuenta principalmente la forma de la interposición simulada; como resulta, entre otras cosas, de la aproximación casi constante de las dos hipótesis, la del disfraz de la naturaleza del contrato y la del disfraz de la persona contratante; pero no cabe duda que ha tenido en cuenta asimismo el caso del fraude, puesto que establece presunciones especiales que se refieren necesariamente, no a la simulación —efímera de suyo—, sino al fraude mismo.

En tres casos se ocupa nuestro Código de las personas interpuestas, a saber:

1.º Respecto a la incapacidad de recibir por testamento o do-