

Introducción a la simulación.
Voluntad y declaración. Noción y
naturaleza. Simulación y función
del negocio. Simulación y buena
fe. Semejanzas y diferencias

Jorge MOSSET ITURRASPE

SUMARIO: 1. *La simulación y los criterios sobre “voluntad” y “declaración”*. 2. *Noción y naturaleza de la simulación*. 3. *Simulación y voluntad real*. 4. *Simulación y declaración*. 5. *Simulación y función del negocio*. 6. *Simulación y pautas de buena fe, creencia y confianza*. 7. *Los vicios del consentimiento*. a) *Error*. b) *Dolo*. 8. *Reserva mental*. 9. *Negocios fiduciarios*. a) *Interposición fiduciaria*. 10. *Negocios indirectos*. 11. *Negocios fraudulentos*. 12. *Penetración y simulación*.

1. La simulación y los criterios sobre “voluntad” y “declaración”

Simulación –del latín *simulare*, que significa imitar, representar lo que no es, fingir– en el lenguaje ordinario significa presentar engañosamente una cosa, como si en verdad existiera como tal, aunque en la realidad no es así. Entre las palabras *simular* y *disimular* hay una verdadera paronimia, las dos reconocen la misma etimología. En la simulación se hace aparecer lo que no existe; en la disimulación se oculta lo que en verdad existe; empero, en uno y otro caso, el propósito es el engaño¹.

Tanto los criterios extremos, que hacen privar a la voluntad o a la declaración –en casos de discrepancia entre lo querido y lo exteriorizado–

¹ Enciclopedia Jurídica Mexicana, México, 2002, t. VI, p. 432.

como las doctrinas intermedias de la responsabilidad y de la confianza, guardan una íntima conexión con el tema de la simulación; con lo relativo a la noción y naturaleza jurídica de la simulación, cuándo se configura y cómo la analiza el ordenamiento.

Para demostrar la verdad de este aserto basta señalar que con motivo de los negocios simulados –ficticios, fingidos, aparentes o *ad pompam*– se discute si hay divergencia entre voluntad y declaración o bien, por el contrario, si cada parte sabe bien lo que quiere decir, actúa a sabiendas o a conciencia; si se trata de dos declaraciones que se anulan entre sí o de una declaración que queda neutralizada; si el negocio simulado es querido como tal o no es querido o sólo es querido como apariencia o mera forma².

Es innegable, por lo demás, que el tema de la simulación de los negocios jurídicos y, entre ellos, de manera especial, de los contratos, recibe como pocos la influencia del medio económico y social en que se celebran: de ahí la dialéctica entre la concepción a la cual adherimos –y creemos ajustada al ordenamiento jurídico nacional– que toma en cuenta la tutela de los destinatarios de la declaración, por encima de los intereses de los declarantes, y, la opuesta, que otorga preferencia a las partes; el bien común, por un lado, enfrentado a los designios de los particulares. El propósito que buscamos conduce a la protección de las legítimas expectativas, de la confianza suscitada por la apariencia, en una palabra, de la buena fe.

Pensamos que la reforma de 1968 –ley 17.711– ha modificado la orientación del Código Civil, en su versión original, en esta materia; el rol preponderante adjudicado a la teoría clásica de la voluntad³, es desempeñado ahora por la teoría opuesta, la de la declaración, con el

² Basta señalar la importancia que otorgan al tema las obras clásicas sobre simulación; así ocurre con la obra de Ferrara (*La simulación*) y entre nosotros con la de Cámara (*La simulación de los actos jurídicos*, Buenos Aires, 1944, en la cual el tema ocupa todo el Cap. I). Como bien afirma Gamarra (*Tratado de Derecho Civil uruguayo*, t. XIII, p. 15), “la simulación se encuentra en el centro de la disputa que mantienen los partidarios del dogma de la voluntad y los de la voluntad declarada y porque, además, su configuración depende de la tesis que se acepte en la teoría general del negocio jurídico”. Brebbia, R. H., *Hechos y actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1979.

³ Cámara, ob. cit., p. 31; Orgaz, A., *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Buenos Aires, 1963, ps. 61 y ss.; Aguiar, *La voluntad jurídica*, p. 48.

correctivo de la confianza y buena fe. Ello se desprende, como veremos en detalle más adelante, de los artículos 473, 1051 y 1198. El artículo 473 permite sostener la validez de los actos realizados por un demente ya declarado, siempre que la demencia no fuera notoria y frente a co-contratantes “de buena fe y a título oneroso”. La solución se funda en la falta de notoriedad, que impide a los destinatarios de la declaración conocer la incapacidad que padecía el sujeto –no obstante existir una resolución judicial inscripta en el Registro del Estado Civil, declarando la interdicción⁴–. El artículo 1051 sienta un principio general de protección a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, frente a vicios que puedan conducir a la nulidad o anulabilidad del negocio jurídico, susceptible de ser extendido a otros supuestos de ineficacia del negocio jurídico –tales como la ineficacia por cumplimiento de la condición resolutoria, la ineficacia como consecuencia de la resolución por el “pacto” o ley comisoria, etcétera⁵–.

En cuanto al artículo 1198, consagra la buena fe objetiva, lealtad, probidad, como principio orientador de “toda la vida del contrato, desde cuando aún no existe hasta cuando ya no existe”; desde los tratos preliminares hasta la fase poscontractual. Pero, además del aspecto señalado, se recepta la buena fe subjetiva, creencia o confianza; de acuerdo con la misma, una parte debe ser protegida en su creencia o expectativa acerca del sentido de la declaración de voluntad de la otra parte, si obró con “cuidado y previsión”, atendiendo a todas las circunstancias que rodeaban el negocio. Al aludir el artículo 1198 a lo que las “partes entendieron o pudieron entender” –aplicable en especial a la interpretación del contrato– y no a lo que ellas quisieron o pudieron querer, da pie a la doctrina de la “declaración”, en detrimento de la clásica de la voluntad⁶.

⁴ Borda, G. A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 90; Spota, A. G., *Sobre las reformas al Código Civil*, Buenos Aires, 1969, ps. 64 y ss.; Morello, A. M., *Impugnación de actos entre vivos por causa de incapacidad, luego de fallecido el agente y en razón de la mala fe del contratante*, en J. A. del 14-11-70, ps. 2 ss.

⁵ Guastavino, E. P., *La protección a terceros adquirentes de inmuebles*, en J. A. del 21-8-72, ps. 2 y ss.; Mosset Iturraspe, J., ponencia a las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 1971.

⁶ Mosset Iturraspe, *Interpretación económica de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, ps. 175 y ss.

Es innegable que el Derecho es el camino a la libertad⁷; es ése el significado sociológico y político de la autonomía de la voluntad y también su carga sentimental y valorativa. Empero aspectos ya señalados, como la “huida del Estado” y el “dejar hacer” en el mercado, requieren la ampliación de los supuestos de antijuridicidad, ya aludidos. Que lo injusto sea antijurídico⁸.

La buena fe, por lo demás, cumple un rol excepcional como elemento “informador” del ordenamiento, tanto en la interpretación como en la integración de las relaciones, como fuente de deberes accesorios o secundarios de conducta⁹. Por todo ello se alude, con razón, a la “quiebra de los paradigmas clásicos”¹⁰.

2. Noción y naturaleza de la simulación

Las particularidades de la simulación –si lícita o ilícita– no posibilitan una noción o definición que avance sobre las especificidades de la figura. Sin embargo, el Proyecto de Reforma del Código Civil de la Argentina, de 1998 –caracterizado por las conceptualizaciones–, trae un artículo 328: “*Definición*. Existe simulación cuando las partes otorgantes del acto aparente han acordado declarar una voluntad distinta de la real”.

Como se observa, se prescinde de avanzar, al dar la noción, sobre las especies: lícita e ilícita. Si bien la simulación, lo hemos visto ya, puede ser conforme a derecho, no es ello lo normal en la vida de los negocios; de ahí que el juez deba, en nuestra opinión, comenzar por calificar su licitud o ilicitud y, para lograrlo, investigar a fondo la *causa simulandi*; de la lectura de los repertorios jurisprudenciales se desprende, casi como

⁷ Fernández Sessarego, C., *El Derecho como libertad*, Studium, Lima, 1987; del mismo eximio jurista: *Derecho y persona*, Inesla, Lima, 1990, y *Abuso del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

⁸ Mosset Iturraspe, J., *Responsabilidad por daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, ts. I, II y III.

⁹ Autores como Ferreira Rubio, Galgano, De los Mozos, Nanni, etc.

¹⁰ Noronha, F., *O direito dos contratos e sus princípios fundamentais*, Saraiva, São Paulo, 1994; Amaral Junior, A. de, *A crise do paradigma contratual e a erosão de suas vertentes estruturais*, en *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993.

regla, la omisión de esta labor fundamental, como si al ordenamiento jurídico le fuera indiferente el porqué de la simulación.

El análisis del motivo determinante y de la finalidad buscada –desde una visión dualista de la causa– lleva a desentrañar la cuestión apuntada, y es de particular importancia luego de la reforma, de 1968, al artículo 959. Se dejó en claro, con la ley 17.711, que como principio las partes no pueden ejercer acción alguna sobre la simulación ilícita (art. 959) y, como única excepción, se admite su ejercicio cuando tenga por objeto “dejar sin efecto el acto” (arts. 959 y 960) “y las partes no puedan obtener ningún beneficio de la simulación”¹¹. El reformador se limitó a consagrar explícitamente la interpretación propugnada por un sector de la doctrina, en especial por Orgaz. Insistimos en que para establecer en cada caso la procedencia o improcedencia de la acción ejercida es menester reparar primero en la *causa simulandi*.

Ahora bien, al introducirnos en el tema específico tenemos que tener muy en cuenta que el fenómeno de la simulación exhibe dos zonas diferenciadas: una visible, representada por el “negocio simulado”, y otra oculta, representada por el “acuerdo simulatorio”. Como señala Dagot¹² la simulación concurre, de una parte, a la creación de una apariencia, vale decir de una situación ostensible que todo el mundo conoce o puede conocer, por oposición a la realidad que queda oculta, si no para todos, para la mayoría de las personas, y, por otra parte, la situación creada es falsa, inexacta, en cuanto no corresponde a la realidad, que es disimulada. A una situación real que permanece oculta, corresponde una situación aparente y contraria a la realidad.

Si nos preguntamos cuál de las dos declaraciones es querida por las partes, la que corresponde al negocio simulado o la pertinente al acuerdo simulatorio, debemos concluir que ambas son queridas, que no hay divergencia o contraste entre voluntad y declaración. Ocurre que se emplean términos sumamente equívocos, ya que voluntad es unas veces el objeto del querer, lo querido, o bien el contenido del querer, el fin perseguido;

¹¹ Sobre la situación anterior a la reforma puede consultarse con provecho a Orgaz, A., *La simulación ilícita*, en *Estudios de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1948, ps. 1 y ss.

¹² Dagot, Michel, *La simulation en Droit Privé*, Paris, 1967, p. 9; Ferrara, ob. cit., 1, 59. Para Auricchio (*La simulazione del negozio giuridico*, Napoli, 1957) la teoría de la simulación se encuentra inmersa en la de la apariencia.

otras veces, en fin, significa la facultad o la actividad del querer como hecho psicológico interno. Esto ya lo destacaba Betti. Coincidimos con Mirabelli cuando afirma que en el negocio simulado no debe verse el complejo de dos actividades, una querida y otra no querida, sino un fenómeno unitario en el cual se combinan múltiples actividades, todas igualmente queridas¹³. En la misma línea de pensamiento predica Grasetti “que el negocio simulado es querido por las partes: es querido como apariencia para obtener un fin que no es el suyo”¹⁴.

Sucede que el contraste entre lo real y lo aparente, entre el acuerdo simulatorio, que encierra la verdadera intención de las partes, y el negocio simulado, que es el resultado del procedimiento simulatorio –se lo considere un negocio jurídico autónomo, “un mismo hecho” o integrando con éste un negocio complejo– origina una doble relación: la relación interna y la relación externa. Auricchio luego de examinar las teorías expuestas acerca de la naturaleza jurídica del acuerdo simulatorio, niega las que lo explican como negocio jurídico y lo ubica dentro de la actividad preparatoria de hecho¹⁵.

Muchas de las divergencias expuestas con motivo de la noción y naturaleza de la simulación nacen del hecho de no diferenciar lo suficiente la relación interna y la externa, dicotomía equivalente a “partes” y “terceros”. El tratamiento del fenómeno simulación es diverso según que se examine uno u otro orden de relaciones.

Se habla de una valoración o significado subjetivo de la simulación por oposición a una valoración o significado objetivo¹⁶. El debate acerca de la preeminencia de la voluntad real o de la declarada se traslada, luego de reconocer la ambivalencia de la simulación, al de la preeminencia de una u otra valoración. La valoración subjetiva está representada por el acuerdo simulatorio, cuya finalidad es establecer el alcance jurídico efectivo de las declaraciones contenidas en el negocio simulado; en el

¹³ Mirabelli, *Le disposizioni fiduciarie nell'art. 627 C.C.*, en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1955, 1083.

¹⁴ Grasetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, en *Riv. Dir. Comm.*, 1936, I, p. 360.

¹⁵ Es el criterio de Messina (*Simulazione assoluta*, en *Scritti giuridici*, V, Milano, 1948, p. 92), quien lo califica como “un simple hecho”.

¹⁶ Distaso, *Simulazione*, en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1954, p. 249.

ámbito de las relaciones internas, entre las partes simulantes, priva o rige la valoración subjetiva. Pero siendo el acuerdo simulatorio un negocio oculto, su eficacia no puede ser plena y completa *erga omnes*; de ahí que en la relación externa, frente a terceros, desaparezca su eficacia. Los terceros tienen derecho a confiar en la apariencia, a tener por verdadero lo que aparece como verdadero, porque los simulantes lo han presentado como tal. La valoración o significado objetivo representada por el negocio simulado –“que nada tiene de real”, en la simulación absoluta, y “que oculta su verdadero carácter”, en la relativa (art. 957, Cód. Civ.)– priva o rige frente a los terceros. Si bien es verdad que los terceros pueden atenerse al negocio simulado, también lo es que el mismo no les debe perjudicar; cuando sufren perjuicio pueden invocar la circunstancia de la simulación. Equivale a decir que pese a privar frente a terceros la valoración objetiva, por serles inoponible el acuerdo simulado, pueden ellos referirse a la valoración subjetiva y solicitar que se aplique ésta. Las nociones de “parte” y de “perjuicio”, con referencia a la simulación, adquieren particular importancia.

3. Simulación y voluntad real

Para Ferrara el primer elemento o requisito de la simulación es la divergencia deliberada y consciente entre la voluntad y su declaración. El entendimiento o acuerdo simulatorio entre las partes, que es para dicho jurista y sus seguidores¹⁷ el segundo requisito de la simulación, está dirigido a generar la divergencia entre la voluntad que se expresa en el negocio simulado y la voluntad real.

¹⁷ Se inspiran en el criterio de divergencia entre voluntad y declaración: los simulantes “declaran querer cuando, en realidad no quieren”, la simulación es un fantasma, el disimulo una máscara, etc., en expresiones de Ferrara y Coviello, *Doctrina general del Derecho Civil*, México, 1949, p. 118; Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en Droit Civil français et allemand*, Paris, 1961, y una amplia nómina de juristas. En la doctrina nacional es seguido por Borda (*Tratado. Parte general*, t. II, p. 301) quien no obstante ello, desconoce que el acuerdo simulatorio sea esencial, pudiendo nacer la simulación, afirma, del acuerdo entre una de las partes y un tercero, y también por Llambías (*Tratado. Parte general*, t. II, ps. 497 y ss.) quien llevando esa divergencia a sus consecuencias extremas llega a afirmar que “el acto simulado no es un acto jurídico por cuanto el consentimiento de las partes no es efectivo”.

La consecuencia del criterio expuesto es la nulidad absoluta del negocio simulado por falta de voluntad, por ausencia de uno de sus elementos esenciales: el consentimiento.

Para Trabucchi la divergencia es “entre dos voluntades concordes”: aquella que mira a crear la apariencia y la que atiende a la diversa y efectiva relación entre los contratantes; se quiere el negocio, pero no se desean sus efectos¹⁸.

En la simulación, para Barbero, “concurren por lo menos dos sujetos que conspiran”¹⁹.

Simular, afirma Messineo, es mentir o porque se oculta una verdad o porque se hace aparecer como verdad una mentira o, a los ojos de terceros, verdad diversa de la efectiva (disimular). En su opinión hay divergencia entre voluntad y declaración –frente a terceros en contemplación de los cuales se emiten siempre–, pues las declaraciones “rezan diversamente de la que es la efectiva voluntad de cada declarante y, por tanto, también en las relaciones entre las partes, divergen de las respectivas voluntades, aunque esa divergencia sea inocua porque las partes la conocen”²⁰.

Creemos que los conceptos expuestos por esta corriente no alcanzan a explicar satisfactoriamente el proceso o fenómeno de la simulación. No distinguen en medida conveniente la relación interna de la externa, la voluntad que concurre a la formación de acuerdo simulatorio y la dirigida a dar a luz el negocio simulado. De ahí que su conclusión no sea exacta, pues, según vimos, los terceros pueden atenerse al negocio simulado o sea que el mismo es eficaz frente a ellos.

En lo interno del procedimiento simulatorio no hay divergencia entre lo que se quiere y lo que se manifiesta; se quieren producir las declaraciones insinceras y se producen esas declaraciones. Para Stolfi no hay

¹⁸ Trabucchi, *Instituciones de Derecho Civil*, trad. de la 15ª edic. italiana, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, p. 162.

¹⁹ Barbero, D., *Sistema de Derecho Privado*, Buenos Aires, 1967, t. I, Nº 256, ps. 546 y ss. Un análisis interesante sobre voluntad y declaración, con respecto a la simulación, puede consultarse en Coronel Jones, C., *La simulación de los actos jurídicos*, Nomos, Bogotá, 1989. Para el Derecho chileno, Díez Duarte, R., *La simulación de contrato en el Código Civil chileno*, Santiago, 1957.

²⁰ Messineo, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. de S. Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1954, t. II, p. 446, Nº 43.

contraste entre voluntad y querer interno; el acto simulado es querido aunque aparentemente²¹.

Cada parte sabe bien lo que quiere decir y emplea, a ese efecto, un lenguaje convencional, una jerga, que tiene un sentido efectivo diverso del que aparece en la letra de las declaraciones.

Voluntad interna y declarada coinciden en el acuerdo simulatorio: las partes deciden realizar un negocio ficticio para engañar a los terceros, y luego, en la segunda etapa del proceso, las partes quieren las declaraciones que emiten, aunque no quieren el contenido de dichas declaraciones; no quieren la regulación económica o jurídica que les corresponde. Al decir de Betti el negocio simulado es querido como medio²².

4. Simulación y declaración

Para los declaracionistas no existe divergencia entre la voluntad y su manifestación, sino declaraciones plurales.

Para una corriente, representada por Messina, hay dos declaraciones que se anulan: la de contratar y la de hacerlo aparentemente²³. Otro sector, en cambio, prefiere decir que las declaraciones intercambiadas por las partes se neutralizan²⁴.

Según Stolfi las partes cumplen dos actos antitéticos entre sí; por un lado, declaran querer algo en apariencia, y por otro, declaran en realidad o que no quieren nada o que quieren otra cosa.

Similar es la posición de un importante sector de la doctrina francesa que sostiene, como lo hacen Planiol, Ripert y Esmein²⁵, que en la simu-

²¹ Stolfi, G., *Teoría del negocio jurídico*, trad. de J. Santos Briz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 154.

²² Betti, *Instituzioni di Diritto Romano*, I, 58, p. 132, nota 2. Para Carnelutti, la simulación “es el modo de ser del acto, según el cual su forma es querida en relación con un interés cuya satisfacción requiere no la realidad sino la sola apariencia del efecto jurídico que la ley le atribuye”; el acto se realiza “sin interés en la producción del efecto jurídico propio de su forma” (*Sistema de Derecho Procesal Civil*, III, 515).

²³ Messina, ob. cit., ps. 86 y ss.

²⁴ *Studien über mentalreservation und simulation*, 1878, cuyas opiniones son ampliamente glosadas por Ferrara.

²⁵ Planiol, Ripert y Esmein, *Tratado*, La Habana, 1940, t. VI; Marcadé, *Explication du Code Napoléon*, Paris, 1866, t. V; Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, Paris,

lación hay una declaración inexacta cuyos efectos quedan modificados por otro contrato contemporáneo del primero y destinado a ser mantenido en secreto (el contradocumento). Como una consecuencia de la postura sustentada se afirma que “la simulación no es causa de nulidad”, tendiendo a destacar la validez y eficacia del acuerdo simulatorio en las relaciones internas, del contradocumento en la terminología gala. Llambías, entre nosotros, adhiere a esta corriente al sostener que “mal puede considerarse a la simulación como causa de nulidad del acto...”²⁶ Ello conduce a plantear toda la disciplina de la simulación a partir del contradocumento. En el artículo 960 se alude al “contradocumento”, poniendo de resalto su carácter de medio probatorio en la acción de simulación. En el primer “borrador” del artículo 960, Vélez definía al contradocumento como “un acto que las partes destinan a quedar secreto durante algún tiempo y por el cual ellas dejan sin efecto, explican, extienden o restringen el acto precedente y público”. Pero, no obstante la influencia de los doctrinarios franceses, el codificador no tuvo empacho en declarar que “son nulos los actos jurídicos en que los agentes hubiesen procedido con simulación...” (art. 1044).

López Olaciregui, en la doctrina nacional, expresa: “En el caso de simulación el acto tiene doble faz y doble vida. Doble faz porque lo conforman dos declaraciones: a) una que queda reservada entre los otorgantes y que corresponde a su querer; b) otra que ellos hacen conocer a los terceros y que no corresponde a su querer real”, y agrega más adelante: “en los actos jurídicos se prolongan en ‘documentos’ que las recogen y prueban. El acto simulado que contiene dos declaraciones deriva –normalmente– en dos documentos: el documento que recoge el acto aparente y el contradocumento que recoge el acto oculto”²⁷.

Aun cuando la posición declaracionista se nos ocurre ajustada a la

1885, t. V; Colin y Capitant, *Cours élémentaire de Droit Civil français*, Paris, 1924, t. II; Josserand, *Derecho Civil*, II, 320; Savatier, *Cours de Droit Civil*, Paris, 1949, t. II; Rieg, ob. cit., 489 y ss.; Dagot, ob. cit., 67 y ss.

²⁶ Llambías, ob. cit., p. 499.

²⁷ López Olaciregui, J. M., actualización a la obra de Salvat, R. M., *Tratado de Derecho Civil argentino. Parte general*, t. II, p. 675. Las anotaciones de este eximio jurista son, en nuestra opinión, lo más rescatable de la doctrina argentina en el tema “simulación”.

verdad –en especial cuando se complementa con la noción de funcionalidad– es susceptible de algunas observaciones.

Las dos declaraciones, la del acuerdo simulatorio y la del negocio simulado, no corresponden a dos voluntades distintas sino a una sola, a un solo designio. Hay una única situación jurídica compleja.

Las declaraciones que se emiten no se anulan o neutralizan recíprocamente, puesto que en ese caso la consecuencia sería la irrelevancia de la simulación, la no producción de efectos, la parálisis. Y, muy por el contrario, la simulación produce sus efectos; a veces entre las partes, por la vía del acuerdo simulatorio, y otras veces frente a los terceros que de buena fe han creído en el negocio simulado. De ahí el acierto de la noción de “ambivalencia” propuesta por Pugliatti.

De esta manera, el acuerdo simulatorio y las contradecaraciones que lo desarrollan exhiben la verdadera intención de las partes y concurren a mostrar la ambivalencia de la situación.

Aun admitiendo que las dos declaraciones configuran dos contratos –como lo predica la teoría del contradocumento– es innegable la preeminencia lógica y cronológica que en la estructura de la simulación tiene el acuerdo simulatorio, que prevé y anticipa el negocio simulado. De ahí que no pueda hablarse de un acto de otorgamiento único en tiempo (instantáneo). Debe considerarse a la simulación como un procedimiento complejo “que se actúa por grados”, en cuya fase preparatoria se encuentra el acuerdo simulatorio y que no está completo sin el negocio simulado²⁸.

En nuestro criterio, en lugar de contemporaneidad debe hablarse de grados o etapas del procedimiento simulatorio, sin perjuicio de admitir una “simultaneidad ideológica” entre el acuerdo y el negocio simulado.

Finalmente, la confusión entre acuerdo simulatorio y contradocumento no es feliz. Se menciona un instrumento, que es accesorio y contingente, cuando en rigor se quiere aludir a un negocio que es esencial en el procedimiento de simulación. No concebimos la simulación sin el acuerdo simulatorio, destinado a poner en evidencia o lo efectivamente querido, en cuanto efectos buscados, o bien la nada, en la simulación absoluta. No perdamos de vista que también el “contradocumento” puede ser si-

²⁸ En ese sentido Auricchio, ob. cit., p. 29; Romano, S., *Contributo esegetico allo studio della simulazione*, Milano, 1955.

mulado; que interesa su formalización en instrumento público o privado, sus efectos entre partes y frente a terceros (art. 1194).

5. Simulación y función del negocio

La minimización del rol de la voluntad en la vida del negocio jurídico, unida al propósito de destacar el papel del ordenamiento jurídico en la producción de los efectos económicos y jurídicos, y de mostrar de qué manera el acuerdo simulatorio incide en el negocio simulado, dieron impulso a la concepción doctrinal que pregona la ubicación de la simulación como vicio en la función del negocio, función a la que denomina causa. De acuerdo con el criterio expuesto en nuestra obra *Contratos*, la causa es el motivo determinante o impulsivo que lleva a las partes a contratar; de ahí que aludamos a la “función” del contrato, o al “objeto” –entendido como la operación jurídica considerada–. Sin perjuicio de lo dicho, nos parece que una visión dualista de la causa, que vea en ella “lo que lleva a las partes a contratar” –motivos y fines– simplifica una cuestión tan debatida.

Para Betti en la simulación tiene lugar “la divergencia consciente entre la causa típica del negocio y la determinación causal, es decir, la intención práctica concretamente perseguida”. El negocio es puesto en acción “como medio para alcanzar un fin distinto de aquel que su causa representa”; se produce entonces “un abuso en la función instrumental del negocio, en cuanto se le hace servir a la obtención de un fin que no es el suyo, aunque pueda ser perfectamente lícito”. El fenómeno de la simulación se caracteriza por una incompatibilidad, producida por una discrepancia entre la causa típica del negocio elegido y la intención práctica perseguida²⁹.

Para Romano el acuerdo simulatorio priva al negocio simulado de su “actuación”; para nosotros quita realidad a la operación jurídica exteriorizada y ello conduce a la nulidad entre las partes.

Pugliatti, que participa del criterio de Betti, afirma que en la simulación se dan dos declaraciones combinadas por la unidad de la intención, de modo tal que una de ellas –la del acuerdo simulatorio– destruye la causa

²⁹ Betti, ob. cit., 50, 294.

de la otra –la del negocio simulado–, “dejando en vida sólo el despojo y dejando subsistente, por ello la apariencia de negocio”. El acuerdo simulatorio priva de causa –vale decir de función económica y jurídica– al negocio simulado³⁰.

Ahora bien, el examen de la simulación desde el plano funcional carece de consecuencias, desde el ángulo práctico, porque “ya falte la causa o la voluntad el negocio simulado será, en ambas hipótesis, un negocio nulo por ausencia de alguno de sus elementos constitutivos”.

No faltan en doctrina, tanto nacional como extranjera, los partidarios de la calificación del negocio simulado como “inexistente”. Afirma Auricchio, empero, que “el único que habla explícitamente de inexistencia del negocio simulado es Ferrara...”³¹, autor que emplea indistintamente los vocablos “nulidad” e “inexistencia”. En la doctrina nacional la calificación del negocio simulado como inexistente –cuya trascendencia deviene de la aplicación o no de los artículos 1037 a 1065, en especial del 1051 que protege a los terceros adquirentes de inmuebles de buena fe a título oneroso– sea el acto nulo o anulable (para un sector la inexistencia de la simulación no obsta a la validez de los derechos adquiridos por terceros de buena fe, a mérito de los artículos 960, 996 y 1194) es sostenida por Colmo³² y por Llambías³³, quienes predicán que en el acto simulado “no se tiene un vicio [...] sino una falla total que se refiere al acto íntegro, en cuanto éste, en su entera plenitud, no es sincero”. Para ambos juristas la validez de la subadquisición no deriva del acto simulado “inepto de suyo para producir transmisión alguna”, sino “exclusivamente de la ley”³⁴.

³⁰ Pugliatti, S., *La simulazione nei negozi unilaterale*, Milano, 1951, ps. 543 y ss.

³¹ Auricchio, ob. cit., p. 60; ver, así mismo, al Cap. VI de su obra *Efectos de la simulación*.

³² Su voto en J. A. 12-92.

³³ *Tratado...* cit., p. 500, N^o 1802.

³⁴ Son partidarios de la “inexistencia”, así mismo, Acuña Anzorena, A., *Concepto de simulación y su relación con otras figuras afines*, en J. A. 26-13, sec. doct., y De Gásperi y Morello, *Tratado*, t. I, p. 509, N^o 359; Cámara, ob. cit., p. 380. Para quienes consideran al simulado como acto jurídico inexistente, la acción de simulación es imprescindible. Acuña Anzorena, en J. A. 43-1073 y L. L. 19-862. Sobre la “inexistencia de los actos jurídicos” puede consultarse la “salvedad” de Belluscio en el anexo a las *Reformas al Código Civil*, proyecto del Ejecutivo de 1993, Astrea, Buenos Aires, 1993, ps. 421 y ss. De los artículos proyectados no se desprende la calificación del negocio simulado como inexistente.

6. Simulación y pautas de buena fe, creencia y confianza

El negocio simulado, nulo o anulable entre las partes –en razón de padecer de un vicio–, produce efectos respecto de terceros de buena fe. Es eficaz frente a ellos.

La doctrina discute acerca de la posibilidad de que un negocio jurídico sea nulo entre las partes y válido respecto de terceros. Para Gamarra³⁵, “el negocio jurídico es válido o nulo para todos”; para Coviello, en cambio, “el negocio simulado es nulo entre las partes, mas no lo es siempre con respecto a terceros”³⁶. La doctrina predominante sostiene que “la simulación es inoponible a los terceros de buena fe”³⁷.

Esa eficacia no deviene del principio de la responsabilidad –que no puede sustituir a la voluntad declarada³⁸– sino de la buena fe, con base en la confianza que suscita la apariencia.

En palabras de Hartmann, “cuando alguno entrando en el comercio jurídico realiza pública y conscientemente la exterioridad de un negocio, el Derecho debe, en circunstancias determinadas, hacer que tal negocio produzca consecuencias jurídicas, aunque la idea del declarante estuviera en contradicción con el contenido de la declaración emitida por él”³⁹.

En las Jornadas Nacionales ya aludidas, se recomendó tener muy en cuenta los efectos de la apariencia entre las partes y frente a los terceros, en especial cuando éstos son de buena fe y a título oneroso⁴⁰.

La buena fe alude aquí a un estado de conciencia consistente en ignorar el acuerdo simulatorio y creer, por tanto, en la plena eficacia vinculante del negocio simulado⁴¹. El concepto de buena fe subjetiva o

³⁵ Gamarra, ob. cit., p. 102.

³⁶ Coviello, ob. cit., 118, 415.

³⁷ Santoro Passarelli, *Limiti di opponibilità della simulazione*, en *Riv. Dir. Comm.*, 1939, 315.

³⁸ Gorla, *Sull'efficacia del negozio simulato nei conflitti fra terzi*, Foro della Lombardia, 1932, 698.

³⁹ Hartmann, G., *Wort und Wille im Rechtsverkehr*, ps. 1/79, citado por Ferrara, ob. cit., p. 13.

⁴⁰ *El Derecho Privado en la Argentina*, Universidad Notarial, Buenos Aires, 1991, p. 50. Un muy completo estudio sobre la apariencia puede leerse en *Traité de Droit Civil*, dirigido por Ghestin, t. I, *Introduction générale*, escrita por Ghestin y Goubeaux, L. G. D. J., Paris, 1983, ps. 173 y ss.

⁴¹ Betti, ob. cit., 51, 306. Sobre el tema de la buena fe –*standard*, pauta o regla de conducta, que la reforma de 1968 explicita en el Cód. Civ.– pueden consultarse en la

buena fe-creencia es ético-psicológico, pues para que sea jurídicamente valorada a favor del sujeto no es suficiente una creencia errónea, sino que ella debe ser excusable; exige una especial diligencia en conocer la verdadera realidad, aun en aquellos casos en que media un eficaz instrumento de publicidad.

Esta buena fe subjetiva o creencia se funda en la apariencia jurídica. Pero así como la ignorancia del acuerdo simulatorio no puede ser pueril, la creencia en el negocio simulado no debe ser arbitraria. El tercero que adquiere de una de las partes en el negocio simulado, cree en el derecho del enajenante y su fe se basa en las apariencias del negocio jurídico, que le sirve de título.

La protección de los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso aparece dispuesta expresamente en algunos Códigos, como el del Perú (art. 194): “La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente”. Para el Código de México (art. 2184) los efectos de la anulación del acto simulado no alcanzan al tercero de buena fe y a título oneroso; frente a él “no habrá lugar a la restitución”. Otros, como el Código de Japón (art. 94, 2ª parte) y el proyecto franco-italiano de las obligaciones extienden la protección, declarando inoponible la simulación, a los terceros de buena fe, en general, sin el recaudo del título oneroso. El proyecto de 1936 disponía: “Los terceros perjudicados por la simulación, podrán demandar la nulidad, pero ella no afectará a los actos a título oneroso, de cualquier naturaleza, concluidos con personas de buena fe. Esta regla será también aplicable cuando por acuerdo de partes, hubiere quedado sin efecto la operación”. A falta de un texto expreso la doctrina nacional, antes de la reforma al artículo 1051, asentaba la protección a los terceros de buena fe en los artículos

doctrina nacional las obras básicas de Alsina Atienza, D. A., *Efectos jurídicos de la buena fe*, Buenos Aires, 1935, y *El principio de la buena fe*, en el proyecto de reforma de 1936, Buenos Aires, 1942; en la extranjera, Gómez Acebo, *La buena y la mala fe: su encuadramiento en la teoría general del Derecho y su eficacia en el Código Civil*, en R. D. P., 1952, ps. 101 y ss.; Sacco, *La buona fede*, Torino, 1969; De Los Mozos, J. L., *El principio de la buena fe*, Barcelona, 1965; Von Thur, *La buena fe en el Derecho Romano y en el actual*, R. D. P., 1925; Molleda Fernández, J. A., *La presunción de buena fe*, en *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1962, t. I, p. 185; Ladaria, *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952.

996 y 1194; con posterioridad esa protección ha quedado reafirmada, aunque limitada a los adquirentes a título oneroso⁴².

El proyecto del Ejecutivo, de 1993, en su artículo 644, dispone: “La simulación no puede oponerse a los acreedores del adquirente simulado que de buena fe hubiesen ejecutado los bienes comprendidos en el acto. Los acreedores del enajenante simulado prevalecen sobre los acreedores quirografarios del adquirente, si sus créditos son de causa anterior al acto”. En la nota se señala que la protección a los adquirentes de buena fe y a título oneroso está consagrada en el artículo 692 del proyecto, relativo a la nulidad. El proyecto del '98 reproduce esta solución en el artículo 332.

Para que exista buena fe de un tercero frente al negocio simulado se imponen investigaciones de títulos⁴³. El elemento subjetivo de la buena fe —la creencia— supone la existencia de un elemento objetivo, el justo título⁴⁴.

Sobre “justo título” remitimos a la nota del codificador al artículo 4010, *in fine*. El tema nos lleva, como de la mano, a la muy espinosa cuestión de la adquisición *a non domino* del tercero. Y, más allá de la divergencia doctrinaria propuesta por Mengoni, relativa a si el tercero adquiere en virtud de que la simulación le es inoponible o en razón de la apariencia del derecho del enajenante (en su opinión “la inoponibilidad de la simulación es una consecuencia refleja de la adquisición”)⁴⁵, interesa saber si la protección dispensada al adquirente de buena fe y a título oneroso se mantiene frente a una “escritura falsificada”. Equivale a decir que si bien hay consenso en el sentido de que el artículo 1051 ha derogado el principio *nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet*, no ocurre otro tanto con el que declara que *id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest*⁴⁶, o en el lenguaje de *Las Partidas* “la cosa que es nuestra, no puede pasar a otro, sin nuestra palabra y sin nuestro hecho”. Para un sector de la doctrina los actos que instrumentan

⁴² Acerca de la situación de los acreedores, véase Borda, ob. cit., N° 1196, p. 325.

⁴³ Es la interpretación del art. 1051 que propugna Alterini en su ponencia a las V Jornadas de Derecho Civil, Rosario, 1971. La jurisprudencia ha exigido en su comprensión del art. 996 que el contradocumento esté anotado en la escritura matriz y, además, en la copia de la escritura en virtud de la cual obra el tercero (CCiv.2ª de Capital Federal, J. A. 27-569).

⁴⁴ Nuestra ponencia a las V Jornadas.

⁴⁵ Mengoni, *L'acquisto a non domino*, 46, 107-108, Milano, 1948.

⁴⁶ *Digesto*, Lib. 50, Tít. 17, ley 50.

escrituras falsificadas son “inexistentes” y, en consecuencia, no se rigen por el artículo 1051⁴⁷; para otro sector, tales actos son “inoponibles” al propietario (Alterini) y, por último, una tercera corriente, que compartimos, lleva la protección de la apariencia hasta la derogación del principio recordado. En palabras de Spota “el derecho real inmobiliario inscripto importa, para quien hace fe en esa inscripción y adquiere a título oneroso del que aparece en ese registro como titular del derecho registrado, un derecho que no queda sometido a ninguna reivindicación posible [...] la transmisión *a non domino*, se trate de acto nulo o anulable, queda convalidada en amparo del adquirente del derecho patrimonial si se trata del que obró con buena fe-creencia y ostenta una causa onerosa de adquisición”⁴⁸.

7. Los vicios del consentimiento

Luego de habernos extendido sobre la noción de simulación, sobre sus elementos, sobre el porqué de la simulación y, finalmente, sobre su posibilidad de existencia en las más variadas relaciones jurídicas, creemos oportuno detenernos ahora –a posteriori de esta labor y con el objeto de completar sus perfiles– en el análisis de las semejanzas y diferencias que muestra respecto de un buen número de instituciones jurídicas.

Es tradicional en la doctrina argentina el distingo entre vicios de la voluntad o del consentimiento⁴⁹ y vicios de los actos jurídicos. Dice Salvat: “la ignorancia o error, el dolo y la violencia suelen llamarse también vicios de la voluntad”⁵⁰; en estos casos “la ley considera que la voluntad

⁴⁷ Borda, Llambías, López Olaciregui, Cordeiro Álvarez, etc.

⁴⁸ Spota, *Sobre las reformas al Código Civil*, Buenos Aires, 1969, p. 85. Acerca de las conclusiones de las V Jornadas, en la materia, puede consultarse *Juris*, 39-355.

⁴⁹ En *Contratos* cit., aclaramos que “en rigor más correcto que hablar de ‘vicios del consentimiento’ es aludir a los vicios de la voluntad contractual, o sea de la voluntad jurídica que concurre a la formación del contrato”. El consentimiento es el resultado de la combinación de dos voluntades. Una buena exposición puede consultarse en Cifuentes, S., *Negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, Cap. VIII, *Diferenciación con otras figuras afines*, ps. 493 y ss.

⁵⁰ Salvat, R. M., *Tratado de Derecho Civil argentino. Parte general*, t. II, p. 519, Nº 2279; Demogue, *Obligations*, I, Nº 216 y ss.; Aguiar, ob. cit., ps. 127 y ss.; De Gásperi y Morello, *Tratado...* cit., t. I, ps. 384 y 477, etc.

de realizar el acto ha existido, pero como esta voluntad está viciada [...] libra el autor del acto de las consecuencias perjudiciales que éste haya tenido para él". Y agrega, más adelante, que la simulación y el fraude, "a diferencia de los anteriores, no atacan directamente la voluntad, ni constituyen vicios de ella; son más bien circunstancias que la ley ha creído conveniente erigir en causas de nulidad del acto, en razón del interés de los terceros perjudicados por él".

López Olaciregui apunta el distingo, interesante en punto a la invocabilidad del vicio, entre:

- a) Vicios que el sujeto padece (error, dolo, violencia), y
- b) vicios que el sujeto provoca (simulación, fraude)⁵¹.

a) *Error*

Ni el error vicio o error motivo –que consiste en una falta del conocimiento, una discordancia entre un dato determinado de la realidad y la representación mental que de ese dato tenía el sujeto al realizar un acto que el derecho valora– ni el error obstativo –que se caracteriza por la manifestación de una intención diferente de la efectiva o real⁵²– pueden confundirse con la simulación.

Sin embargo, para quienes siguen la doctrina tradicional, lo más característico del negocio simulado es la divergencia o disconformidad entre la voluntad y su declaración, entre lo que declaran querer y aquello que en realidad quieren las partes⁵³; y esta concepción aproxima en buena medida las nociones de error obstativo y simulación.

Cabe destacar, empero, que la divergencia es intencional en el proceso simulatorio e involuntaria en el error; que a la naturaleza unilateral de error⁵⁴ se opone la bilateralidad de la simulación.

⁵¹ López Olaciregui, en Salvat, *Tratado...* cit. *Parte general*, t. II, p. 522, N^o 2280-D.

⁵² Messineo, F., *Teoria dell'errore ostativo*, Roma, 1915; Gaudefroy, R., *L'erreur-obstacle*, 1924; Pietrobon, V., *El error en la doctrina del negocio jurídico*, trad. de M. Alonso Pérez, Madrid, 1971, ps. 425 y ss.

⁵³ Remitimos a lo expuesto por la mejor doctrina.

⁵⁴ Unilateral en cuanto el error en la declaración es espontáneo y no deliberado, y, además, lo puede padecer una de las partes o lo pueden padecer ambas y la generalidad de los particulares –error común–.

Mientras el error obstativo –vicio de la voluntad del acto, lo denomina Santoro Passarelli⁵⁵– excluye la conciencia del significado del acto mismo, de manera que éste no está ya dirigido, como debería estarlo, por una voluntad consciente, el primer paso en la simulación está dado por el acuerdo simulatorio, en el cual las partes deciden realizar un negocio ficticio para engañar a los terceros.

b) *Dolo*

El dolo actúa sobre la inteligencia mediante el engaño y, por tanto, induciendo a error. De ahí sus puntos de contacto con la simulación pues responde, al igual que ésta, a un comportamiento intencional. Pero no debemos perder la vista que el dolo vicia la voluntad negocial de la otra parte, del otro contratante, mientras que la simulación está destinada a engañar a terceros, a personas que no son partes en el negocio simulado⁵⁶.

Oportunamente señalamos que la finalidad de engañar, que es de la esencia de la simulación, forma parte del acuerdo simulatorio; el acuerdo simulatorio se celebra para engañar a los terceros con el contrato aparente⁵⁷.

8. Reserva mental

La reserva mental suele mencionarse como único caso de divergencia voluntaria entre voluntad y declaración. La simulación no lo es, por las razones que ya expusimos. Tampoco hay divergencia voluntaria en los casos de “declaración no seria”, declaraciones en broma, como ejemplo didáctico, en representación teatral, etcétera; ni cuando media violencia física, cuando el agente ha sido obligado a expresarse por la fuerza –falta

⁵⁵ Santoro Passarelli, *Doctrinas generales del Derecho Civil*, p. 184.

⁵⁶ Santoro Passarelli, ob. cit., p. 188; Trabucchi, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937; LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, Padova, 1937. Cód. Civ. arg., art. 931.

⁵⁷ Remitimos a lo expuesto sobre el engaño. La diferencia respecto del dolo es válida para la reticencia, que puede constituir una figura de dolo omisivo “en los negocios en que sobre la parte grava una especial carga de información en atención a la función propia del negocio”.

en tales hipótesis la misma declaración, la voluntad de la declaración y por eso no es imputable al sujeto—. Dice con razón Santoro Passarelli⁵⁸: “...en principio el sujeto no puede quedar vinculado más que por una declaración de la que haya tenido la iniciativa, corriendo el riesgo de ella”.

Existe reserva mental cuando el declarante declara algo que en realidad no quiere sin que la otra parte, aceptante de la declaración, conozca esa discordancia entre la voluntad declarada y la voluntad real. Equivale a decir que la discordancia es deliberada y, a la vez, unilateral.

El distingo con la simulación aparece nítido cuando se eleva el acuerdo simulatorio a la categoría de elemento sustancial del proceso simulatorio⁵⁹, no obstante lo cual pueden aparecer discrepancias originadas en la consideración o no de un sujeto como parte de la relación jurídica. Es lo que acontece, según tuvimos ocasión de señalar, con la simulación de la persona jurídica y del proceso, en la medida que se estime que la voluntad del Estado es integradora de la constitución del ente o de la formación de la relación jurídica.

Para la doctrina tradicional —que ve en la reserva mental y en la simulación casos de divergencia entre la voluntad y su declaración— se trata de figuras afines⁶⁰; la simulación aparece como una reserva mental bilateral, dirigida a engañar a los terceros.

En nuestra opinión las diferencias son profundas. En la reserva mental uno de los declarantes trata de “reservarse”, como derecho, no querer luego lo que dijo querer antes; trata de hacer privar el querer interno sobre lo declarado. En la simulación son queridas las dos declaraciones de voluntad: la que corresponde al negocio simulado y la pertinente al acuerdo simulatorio.

Y son esas diferencias profundas las que conducen a restar a la reserva mental toda trascendencia sobre la validez del negocio, a su irrelevancia. La reserva mental no tiene trascendencia, afirma Santoro Passarelli, “porque el proceso negocial es perfecto, al haber sido la voluntad declarada conscientemente” y, por lo demás, “el ordenamiento jurídico no puede

⁵⁸ Santoro Passarelli, ob. cit., p. 173.

⁵⁹ Sobre el carácter esencial del acuerdo simulatorio, en nuestra opinión, y las discrepancias al respecto, remitimos a nuestra obra sobre el tema, *Contratos simulados y fraudulentos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, t. I.

⁶⁰ Ferrara, ob. cit., 4, 76; Cariota Ferrara, *El negocio jurídico*, p. 532.

atribuir valor alguno a la voluntad no declarada debidamente”⁶¹. Invoca Betti “que los efectos jurídicos no dependen de la voluntad del interesado ni pueden ser excluidos por una voluntad puramente interna”⁶². Para Ferrara, por último, está de por medio la seguridad del comercio jurídico, así como los principios de la buena fe y la confianza, y agrega “que el orden jurídico sólo protege aquellas determinaciones de la voluntad que se manifiestan como medios para satisfacer intereses serios y reales”⁶³. Destaca Messina que la inoponibilidad de la reserva mental es absoluta, mientras que la de la simulación está establecida solamente a favor y no en contra de los terceros; ellos pueden pretender que la simulación no les es oponible, pero también pueden dejar de lado el negocio aparente y demostrar la simulación⁶⁴.

La reserva, insistimos en ello, es un hecho interior de un sujeto, y, por ende, obsta a su consideración lo expuesto por el artículo 913 del Código Civil: “Ningún hecho tendrá el carácter de voluntario, sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste”, y “Los hechos exteriores de manifestación de voluntad pueden consistir en la ejecución de un hecho material consumado o comenzado, o simplemente en la expresión positiva o tácita de la voluntad” (art. 914), pero nunca en una mera reserva mental.

Nuestros tribunales tienen declarado que “la simulación requiere el acuerdo de ambos otorgantes; es decir que el tercero debió conocer la intención de estar de acuerdo en la realización del acto en esas condiciones. De lo contrario sólo hay reserva mental, que no afecta la validez del acto”⁶⁵. Y, en el mismo sentido, se ha dicho que “sólo puede haber acto simulado cuando ocurre la voluntad de ambos otorgantes del acto; si uno de ellos ignora que el otro actúa como prestanombre, sólo hay reserva mental de este último que no afecta la validez del acto”⁶⁶.

⁶¹ Santoro Passarelli, ob. cit., p. 174.

⁶² Betti, ob. cit., 50, 297.

⁶³ Ferrara, ob. cit., 4, 81.

⁶⁴ Messina, ob. cit., p. 87. Insistimos en lo anticipado acerca de la simulación como vicio que acarrea nulidad, en nuestro Derecho.

⁶⁵ C3^aCCom. de Rosario, L. L. 64-569; CNCiv., sala C, L. L. 96-250.

⁶⁶ CApel. de Rosario, sala I, CC, J. 10-139; CNCiv., sala F, L. L. 106-149, E. D. 1-363. En el matrimonio la reserva mental no es computable. En el testamento, acto jurídico unilateral, la reserva mental –afirma FASSI, *Tratado de los testamentos*, p. 422–

Digamos, por último, que el problema de la reserva mental desaparece para quienes construyen la teoría del negocio jurídico sobre el elemento externo del mismo, pero muestra toda su complejidad para los defensores del dogma de la voluntad al surgir la antítesis entre las exigencias de la buena fe y las de la aplicación lógica del sistema. De ahí que deban recurrir al *venire contra factum proprium* o a la *exceptio doli*⁶⁷.

9. Negocios fiduciarios

La categoría de los negocios fiduciarios se afirmó luchando por obtener su autonomía respecto del negocio simulado.

En la doctrina moderna pueden señalarse tres criterios⁶⁸:

a) De la asimilación completa entre una y otra figura. La tendencia a identificar el negocio fiduciario con el negocio simulado, señala Sousa Lima⁶⁹, tiene su génesis en la propia evolución histórica del instituto. Para A. Butera⁷⁰ “el negocio fiduciario se resuelve en una subespecie o particular aplicación del negocio simulado y no corresponde hacer de él

“anula total o parcialmente las disposiciones de última voluntad, pues carece de causa-fin”; en el mismo sentido, Spota, *Tratado...* cit., t. VIII, p. 145, Nº 1908. Pero la reserva debe surgir o reflejarse en el texto testamentario, de lo contrario sería improcedente. Fassi cita el caso de un escribano que otorgó su propio testamento ológrafo, conteniendo un legado de cuota, cambiando sus rasgos caligráficos y su firma; indudablemente –acota– “no quería que su testamento valiera, pues de lo contrario no hubiera recurrido a tal desfiguración”. Se lo anuló por no haber estampado su firma habitual (CNCiv., sala D, J. A. 1958-II-553).

⁶⁷ Para Windscheid (*Diritto delle pandette*, trad. Fadda y Bensa, I, 1886, p. 237) nadie puede invocar en ventaja propia su mentira, y la ley, al prescribir la irrelevancia de la reserva mental, da eficacia a una declaración sin voluntad a causa del dolo del agente. La misma afirmación se encuentra en Stolfi (*Teoría del negocio*, p. 10). Como vemos la amarga ironía de Anatole France –“Amo la verdad y creo que la humanidad la necesita. Pero la humanidad necesita todavía más la mentira que la halaga, que la consuela y que le infunde imposibles esperanzas”– no tiene cabida en el mundo de los negocios cuando, sobre esa base, se pretende la invalidez de lo hecho. Véase Guy Durandin, *Les fondements du mesonge*. Nos recuerda Köhler que el engaño es lícito como legítima defensa contra el autor de la violencia, como reacción autorizada por el Derecho contra el ataque ilegítimo a la decisión espontánea del individuo (*Studien*, 16, p. 96).

⁶⁸ Los expondremos siguiendo los lineamientos del estudio de Guastavino, E. P., *Actos fiduciarios*, en su Cap. V, *Paralelo con la simulación*, en *Estudios de Derecho Civil*, en homenaje a H. Lafaille, Depalma, Buenos Aires, 1968, p. 379.

⁶⁹ Sousa Lima, O. de, *Negócio fiduciário*, São Paulo, 1962, p. 197.

⁷⁰ Butera, A., *Della simulazione nei negozi giuridici*, Utet, Torino, 1936, p. 67.

una figura autónoma”; considera, asimismo, que la Ciencia del Derecho debe cuidarse de la creación de figuras superfluas y concluye: “todo lo que en el Derecho es inútil, peligroso y origina confusión, debe dejarse de lado, para que reine la simplicidad y la claridad”. En la misma tesitura se encuentran Demogue⁷¹ y la mayoría de la doctrina francesa. En la doctrina nacional se enrola en ese pensamiento Cámara⁷², para quien “los negocios fiduciarios entran en la categoría de los relativamente simulados”. Agrega este jurista que “si miramos la cuestión dentro de nuestras normas escritas, a las que siempre debemos recurrir para no perdernos en el terreno doctrinario, indefectiblemente tendríamos que admitir que los negocios fiduciarios se encuentran incluidos, de conformidad al texto del artículo 958 del Código Civil, en la simulación relativa”.

b) Un criterio intermedio que, si bien admite la diferencia conceptual, considera que la *causa fiduciæ* puede ser disimulada. Este criterio es sostenido por Jordano Barea⁷³, quien afirma que la *causa fiduciæ* puede realizarse: 1) con una simple declaración de voluntad dirigida a la transmisión, unida a la indicación del intento práctico perseguido (negocio directo); 2) a través de un negocio traslativo abstracto; 3) o bien queriéndola bajo “apariencia” de un negocio causal típico traslativo de dominio. En este último supuesto, los negocios típicos cumplidos *fiduciæ causa* pueden ser: a) relativamente simulados, y b) negocios indirectos. Este autor admite, en consecuencia, la posibilidad de negocios fiduciarios no simulados.

c) El criterio de la diferenciación. Defendido sobre la base de pautas muy diferentes, según la concepción de cada autor. Cabe señalar que la confusión entre simulación y fiducia no se plantea cuando la primera es absoluta, puesto que, cualquiera sea el punto de vista sostenido, cabe admitir que el negocio fiduciario determina efectos jurídicos, mientras que el absolutamente simulado no modifica la situación jurídica preexistente.

Ahora bien, dentro del criterio de la diferenciación, que consideramos acertado, varían las pautas de distinción según se predique la doctrina tradicional sobre simulación o se adopte la concepción de la doctrina moderna.

⁷¹ Demogue, *Obligations*, I, Nº 159.

⁷² Cámara, ob. cit., p. 78.

⁷³ Jordano Barea, *El negocio fiduciario*, p. 172.

Para la doctrina clásica la pauta fundamental en la materia está dada por la voluntad: el negocio fiduciario es un negocio querido y, por tanto, real; en cambio, en el negocio simulado, falta la voluntad y el negocio es aparente, fingido⁷⁴.

Para la doctrina moderna existe voluntad en el negocio simulado y en el disimulado, ambos son queridos por las partes; el negocio simulado es querido como apariencia, para obtener un fin que no es el suyo; como medio para alcanzar un fin distinto, que es el acordado en el negocio disimulado. En el negocio fiduciario, en cambio, “el valor vinculante se adhiere perfectamente al significado objetivo de la declaración”⁷⁵.

Dice con razón Guastavino que cabe reputar equívoca la fórmula, muy generalizada en doctrina, que describe los efectos jurídico-reales del negocio fiduciario como más amplios que el fin económico perseguido por las partes: “las partes quieren el acto fiduciario en su totalidad”. Recordemos, de paso, que tanto la simulación relativa como el negocio fiduciario pueden ser lícitos o ilícitos; que el *pactum fiduciæ* permanece generalmente oculto a los terceros, respecto al destino o uso definitivo del derecho transmitido.

El negocio fiduciario, aclara el citado autor, “produce efectivamente la transferencia del derecho, con oponibilidad *erga omnes*, mediante el acto atributivo ostensible celebrado entre fiduciante y fiduciario. Esa traslación efectiva surge de la voluntad declarada y objetivizada en el acto ostensible y es eficaz respecto a las partes y a los terceros. El fiduciario es propietario de la cosa no sólo ante los terceros sino frente al mismo fiduciante [...] por ello, cuando el fiduciario ejercita los derechos que ha recibido del fiduciante, aunque sea abusando de los fines para los cuales le fueron atribuidos, no intenta hacer valer lo disimulado u oculto, sino que invoca los derechos que emergen netamente de la voluntad objetivizada en el negocio declarado”⁷⁶.

⁷⁴ Ferrara, ob. cit., 5, 94; Coviello, ob. cit., 118, 413; Messineo, ob. cit., I, § 43, Nº 12, ps. 338 y ss.; Francescheli, *Il trust...* 3, 10; Cariota Ferrara, ob. cit., 65, 247; Tamburrino, *Appunti*, p. 189.

⁷⁵ Betti, E., *Teoría general del negocio jurídico*, p. 301; Goldschmidt, R., *Trust, fiducia y simulación*, en L. L. 67-781; a diferencia de lo que ocurre en la simulación relativa, “donde el valor vinculante del negocio es atribuido al significado subjetivo convenido por las partes en un concomitante acuerdo oculto”.

⁷⁶ Guastavino, ob. cit., p. 382.

Para Carranza⁷⁷ “hay inexcusablemente una vía oblicua, un procedimiento indirecto, en todo negocio fiduciario, sin que ello le reste realidad y vigencia”. Para este jurista, en seguimiento de Carnelutti, la ilicitud “nada tiene que ver con la fiducia”; se trata de actos que “no tienen sombra de injuria”, porque constituyen un juego de cartas descubiertas y un virtual proceso a la luz del sol. Este jurista sostiene, al igual que Guastavino, y apartándose de las enseñanzas de Orgaz⁷⁸, Borda⁷⁹ y Cámara, la autonomía del acto fiduciario.

Además de esta primera y fundamental diferencia, dada por la efectividad del negocio fiduciario, pueden señalarse otras:

a) Irrevocabilidad unilateral del negocio fiduciario lícito, a diferencia de lo que ocurre en la simulación relativa, donde las partes tienen derecho a demandar la nulidad del acto aparente y exigir el cumplimiento del acto oculto, si no es ilícito. El fiduciante no puede arrepentirse y exigir la conversión del negocio fiduciario en otro tipo de negocio o solicitar al juez que lo deje sin efecto. La hipótesis se planteó en la causa fallada por la Cámara 2^a Civil y Comercial de Santa Fe⁸⁰ en la cual el marido que había transmitido por boleto un inmueble a un amigo y pariente, en garantía de su buena conducta conyugal, pretendió luego ante la demanda por escrituración y no obstante haberse declarado el divorcio por su culpa, obtener una sentencia de nulidad del boleto (invocando una supuesta simulación).

b) Falta de intención de ocultar la existencia de la atribución real oponible *erga omnes*, a diferencia de lo que acontece en la simulación relativa, con la interposición ficticia de personas u otros artificios. Mientras la intención de engañar a los terceros es esencial en la simulación, puede no serlo en el negocio fiduciario.

c) En el negocio fiduciario la neutralización entre el medio empleado (atribución “real”) y el fin querido (obtenible por el cumplimiento del pacto “personal”) se logra en una etapa posterior, cuyo acaecimiento dependen del comportamiento del fiduciario exclusivamente; en la simulación relativa el contenido simulado es neutralizado por el contenido di-

⁷⁷ Carranza, *El negocio fiduciario*, en *Juris* 26-347.

⁷⁸ Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Buenos Aires, 1963, p. 92.

⁷⁹ Borda, *Tratado... Parte general*, Buenos Aires, 1959, t. II, N^o 1180.

⁸⁰ *Juris* 6-263.

simulado. Apunta Messineo que los efectos obligatorios del negocio simulado se producen en tiempo ulterior y consisten en el futuro sacrificio que el fiduciario debe realizar o en el futuro empleo que debe hacer del objeto del negocio y pueden no producirse si abusa de la fiducia.

d) Si la transmisión ha sido fiduciaria el deudor no puede oponer al endosatario las excepciones que tendría contra el endosante; lo contrario ocurre en el endoso simulado⁸¹.

e) Los frutos y mejoras quedarán en poder del fiduciario, que no debe restituir los primeros ni puede reclamar por las segundas, en su calidad de propietario; el régimen es diverso cuando se trata de un acto simulado⁸².

f) La efectividad del negocio fiduciario impide al fiduciante reclamar u ocurrir contra el fiduciario sometido a concurso o quiebra; en la simulación relativa el dueño verdadero puede reivindicar la cosa cuando el adquirente simulado cae en tales situaciones⁸³; pero la solución no es unánime; para Enneccerus, Kipp y Wolff⁸⁴ y para von Thur⁸⁵ cabe la reivindicación en el caso de negocios fiduciarios, desapareciendo, de este modo, la diferencia con la simulación.

g) Mientras los terceros están obligados a respetar la transferencia operada en virtud del negocio fiduciario y sólo dispondrán, si hubiere fraude a sus derechos, de la acción revocatoria o pauliana (demostrando la existencia de un crédito de fecha anterior a la transmisión fiduciaria fraudulenta), la acción de simulación permite a los terceros hacer cesar las apariencias del acto simulado y restablecer la realidad del acto oculto. Para von Thur en la duda habrá de entenderse que el acto de disposición tiene valor fiduciario, ya que cuanto más intensa sea la intención fraudulenta del disponente, tanto mayor razón habrá para entender que la voluntad de enajenar es real y no fingida, procediendo en tal caso la impugnación por vía de acción revocatoria⁸⁶.

Admitida la diferencia conceptual y de efectos, entre negocios simu-

⁸¹ Orgaz, ob. cit., p. 94.

⁸² Carranza, ob. cit., p. 360; Guastavino, ob. cit., p. 384.

⁸³ Orgaz, ob. cit., p. 94.

⁸⁴ Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, 1, 2º, § 139.

⁸⁵ Von Thur, *Tratado de las Obligaciones*, t. I, § 34.

⁸⁶ Von Thur, *Tratado...* cit., t. V, 66-II.

lados y fiduciarios, cabe reconocer empero, como también lo hace Guastavino, que desde el punto de vista práctico el problema de saber qué carácter tiene el acto puede volverse arduo y requerir análisis muy sutiles.

Dice Guastavino⁸⁷: “Desde el punto de vista práctico, cuando surge el problema de saber qué carácter tiene el acto, será útil considerar que existiendo contradocumento la solución puede ser a favor de la simulación relativa; no habiendo contradocumento cabría presumir, en principio, que el negocio contiene una transmisión fiduciaria de derechos, salvo que las particularidades del caso justifiquen la omisión o desaparición del contradocumento”. Recuerda este jurista la opinión de von Thur⁸⁸, para quien, en la duda, debe entenderse que el acto de disposición tiene valor fiduciario; agrega el jurista alemán que los actos de disposición realizados con miras a sustraer bienes a la acción de los acreedores, no tienen carácter simulado sino fiduciario, “ya que cuanto más intensa sea la intención fraudulenta del disponente, tanto mayor razón habrá para entender que la voluntad de enajenar es real y no fingida, procediendo en tal caso la impugnación por la vía de acción revocatoria”. Para Dagot⁸⁹ la cuestión suscita vivas controversias desde el punto de vista de su aplicación; sostiene que “en un plano general, el acto fiduciario se caracteriza por un exceso cuantitativo en los efectos propios del acto realizado respecto de la intención de esas mismas partes”. Para Distaso⁹⁰ media una mera distinción entre negocio fiduciario y negocio simulado.

a) *Interposición fiduciaria*

Conviene que nos detengamos brevemente en esta especie de negocio fiduciario para distinguirlo de la interposición simulada, supuesto de simulación relativa subjetiva.

Es característica de la interposición la participación de un tercer sujeto (interpuesto), que se introduce como intermediario entre los dos que normalmente forman el negocio; ello obliga a precisar si este sujeto par-

⁸⁷ Guastavino, ob. cit., p. 386.

⁸⁸ Von Thur, *Tratado de las Obligaciones* cit.

⁸⁹ Dagot, ob. cit., p. 33.

⁹⁰ Distaso, ob. cit., p. 411, N^o 117.

tipica en el acto real o simuladamente “y además del aspecto jurídico, un aspecto económico, que puede coincidir o no con el jurídico”⁹¹.

En el mandato sin representación⁹² tenemos un caso muy frecuente de interposición real; el mandatario adquiere para sí, real y efectivamente, y luego, por un segundo negocio, vierte los efectos jurídicos en el patrimonio del mandante.

En la doctrina nacional es mayoritaria la opinión que excluye de la comprensión del artículo 955, parte final, la interposición real de personas⁹³ con la importante disidencia de Borda, para quien “sería ventajoso conceptuar jurídicamente a la interposición real de personas como un supuesto de simulación y no de mandato oculto, por la facilidad de la prueba [...] y por la posibilidad de ampliar la prescripción por un lapso mayor de diez años”⁹⁴. Dice con todo acierto Llambías, en su voto registrado en la causa “Laurele c/Vitelli” (E. D. 3-428): “...cuando se examina el juego de la interposición de personas en los actos jurídicos, pueden presentarse dos hipótesis diferentes según que la interposición sea ficticia o real. Si el enajenante conoce la interposición de persona, el acto adolece del vicio de simulación relativa, consistente en la constitución o transmisión de derechos a favor de ‘personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten’ (art. 955, parte final). Por el contrario, cuando el *tradens* ignora la real interposición de

⁹¹ Gamarra, ob. cit., p. 79. Nos detendremos nuevamente en el tema al estudiar en particular la simulación relativa subjetiva en el capítulo dedicado a las “especies de simulación”. Puede consultarse de Mirabelli, *Le disposizioni fiduciarie nell'art. 627 c.c. (Contributo allo studio dell'interposizione de persona)*, en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1955, 1071; Compagnucci de Caso, R., *El negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 329 y ss.; Carcaba Fernández, L., *La simulación en los negocios jurídicos*, ps. 87 y ss.; Albaladejo, J., *Derecho Civil. Introducción. Parte general*, t. II, vol. II, ps. 244 y ss.

⁹² Mosset Iturraspe, J., *Responsabilidad por daños. Parte especial*, y del mismo autor *Mandatos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996. “El acto jurídico obrado con interposición real de persona es válido y exento del vicio de simulación, puesto que en esta hipótesis el transmitente del derecho ignora el mandato oculto en virtud del cual obra su cocontratante y es para él *res inter alios acta*” (CNCiv., sala F, 27-8-82, J. A. 1983-II-123; sala E, 5-3-82, L. L. 1983-A-402).

⁹³ Llerena, *Derecho Civil. Concordancias y comentarios al Código Civil argentino*, 3ª ed., t. III, art. 956, Nº 22, p. 478; Machado, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, t. II, nota art. 955, p. 181; Llambías, *Tratado. Parte general*, 1961, t. II, p. 592, Nº 1798, etc.

⁹⁴ Borda, *Tratado. Parte general*, t. II, 1ª ed., p. 302, Nº 1173, y votos en L. L. 101-448 y E. D. 3-430.

personas, el acto es válido, exento de todo vicio y eficaz para trasladar los derechos del transmitente, que pasarán a existir en cabeza del único adquirente que ha contratado con él. No hay allí simulación alguna, razón por la cual el mandante oculto que quiera fijar el destino final de los bienes en su patrimonio, tendrá que recurrir, no a una acción de simulación contra los intervinientes en el acto de constitución o transmisión de los derechos, sino a una acción de mandato contra el mandatario que se resiste a transmitirle el bien (conf. arts. 1904, 1909, 1911 y 1929, Cód. Civ.). Vale decir que el demandante fundará su acción, no en el acto originario de transmisión de bienes, sino en el convenio paralelo (de prestanombre, sociedad oculta, etc.) que haya celebrado con su testaferró”.

También media interposición real en la fiducia *cum amico*, por la cual el fiduciario recibe la propiedad de la cosa con la obligación de traspasarla, a su vez, a un tercero; el fiduciante recurre a una persona de su confianza a quien transfiere realmente la propiedad con el encargo de hacer llegar los bienes al patrimonio del tercero. A diferencia de lo que sucede en la interposición simulada, en la interposición real el sujeto interpuesto adquiere real y efectivamente. Pero, como el resultado económico de la gestión le es ajeno, debe trasladarlo luego al otro sujeto, el interponente, ya que actúa como gestor por cuenta de otro; la segunda operación, también real y verdadera, cierra definitivamente el ciclo.

En la interposición ficticia, muy por el contrario, el sujeto interpuesto no adquiere derechos ni contrae obligaciones, porque sólo actúa para encubrir al verdadero contratante. Cuando la simulación se declara el interpuesto es eliminado. Habiendo tres partes en la simulación por interposición de personas, se requiere un acuerdo simulatorio trilateral: el contratante ostensible, el sujeto interpuesto o prestanombre y el contratante oculto. A estos tres sujetos se aplican, señala Valsecchi⁹⁵, las reglas que rigen la prueba de la simulación entre las partes.

10. Negocios indirectos

En el negocio indirecto las partes realizan real y efectivamente un

⁹⁵ Valsecchi, *In tema de legittimazione e di prova della simulazione*, en *Riv. Dir. Comm.*, 1956, II, 5-6.

negocio jurídico, no hay apariencia o simulación; pero, además de querer el fin que es típico y normal del negocio adoptado, persiguen también la obtención de fines ulteriores, que son ajenos y extraños a éste⁹⁶.

Ejemplifiquemos con el contrato de venta con pacto de retroventa. Puede ocurrir, antes que nada, que las partes:

- a) Quieran celebrar real y efectivamente una compraventa con pacto de retroventa, o bien
- b) que recurran a ella de un modo insincero para ocultar otro negocio.

En el primer caso estamos frente a un negocio real, pero, a la vez, indirecto; en el segundo, frente a uno ficticio o simulado. Decimos que es indirecto porque se recurre a la compraventa no para lograr el cambio definitivo de una cosa por un precio en dinero (que es la finalidad propia del medio empleado, la compraventa) sino persiguiendo un fin práctico distinto –que en el caso está tipificado o sea disciplinado legalmente–, una función de garantía.

Si bien la compraventa es querida por las partes, resulta un mero “presupuesto” o punto de pasaje para alcanzar el fin ulterior; de ahí que se afirme que desempeña una “función instrumental”, de “negocio medio”, en atención al resultado indirecto, o la incongruencia entre la función del negocio y la intención de las partes, en expresión de Pugliatti o la incongruencia de fines de que habla Betti, o, por, último, la “disonancia entre el medio adoptado y el fin práctico que se persigue”, en palabras de Messineo⁹⁷. Ferrara los llama “negocios oblicuos”. Otros ejemplos comunes de contratos indirectos: el mandato, empleado no para lograr la colaboración en un negocio propio, sino con fines de garantía, de cesión o incluso para satisfacer una deuda que el mandante tiene con el mandatario⁹⁸: la donación indirecta –sobre cuya noción existe una verdadera controversia, recordada por nosotros en *Responsabilidad por daños*, II–. Las sociedades con un solo socio –anónimas con un solo accionista, por ejemplo– que nosotros ubicamos entre las sociedades simuladas, sea que

⁹⁶ Ascarelli, T., *Il negozio indiretto; contratto misto, negozio indiretto, negotium mixtus cum donatione* (Studi in tema di contratti), Milano, 1952; Rubino, *El negocio indirecto*, Madrid, 1953, p. 21; Graziani, *Negozi indiretti*, en *Riv. Dir. Comm.* 1933, I, 414; Betti, *Negocio jurídico*, p. 21; Barbero, ob. cit., p. 259.

⁹⁷ Messineo, ob. cit., I, N^o 14, p. 340.

⁹⁸ Sobre el particular remitimos a Rubino, *En negocio jurídico indirecto*, p. 147.

la situación surja originariamente o que la concentración de acciones en una sola mano efectiva ocurra durante la vida de la sociedad, constituyen, para otro sector doctrinario, un negocio indirecto y, para un tercero, uno fiduciario⁹⁹.

Vemos aparecer entonces los elementos característicos del negocio indirecto: la elección de una vía transversal u oblicua, en lugar de la que sería natural (recurrir a un negocio de cambio, al cual se desnaturaliza en virtud de un pacto, en lugar de emplear uno de garantía) y, como consecuencia, la disonancia entre el medio jurídico y el resultado final perseguido (no se quiere enajenar definitivamente la cosa sino entregarla para asegurar la restitución del dinero recibido); el procedimiento utilizado se traduce en una excedencia, en el caso. Pero también es posible que el medio muestre una insuficiencia en relación al fin práctico perseguido.

Guastavino¹⁰⁰ menciona como ejemplo de excedencia en un negocio indirecto, el reconocimiento de un hijo natural con el fin de que reciba bienes a la muerte del que lo reconoce (pues hubiera bastado un legado o institución de herederos), y, como hipótesis de insuficiencia, la institución hereditaria cuyo verdadero fin hubiera sido realizable con el reconocimiento de la filiación.

Pero es preciso señalar, habiendo llegado a este punto, que el negocio indirecto no es una categoría jurídica; se trata de “modos en que pueden manifestarse todos los negocios”¹⁰¹. En principio, todo negocio es susceptible de sufrir la agregación de un fin ulterior –que un sector califica como motivo– permaneciendo inmutada su causa o finalidad económico-jurídica. Cuando el fin ulterior desplaza a la finalidad típica ya no estamos en presencia de un negocio indirecto sino ante una nueva figura¹⁰².

⁹⁹ Véase de Yadarola, M. L., *El negocio indirecto y la sociedad anónima con un solo accionista*, en *Revista Jurídica de Córdoba*, 1948, y la opinión en contrario de Malagarriga, J. C., *Sociedades de un solo socio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965.

¹⁰⁰ Guastavino, ob. cit., p. 387.

¹⁰¹ Di Paolo, *Contro il negozio indiretto*, col. 386. Ascarelli, ob. cit., p. 11, se pregunta si el negocio indirecto en un negocio único o el resultado de una combinación de varios negocios económicamente conexos pero jurídicamente distintos; sólo en el primer caso, sostiene, puede hablarse de negocio indirecto en sentido riguroso.

¹⁰² Santoro Passarelli, *Interposizione*, col. 177. El fin ulterior no debe permanecer en el ámbito psicológico de los contratantes, sino traducirse en cláusulas particulares –verdaderos pactos–, o, al decir de Rubino, en elementos de hecho (ob. cit., p. 91).

El más impugnador de los negocios indirectos, Di Paolo¹⁰³, señala que nacen por la contraposición inevitable entre la estabilidad de los sistemas legislativos y la variabilidad de las condiciones y exigencias de la vida social y, también, por la divergencia entre un número necesariamente definido de tipos negociales preordenados por el sistema positivo y la infinita variedad de los fines que los particulares pueden obtener. De Gennaro agrega que el procedimiento indirecto “permite suplir las eventuales deficiencias del ordenamiento positivo”¹⁰⁴.

Pero de manera alguna pueden estos negocios indirectos confundirse con los simulados. Precisamente su consideración por Ascarelli, a quien se debe la primera exposición sobre la figura, se originó en la necesidad de distinguir unos y otros. Anticipamos que son negocios reales, que no corresponden al ámbito de los insinceros. Para Di Paolo los únicos motivos que justifican reunir a los negocios indirectos en una “mastodóntica e incolora categoría” son: no ser simulados y perseguir efectos anormales¹⁰⁵. En el negocio indirecto las partes quieren el negocio y también sus efectos; en esta conclusión hay consenso doctrinario; otra cosa ocurre en la simulación relativa, frente al negocio simulado y al disimulado. Pone de resalto Ascarelli que en el negocio indirecto no hay ocultación, “el fin ulterior resulta claramente de las cláusulas del negocio, que a menudo forman parte del mismo documento que menciona el negocio adoptado por las partes”.

Más difícil aún es el distingo entre los indirectos y los fiduciarios, al punto que un sector los vincula como género (los indirectos) y especie (los fiduciarios)¹⁰⁶, y para otro la figura del negocio indirecto se agota

¹⁰³ Di Paolo, ob. cit., col. 369; su empleo, agrega, está determinado por las necesidades de la vida práctica. En igual sentido se expide Greco, *La società di “commodo” e il negozio indiretto*, en *Riv. Dir. Comm.*, 1932, p. 771. Para Ascarelli responde a un fenómeno de “inercia jurídica”; los contratantes utilizan las formas conocidas, mediante un proceso de adaptación de las mismas, en lugar de crear nuevos tipos, porque los antiguos ya están impuestos y admitidos. Para Rubino hay una razón de “comodidad” o de “timidez” en la preferencia por los esquemas ya establecidos.

¹⁰⁴ De Gennaro, *Sul valore dommatico del negozio indiretto*, Milano, 1939.

¹⁰⁵ Di Paolo, ob. cit., col. 367.

¹⁰⁶ Tesis sostenida por Ascarelli (ob. cit., p. 4), Greco (ob. cit., p. 777), De Gennaro (ob. cit., p. 21, 76), Barbero (ob. cit., p. 260) y en la doctrina nacional por Carranza (ob. cit., p. 361), quien concluye afirmando que: “...el negocio fiduciario pertenece a la categoría de los negocios indirectos. En él, en efecto, se advierte la excedencia que se

con los fiduciarios¹⁰⁷. Pensamos que entre unos y otros hay diferencias estructurales, sin perjuicio de admitir notorias semejanzas. Es el criterio de los sostenedores de la autonomía del negocio fiduciario¹⁰⁸. Guastavino, quien luego de reconocer las similitudes, concluye: “No obstante la existencia de estas interferencias, ambas nociones mantienen singularidades específicas que impiden la absorción de un concepto en el otro [...] son: a) el negocio fiduciario puede ser abstracto o causado; el negocio indirecto es siempre causado, y b) en la estructura del negocio fiduciario hay siempre una traslación ‘real’ del derecho, oponible *erga omnes*; en el negocio indirecto, en general, esa traslación podría faltar...”

Cuando el negocio indirecto está dirigido a violar prohibiciones legales, cuando las partes pretenden lograr por una vía indirecta u oblicua los fines que no pueden conseguir directamente, nos encontramos frente al fraude a la ley. Como desconocemos al negocio indirecto la calidad de categoría jurídica autónoma, como hemos sostenido que no se trata sino de modos en que pueden manifestarse todos los negocios y como su empleo, por lo común, responde al fraude a la ley, creemos conveniente detenernos en la consideración de diversas hipótesis al estudiar los negocios fraudulentos, en otra obra específica sobre el tema¹⁰⁹.

11. Negocios fraudulentos

Para Chardon el fraude consiste en el arte pérfido de desafiar a las leyes con la apariencia de someterse a ellas, y de violar los contratos bajo la apariencia de ejecutarlos, engañando con la exterioridad sobre el verdadero sentido de los actos o los hechos¹¹⁰.

produce entre el medio (transferir la propiedad) y el resultado (garantizar o administrar). Hay inexcusablemente una vía oblicua, un procedimiento indirecto, en todo negocio fiduciario, sin que ello le reste realidad y vigencia”.

¹⁰⁷ Santoro Passarelli, ob. cit., col. 177.

¹⁰⁸ Jordano Barea, Albaladejo, y en la doctrina nacional, Guastavino.

¹⁰⁹ No desconocemos que el negocio indirecto puede ser “actuado y obrado de conformidad al Derecho objetivo” (Carranza, ob. cit., p. 361), pero creemos, con Dominedò, que el empleo del procedimiento indirecto responde, las más de las veces, al deseo de cometer un fraude a la ley.

¹¹⁰ Chardon, *Traité du dol et de la fraude*, t. I, *Introduction*. Para Vignerón, P., *La fraude dans les transferts des droits*, Thèse, Paris, 1923, se trata de una definición pomposa;

Ligeropoulo define el fraude a la ley, sosteniendo que existe “toda vez que por actos reales y voluntarios, aunque a veces no intencionales, se crea una situación conforme a la letra de la ley, pero, en rigor, contraria a su espíritu”¹¹¹.

Lo recordado es suficiente para permitirnos mencionar un doble y fructífero distingo:

- a) Que la noción de fraude varía según se sustente un criterio amplio o restringido, y
- b) que el fraude puede perseguir la violación de la ley o el perjuicio de los acreedores.

Algún sector de la doctrina comparada, defiende el fraude de ley como una figura no separada o independiente, e incluida en la familia más amplia de negocios simulados. No es ésa la postura defendida por De Castro¹¹² para quien “puede haber una simulación no fraudulenta y un negocio en fraude no disimulado”. Sols Lucía¹¹³ sostiene que “algunas de las sentencias del Tribunal Supremo español, afirman que “el negocio disimulado, objeto de la litis, es válido, si bien afectado por un acto *in fraudem legis*”.

La noción amplia del jurista Chardon, citado por Vélez en las notas a los artículos 961 y 494, privó durante la mayor parte del siglo XIX. El fraude es entendido como una maniobra para perjudicar; es el arte de violar las leyes engañando a los magistrados o a los terceros por medio de los actos –agrega Chardon–, y si bien se lo diferenciaba del dolo –el daño se busca “por el contrato” en el dolo y “con el contrato” en el fraude–, no se distinguía de la simulación.

La noción restringida reconoce como precursores a Baehr y Ferrara. Comienza por señalar que el negocio fraudulento es un negocio verdadero, real, viciado precisamente y sólo por la *fraus*. La doctrina moderna, además

propone, a su vez, la siguiente: “toda maniobra que permita a una persona substraerse a ciertas cargas a las cuales está obligada, sea en virtud de la ley, sea de un contrato”. Para A. Maierini (*Della revoca degli atti fraudolenti*, Firenze, 1898) el fraude reclama la idea de un daño causado a otro mediante artificios ocultos y maliciosos.

¹¹¹ Ligeropoulo, A., *Le problème de la fraude a la loi*, Paris, 1928, p. 60. Este autor destaca que su definición engloba “el fraude a la ley sin fraude”.

¹¹² De Castro y Bravo, *El negocio jurídico*.

¹¹³ Sols Lucía, A., *Fraude a la ley*, Bosch, Barcelona, 1989, p. 226.

de coincidir sobre el carácter real del negocio fraudulento –sosteniendo que es querido tal como aparece y con los efectos que le son propios¹¹⁴–, precisa cuál es o dónde reside su “apariencia”. El negocio fraudulento aparenta respetar la ley –a diferencia del negocio ilegal que directamente la contradice–, aparenta ceñirse a la letra de la ley, pero, en rigor o de hecho, trata de eludir su aplicación y de contravenir su finalidad.

Para un sector esta situación se caracteriza como un respeto a la letra de la ley con violación de su espíritu¹¹⁵. La Cámara Nacional Comercial, sala E¹¹⁶, tiene declarado que: “Tanto la acción de simulación como la acción pauliana son conservatorias, pues tienden a asegurar la integridad patrimonial del deudor. La finalidad de la acción de simulación es dejar establecido que los bienes objeto del acto atacado no han salido del patrimonio del deudor, y, en cambio, la finalidad de la acción revocatoria es remover el obstáculo, a fin de que el acreedor pueda cobrar su crédito haciendo ejecución de los bienes”. Sin embargo, se ha aceptado la acumulación de ambas acciones –como se verá más adelante– “en forma subsidiaria”, para “el caso que no fuera ficticio el acto, pero pueda probarse el vicio de fraude y declararse nulo el negocio frente al acreedor y hasta el monto de su crédito únicamente”. Para otro sector, con el negocio fraudulento se persigue un resultado análogo al prohibido; prácticamente equivalente al previsto y prohibido por una norma prohibitiva y que no se puede conseguir¹¹⁷.

Señalemos, asimismo, que no debe confundirse el negocio en fraude a la ley con el negocio en fraude a los acreedores¹¹⁸. En el primer caso

¹¹⁴ Baehr, *Geschäfte sur Umgehung des Gesetzes und simulierte Geschäfte*, in *Entscheidungen des Reichsgericht mit Besprechungen*, N^o IX, ps. 52 y ss.; Mocano y Lipsia, 1883, p. 50; FERRARA, ob. cit., ps. 77 y ss.; Ligeropoulos, ob. cit., N^o 14; Distaso, ob. cit., N^o 23, p. 131; Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude*, Thèse, Toulouse, 1957, p. 183; Young, *Simulation, fiducie et fraude à la loi*, Mélanges Sauser Hall, p. 139; Dagot, ob. cit., p. 50, etc.

¹¹⁵ Ligeropoulos, ob. cit., p. 60; Carbonnier, *Droit Civil*, II, N^o 116.

¹¹⁶ L. L. 1990-B-89; E. D. 136-140.

¹¹⁷ Messineo, ob. cit., II, p. 480; Santoro Passarelli, ob. cit., p. 225; Carraro, *Il negozio in fraude alla legge*, Cedam, Padova, 1943. El art. 1344, Cód. Civ. italiano, se ocupa del “contrato en fraude a la ley”: “Se reputa asimismo ilícita la causa cuando el contrato constituya el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa”.

¹¹⁸ El distingo es corriente en la doctrina moderna. Santoro Passarelli hace una triple clasificación: fraude de la ley, de los acreedores y del Fisco; creemos suficiente hablar del fraude a la ley y del fraude en perjuicio de terceros (López Olaciregui, en adiciones a Salvat, *Tratado... Parte general*, t. II, 2422, D y E, p. 619).

se trata de eludir una norma imperativa objetivamente considerada; en el segundo, media la conciencia de perjudicar el derecho de un tercero, sienta requisito la existencia del daño ajeno. Nuestro Código Civil se limita a legislar de un modo expreso sólo el fraude en perjuicio de terceros (arts. 961 y ss.), concediendo al dañado la acción revocatoria o pauliana¹¹⁹.

Lo dicho es suficiente para distinguir el fraude, en cualquiera de sus manifestaciones, de la simulación, y, por ende, la acción de fraude o pauliana, de la acción de simulación. Compartimos la afirmación de López Olaciregui sobre la sistematización del Código –apartándose de las enseñanzas de Chardon–: a) si se busca violar la ley imperativa o perjudicar a un tercero por medio de un acto real, nos encontramos con un acto fraudulento; se trata de un caso de fraude en el acto jurídico, y b) si se trata de violar la ley o de perjudicar a terceros con un acto irreal, nos encontramos en el campo de la simulación ilícita. En la nota al artículo 962 precisa que “...las dificultades que se exponen, nacen de confundir la acción pauliana con la acción de simulación...”

El negocio simulado, a diferencia del fraudulento, puede ser lícito o ilícito; la simulación muestra un divorcio entre apariencia y realidad, entre lo simulado y lo disimulado, contrastado con el fraude que es pura realidad, y, finalmente, mientras en la simulación ilícita se oculta la transgresión en un segundo negocio: el acuerdo simulatorio, en el fraude se oculta bajo la apariencia del respeto a la letra de la ley.

12. Penetración y simulación

Cuando se busca comparar la teoría de la penetración con la de la simulación no puede olvidarse que la primera se encuentra aún en proceso de elaboración y que, por ende, sus notas caracterizantes y su alcance varían según sus expositores.

A los fines buscados conviene poner de resalto que en la medida en que la teoría de la penetración está destinada a “levantar el velo” o

¹¹⁹ Lo cual no impide considerar que se encuentra implícito en él un principio general de represión de los negocios *in fraudem legis* (arts. 953 y concs., Cód. Civ.). CARRARO, *Valore attuale della massima “fraus omnia corrumpit”*, en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1949, ps. 782 y ss.

“correr la cortina” de la personalidad moral o jurídica para observar si detrás de ella se encuentra una realidad o pura apariencia, coincide con la teoría de la simulación. En la medida en que la teoría de la penetración de la persona colectiva sirva para desentrañar los fraudes a la ley mediante la persona jurídica o la existencia o no de una transferencia de la locación¹²⁰, excederá el ámbito de la simulación y mostrará una mayor riqueza de posibilidades¹²¹.

Hemos dicho ya y ahora lo reiteramos que juzgamos equivocado proscribir a la simulación del campo de los negocios creadores de la personalidad jurídica; también estimamos erróneo pretender calificar a la teoría de la simulación como del Derecho Privado y, en oposición, a la de la penetración como propia del Derecho Público o concluir que al subsumir la segunda, al menos parcialmente, en la primera no hacemos sino “colocar vino nuevo en odres viejos”.

Así mismo, hemos puesto cuidado en especificar el rol de la simulación en la defensa de los intereses privados y públicos; en la defensa, por ejemplo, del orden público económico. Por lo demás, de aceptarse el criterio propuesto, nuestros jueces contarían con un instrumento jurídico apto para combatir los abusos que se cometen con la persona jurídica, sin necesidad de aguardar la madurez de la teoría de la penetración, el consenso acerca de la misma o su recepción por el ordenamiento jurídico.

¹²⁰ Masnatta, *La transferencia de la locación y la doctrina de la desestimación de la forma de la persona jurídica*, en J. A. 1961-VI-575, y del mismo autor, *La teoría de la penetración en la persona colectiva*, en homenaje a H. Lafaille, ps. 505 y ss.

¹²¹ Nos limitamos a señalar el hecho sin abrir juicio definitivo sobre la legitimación de tales aplicaciones. Dobson, J. M., *El abuso de la personalidad jurídica*, Depalma, Buenos Aires; De Ángel Yáguez, R., *El levantamiento del velo de la personalidad*, Civitas, Madrid, 1995.