

Implicancias del derecho civil

ASPECTOS ESENCIALES DE LA TEORÍA DE LA SIMULACIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

SIMULATIONS'S THEORY: MAIN ASPECTS OF THE CONTRACTS IN SPANISH CIVIL LAW

*Germán Ovalle Madrid**

Resumen

La presente contribución revisa los aspectos fundamentales de la simulación de contrato, su declaración judicial y la relación con otras conductas afines, desarrollados por la doctrina del derecho privado español. Su relevancia radica en que se trata de un fenómeno expansivo y vigente, cuyo estudio y desarrollo se encuentra inacabado.

Palabras claves: Manifestación de voluntad, contrato, mentira, falsedad, simulación.

Abstract

This paper deals with the concept of simulated contract in the light of its theory and doctrinal development, investigating its historical origin, the forms it adopts and the legal consequences in private law, its most relevant classifications, or types, as well as the various schools that have developed the effects of this business phenomenon. I conclude with some reflections about the limits of the faculty of simulating contracts.

Keywords: Manifestation of will, contract, lie, falsehood, simulation.

* Doctor en Derecho por la Universitat de Barcelona. Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universitat Pompeu Fabra y de Barcelona. Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Artículo recibido el 7 de mayo de 2021 y aceptado para su publicación el 20 de agosto de 2021.. Correo electrónico: german.ovalle@monttgroup.com

I. Requisitos del negocio simulado

§ 1. Los requisitos del negocio simulado¹ son:

- a) *Una declaración deliberadamente disconforme con la voluntad* –que distingue la simulación del error obstáculo, ya que en la simulación la disconformidad es consciente mientras que en el error, es inconsciente–;
- b) *Un acuerdo entre las partes* –que distingue la simulación de la reserva mental, puesto que en la simulación ambos contratantes acuerdan la disconformidad entre lo querido y lo declarado, mientras que en la reserva mental, dicha disconformidad permanece oculta solo en la mente de uno de los contratantes– y
- c) *Una finalidad común de ocultar la verdadera voluntad a terceras personas* –aunque no se exige que ese fin sea ilícito o fraudulento–².

La descripción de estos requisitos ofrece una mejor comprensión del fenómeno objeto de estudio. Se debe destacar con especial énfasis, el hecho de que el término ‘simulación’ que se ha manejado hasta este instante, en ningún caso se puede interpretar como sinónimo de ‘fraude’ o ‘dolo’ en la conducta de los contratantes. En ese contexto, la explicación de la simulación será la que el acto significa para las partes, siendo este el motivo o *causa* próxima que determina a estos para desplegar la operación simulatoria.

Establecer si este acto es doloso o defraudatorio para otro es una apreciación que excede el concepto formal, lo que debe ser resuelto aplicando los requisitos señalados supra. Esta valoración de los *efectos de la simulación* es una vertiente que supone verificar otras condiciones anexas al fenómeno simulatorio y que se deben revisar a propósito de la sanción jurídica que proceda, que es cuando cobra relevancia la *intención* de una o ambas partes frente al perjudicado³. Previa esta aseveración de realida-

¹ Los antecedentes históricos, legales y doctrinarios de la simulación de contrato en derecho civil español, véanse en Germán OVALLE MADRID, “Origen y evolución de la teoría de la simulación de los negocios jurídicos en Derecho español”, pp. 219-250.

² FRANCISCO FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos, passim*. Sobre la teoría de la simulación en general, véase FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, p. 333 y s.; M^a ROSARIO VALPUESTA FERNÁNDEZ (COORD.), *Derecho civil. Obligaciones y contratos*, p. 379 y s.; JOSÉ L. LACRUZ BERDEJO, AGUSTÍN LUNA SERRANO, JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA Y FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones. Teoría general del contrato*, p. 108 y s., §65; JOSÉ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, p. 439 y s.; JOSÉ L. LACRUZ BERDEJO, *Manual de derecho civil*, p. 638 s. También, MARCEL PLANIOL Y GEORGES RIPERT, *Derecho civil*, p. 871 y s.; KARL LARENZ, *Derecho civil, Parte general*, p. 500 y s. JOSÉ CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, 9^a ed., p. 541 y s. También LUIS DIEZ-PICAZO Y ANTONIO GULLÓN, *Instituciones de derecho civil*, p. 340 agrega que no debe confundirse la intención de engañar con la intención de dañar.

³ La sanción jurídica que corresponda al acto jurídico simulado debe ser objeto de una adecuada valoración normativa y solo en esta esfera de análisis se podrá distinguir si el *engaño* simulatorio colma los requisitos para ser desvalorado y constitutivo de un *dolo* civil.

des en juego, es posible seguir con la explicación de las formas en que se presenta de manera usual la simulación en el tráfico jurídico.

II. Clasificación de la simulación: *absoluta y relativa*

§ 2. La simulación, en cuanto al fin específico por el cual ha sido desplegada por los contratantes, se puede clasificar en absoluta y relativa. La *simulación absoluta*, es aquella por medio de la cual se aparenta celebrar un negocio, con la intención de no ejecutar negocio alguno⁴. Se pueden distinguir dos categorías de esta especie de simulación:

- a) Aquella que simula un negocio mediante el cual disminuye el patrimonio, como en los casos en que un deudor se insolventa para impedir la persecución de la deuda en su patrimonio⁵ y
- b) La que simula un negocio que ocasiona un aumento del pasivo del patrimonio de manera ficticia, lo que ocurre en los casos en que se fingen deudas para defraudar a los acreedores.

Por su parte, en la *simulación relativa* se aparenta celebrar un negocio, cuando en la realidad se ejecuta otro acto diverso, pero disimulado, que se oculta tras el ficticio. Existen tres categorías distintas de simulación relativa:

- a) *La simulación relativa a la naturaleza del contrato*, como en la donación disfrazada de venta⁶;
- b) *La simulación relativa al contenido del contrato*, en el caso que el precio pactado es distinto al real y
- c) *La simulación relativa a los sujetos del contrato*, también denominados de *interposición de persona* o negocio celebrado por medio de testaferro⁷, con diversos fines, algunos lícitos y otros ilícitos⁸.

⁴ En lo que aquí interesa, en los casos de simulación absoluta no hay ningún contrato subyacente al aparente.

⁵ Esto discurre sobre la idea de *vaciamiento patrimonial* en perjuicio de los acreedores.

⁶ Véase Ramón DURÁN RIVACOBA, *Donación de inmuebles, forma y simulación*, p. 25 *in fine*.

⁷ Cfr. PLANIOL Y RIPERT, *op. cit.*, p. 871 y s. También exponen un caso de *excepción* a la simulación cuando en el primer acto se anuncia el modificativo, o el denominado “declaración de pedido”, esto es, en los casos en que el adquirente se reserva la facultad de señalar, con posterioridad, en un plazo cierto, el nombre de la persona para la cual adquiere. No es un caso de simulación porque el acto no está destinado a permanecer en secreto.

⁸ Esta figura debe diferenciarse del mandato no representativo, en el que simplemente se oculta a terceros el nombre del mandante por motivos de legítima conveniencia o por un interés digno de protección. Véase PUIG, *op. cit.*, pp. 442-443. Para otra subclasificación de la simulación relativa, véase Luis CLAVERÍA GOSALVEZ, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, p. 591 y s., quien señala que pueden concebirse “b.1)

§ 3. La simulación absoluta y la relativa difieren sustancialmente una de la otra. Siguiendo a José Santa María, la simulación absoluta consiste en una “configuración artificiosa de una apariencia contractual por voluntad de los interesados” que constituye un *caso particular de inexistencia* del contrato⁹. Dicho concepto se deriva de la regla general *quod ab initium vitiosum est non potest tractu tempore conualescere*. Por su lado, la simulación relativa la explica diciendo que es tal cuando:

“Bajo la falsa apariencia se hubiera disimulado otro contrato en verdad querido y entonces puede este tener eficacia propia como contrato subyacente o disimulado”^{10,11}.

Esta especie de simulación responde al principio *quia plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur*¹².

La *simulación absoluta* se define por la ausencia de una voluntad o de una causa verdadera para obligarse, cuyos requisitos son inherentes a todo acto jurídico. En efecto, el art. 1261 del CC establece los elementos esenciales de todo contrato:

La simulación relacionada con el negocio realmente celebrado; b.2) Las condiciones especiales del negocio y b.3) El uso de interposición de persona”. También, Miguel DEL ARCO TORRES y Manuel PONS GONZÁLEZ, *Diccionario de Derecho Civil*, p. 1307.

⁹ Véase PUIG, *op. cit.*, pp. 79-80. También, CASTAN, *op. cit.*, 9ª. ed., p. 541 y s. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pp. 442-443. CLAVERIA, *op. cit.*, p. 591 y s. SsTS de 12 de julio de 1941, 3 de marzo de 1932 y 22 de febrero de 1940.

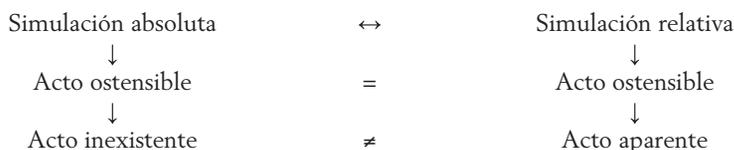
¹⁰ Manuel GARCÍA AMIGO, *Instituciones de derecho civil, I. Pare general*, pp. 754-755, 758. Véanse SsTS de 24 de febrero de 2002, 20 de diciembre de 1963, 14 de enero de 1966, 8 de marzo de 1988, 9 de mayo de 1988 y 28 de octubre de 1988. En el mismo sentido, LARENZ, *Derecho civil., op. cit.*, p. 500 s. y SsTS de 22 de marzo de 1963 y 22 de diciembre de 1987. También Vicente, TORRALBA, *Derecho civil para ciencias económicas y empresariales*, pp. 526-527; Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de derecho civil. Parte general*, p. 335.

¹¹ PUIG, *op. cit.*, pp. 445-446, quien sostiene que la simulación relativa se configura cuando, además del aparente, se ha celebrado un contrato disimulado. El contrato disimulado deberá cumplir con los mismos requisitos de validez que exige la ley si se hubiese celebrado de forma autónoma. De ahí que subsista la discusión en torno a la compra-venta simulada de cosa inmueble, otorgada en escritura pública, que se entiende válida como donación, sin que hubiese cumplido con los requisitos del art. 633 del CC, esto es, se haya expresado en ella individualmente los bienes donados.

¹² José SANTAMARÍA, *Comentarios al Código Civil: Art. 1.088 a Disposiciones transitorias y Apéndice foral de Aragón*, p. 268 s. Véase STS de 3 de marzo de 1932, que, respecto de los negocios disimulados, es necesario que se justifique la concurrencia de los elementos y el cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley. También, José María MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, p. 643; Giuseppe STOLFI, *Teoría del negocio jurídico*, pp. 135-136.

- a) *Consentimiento de los contratantes*, el que da origen al contrato conforme al art. 1254 del CC, siempre que se produzca en los términos del art. 1262 del CC¹³;
- b) *Objeto cierto*, sobre el que recae el consentimiento y que constituye la materia del contrato con arreglo a los arts. 1271 y 1273 del CC y
- c) *Causa jurídica de la obligación*, de acuerdo con los arts. 1274 a 1277 del CC. Una vez que se constata la concurrencia copulativa de estos tres elementos, el contrato adquiere existencia en derecho¹⁴.

§ 4. Por otra parte, la simulación absoluta difiere de la relativa en que, en la primera, si bien hay una declaración, no hay una voluntad de obligarse; en cambio, en la segunda, además de la declaración, existe una intención vinculante, aunque sea diversa a la expresada¹⁵. De este modo, se plantea el siguiente esquema:



Como se observa, el modelo subyacente a cada forma de expresión de la simulación presenta igualdad en cuanto a la existencia de un acto ostensible frente a otros posibles interesados en los efectos del acto, distinto al contenido que se encuentra detrás de la ficción contractual. La diferencia radica en que, al indagar en la finalidad que tienen las partes con el acto simulado, en los casos de simulación relativa se encuentra un acto real que se desea ocultar dando eficacia jurídica solo al acto ostensible, quedando el acto disimulado como un negocio sin efectos para las partes, esto con el ánimo de solo beneficiarse de los resultados que el acto ostensible ofrece como *medio* para sostener la operación disimulada. En cambio, en los casos de simulación absoluta no existe un acto disimulado, no se ocultan efectos que perjudicarían a los declarantes¹⁶, sino que se quiere dar una apariencia de realidad a la ficción creada por las partes. El

¹³ El art. 1262 del CC establece cómo se procede con la oferta y la aceptación.

¹⁴ GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, p. 754 y s., § 107. También, ampliamente, Germán BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Comentarios al Código Civil*, p. 1486 y s.

¹⁵ Así, véanse SsTS de 14 de junio de 1966, 10 de octubre de 1961, 1 de diciembre de 1964 y 13 de mayo de 1965.

¹⁶ Lo paradójal es que la simulación absoluta es explícita, es decir, su declaración solo conduce de establecer que no subyace ningún acto jurídico. En este contexto, lo que se haya dado o pagado es “pura exacción” sin “contraprestación alguna”.

acto en realidad no cuenta con los requisitos de existencia de todo acto jurídico, existiendo así, solo uno con *contenido ficticio*. De otra forma, el acto ostensible es una virtualidad que ofrece beneficios a los contratantes, por lo que se convierte en *medio y fin* para sus expectativas.

III. Otras clasificaciones de la simulación contractual

§ 5. En razón a su finalidad, la doctrina ha señalado que la simulación puede ser:

- a) *Lícita*, cuando las partes realizan el acto basándose en un interés lícito y sin propósito de fraude, como el caso de fingimiento de grandes ventas de manera de promocionar un producto o
- b) *Ilícita*, cuando el acto simulado busca defraudar a terceros u ocultar la violación de un precepto legal. Respecto de esta segunda clase, existen las siguientes subespecies:
 - b.1) *La simulación de insolvencia*, que consiste en la compraventa que impide la ejecución judicial, en la constitución de gravámenes reales en garantía de deudas simuladamente reconocidas, en las ejecuciones judiciales de créditos simulados, etc.;
 - b.2) *Liberalidades encubiertas*, en particular, las donaciones que esconden actos onerosos hechas con distintos objetivos, como el perjuicio a legitimarios¹⁷, *turpem causa* o la elusión fiscal;
 - b.3) *Préstamos usurarios*, realizados para fingir o, bien, la naturaleza del préstamo o, bien, los elevados intereses; para estos fines ilegales se utilizan la compraventa con *pacto de retro*, la permuta en la que una de las cosas es en esencia de mayor valor a la otra, el contrato de sociedad entre prestamista y prestatario, en el que el primero aporta al inicio la cantidad prestada y luego vende su parte al prestatario por una suma equivalente al préstamo más los intereses de usura, la fianza, la anticresis, la donación remuneratoria y la compensación desmedida al mandatario;
 - b.4) *Simulación de endoso bancario*, es una operación por medio de la cual el librador hace cesión o endoso de la letra a un tercero complaciente, con la finalidad de frustrar la excep-

¹⁷ DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, p. 349 y s. LACRUZ, LUNA, DELGADO, RIVERO, *op. cit.*, p. 112.

ción de falta de provisión de fondos que pueda deducir el librado;

b.5) *La letra de favor*;

b.6) *La simulación en las sociedades*, ya sea en el *affectio societatis* o en las aportaciones, en los casos en que se constituye la compañía sin existir una intención real de realizar un negocio en común y de repartirse las utilidades o los casos en que se adultera la aportación real por parte de los socios, respectivamente y

b.7) *Simulación en los negocios fiduciarios*¹⁸.

§ 6. De acuerdo con otra clasificación, la simulación puede producirse en tres grados diferentes:

- a) *Simulación de la existencia*, referida aquellos actos del todo ficticios, de modo que la simulación crea una completa apariencia que no cubre ningún acto real. Este es el caso de la enajenación simulada para sustraer bienes de una persona a la acción de sus acreedores;
- b) *Simulación de la naturaleza*, cuyo negocio no destruye los efectos del acto ostensible, aunque los modifica de tal modo que alcanza a su propia naturaleza. A este grupo pertenecen las compraventas simuladas que encubren una donación y
- c) *Simulación de las condiciones*, que implica la modificación de una o más de sus condiciones, por lo que se la denomina simulación parcial.

IV. La declaración judicial de simulación contractual

1. GENERALIDADES

§ 7. Solo una sentencia judicial puede declarar que un negocio jurídico es simulado¹⁹. Antes de la dictación de dicha sentencia, el acto jurídico goza de una *presunción de validez* conforme al art. 1277 del CC^{20, 21}. Se trata

¹⁸ Cfr. José Luis ALBÁCAR LÓPEZ *et al.*, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, p. 1049.

¹⁹ Cfr. Rosa M. MÉNDEZ y A. Esther VILALTA, *Acción declarativa de simulación de un contrato, passim*.

²⁰ El art. 1277 del CC dispone: "Aunque la causa no se exprese en el contrato se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario".

²¹ Ya se ha visto que la indicación de la voz 'deudor' no es restrictiva de este y ello tiene una mera razón de inercia histórica [la cursiva es añadida]. Al respecto véase CLAVERÍA, *op. cit.*, p. 580.

de una sentencia declarativa que debe dictarse en un juicio contradictorio, previo emplazamiento de todos los contratantes. La declaración de nulidad por simulación de contrato es una acción, en esencia, de carácter civil²². Dicha declaración judicial es requisito previo e insustituible para fundamentar otras acciones judiciales, como solicitar la indemnización de perjuicios o reivindicar la cosa²³.

Desde la *perspectiva procesal*, la acción civil declarativa de la simulación²⁴ tiene por finalidad que se reconozca, a través de una sentencia judicial, la inexistencia de una relación jurídica –absoluta– o la existencia de otra diversa –relativa–. Una vez declarada la simulación, se pueden impetrar otras pretensiones jurídico-procesales, como la condena a la *restitución de bienes*, la *reivindicación de dichos bienes*, las *indemnizaciones* correspondientes, el *ejercicio de preferencias* que correspondan, la *acción de preterición*, etcétera^{25, 26}.

²² Aun cuando la declaración de nulidad por simulación contractual también puede llevarse a efecto en otro orden de materias, *v. gr.*, en materia laboral, de extranjería, etcétera.

²³ Véase STS de 27 de noviembre de 1963 al señalar: “las cuestiones referentes a la simulación contractual son de naturaleza civil, y si bien en el caso de haber un tercer perjudicado por la simulación, podrá éste acudir a la vía penal para que la reparación del perjuicio sea consecuencia del condigno castigo de los culpables, al amparo de preceptos de orden punitivo, mientras ello no ocurra y se acredite la apertura del procedimiento criminal la jurisdicción civil es libre para actuar y, por tanto, la de los árbitros de equidad designados legalmente para, en sustitución de aquella, resolver en conciencia la cuestión, siempre que no aparezcan graves motivos que aconsejen lo contrario”; CASTAN, *op. cit.*, 9ª ed., pp. 542-543. También, véase PUIG, *op. cit.*, p. 442, quien agrega que en la simulación absoluta, motivada por una causa ilícita, los contratantes pueden incurrir en responsabilidad civil o incluso penal, y en el caso de terceros de buena fe, que hayan realizado una adquisición a título oneroso, esta podrá ser oponible y respetada. En el mismo sentido véase LACRUZ, LUNA, DELGADO, RIVERO, *op. cit.*, p. 117.

²⁴ Que se rige conforme el procedimiento que se disponga dependiendo de la cuantía del juicio (art. 249.2 LEC, cuando la cuantía es indeterminada; verbal, cuando no exceda del monto que indica el art. 250.2 LEC, etcétera).

²⁵ MÉNDEZ y VILALTA, *op. cit.*, p. 10. A este respecto el art. 5211 de la LEC dispone que “no se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas”. Acerca del método para proceder a enjuiciar el contrato, véase LACRUZ, LUNA, DELGADO, RIVERO, *op. cit.*, p. 121; Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, p. 294.

²⁶ Otras características relevantes de la acción declarativa de simulación son: a) *universalidad*: en tanto se puede dirigir en contra de cualquier persona que amenace un derecho legítimo o tutelado mediante el mecanismo de la apariencia jurídica. Por esto se permite que un acreedor demande a otra persona diversa al obligado; b) *transmisibilidad*: por cuanto pueden ejercerla no solo los herederos sino también por actos *inter vivos*. Por esto se permite que el cesionario y el subrogado por pago puedan ejercerla, así como los acreedores con acción subrogatoria. Al respecto, véase MÉNDEZ y VILALTA, *op. cit.*, p. 10 y s.

2. PRUEBA DE LA SIMULACIÓN

§ 8. La acción de simulación se dirige a destruir la *presunción de validez de que gozan los contratos*. Esta última implica que se presume existir la causa expresada de los contratos mientras no se pruebe y declare judicialmente la simulación²⁷. Se trata de una presunción de corte legal –no de derecho– y, por lo mismo, admite prueba en contrario²⁸.

²⁷ Véase la STS de 31 de mayo de 1963, que define la acción de simulación como aquella que tiene por objetivo remover la falsa apariencia, incertidumbre y obstáculos que genera el contrato y sus dañosas consecuencias. En el derecho canónico, Cristina GUZMÁN PÉREZ, *Simulación del consentimiento matrimonial*, p. 89, agrega que la simulación en el matrimonio estaba regulada en el canon 1086 (*Código Canónico* de 1917), que establecía una presunción *iuris tantum* en relación con la igualdad entre la voluntad interna y la declarada que es el antecedente del art. 1277 del CC. Hay que considerar que existen *presunciones de fraude*, como la que establece el art. 1297 del CC, en tanto establece: “Se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito”. Al efecto, véase con buenas referencias jurisprudenciales, María Ángeles ZURILLA CARINANA, *Comentarios al Código Civil*, pp. 1518-1519.

²⁸ De origen romano, las presunciones –*présuntiones*– en general, son deducciones en virtud de las cuales, constando un hecho, se considera existente también otro, que le acompaña de ordinario. Al respecto, véase Polynice VAN WETTER, *Derecho romano*, tomo I, pp. 228-229. En el caso de los contratos, su existencia se prueba con el documento que la refleja o contiene. Este es el instrumento que goza de presunción de sinceridad. Por su lado, las presunciones son, a su vez, pruebas indirectas: en lugar de comprobar el hecho discutido en el pleito se prueba otro, y de este se deduce la existencia de aquel. Las presunciones son de hecho o de derecho. Al respecto, véase Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *La simulación*, p. 203; MÉNDEZ y VILALTA, *op. cit.*, pp. 21-22, quienes exponen acerca de algunas de las presunciones apreciadas por los tribunales españoles en sede de simulación: a) *causa simulandi*, o concurrencia de causa o motivo que lleva a las partes a dar la apariencia de negocio jurídico a uno que existe; b) *omnia bona*, entendiéndose como tal la venta o gravamen de todo el patrimonio del simulador o la parte más selectiva del mismo; c) *affectio*, entendida como la existencia de relaciones familiares, de amistad, dependencia, negocios o de otro modo vinculativos entre simulador y cómplice; d) *subfortuna*, consistente en la falta de capacidad económica del adquirente para atender las obligaciones asumidas en el contrato que se impugna por simulado; e) *premium confesus*, o precio no entregado de presente en contratos de compraventa simulados; manifestando los contratantes en la escritura pública que el precio se ha entregado y recibido con anterioridad al acto; f) *premium vilis*, o precio bajo de las fincas que se han transmitido; de especial interés en compraventas simuladas. En relación con esta cuestión, véase STS de 30 de septiembre de 1999, que puso de relieve que en cuanto al precio: “[...] rige el principio de autonomía de voluntad, por el que las partes pueden fijar libremente el precio de la compraventa, sin que estén sujetos a limitación alguna, y el precio que se fije puede ser inferior al valor de la cosa transmitida”; g) *tempus*, o tiempo y momento sospechoso del negocio que se realiza; g) *celeritas*, o urgencia de la formalización de las transmisiones; h) *notitia*, o conocimiento concomitante del simulador de la ficción del negocio jurídico, también denominado “*consilium fraudis*”; i) *retentio possessionis*, o inexistencia de conducta posesoria por parte del adquirente de la

§ 9. En general, probar en juicio la simulación de un contrato no es tarea sencilla dado que obliga al actor a destruir la presunción de validez del contrato²⁹. Además, en la mayoría de los casos el actor carece de prueba directa, lo que le obliga a recurrir a la *prueba indirecta* o de *indicios*³⁰ que permita al tribunal establecer las necesarias *presunciones*³¹ y que se presentan menos exigentes que las primeras^{32, 33}.

En este contexto no deben confundirse las “presunciones” y los “indicios”. Hernando Devis Echandía distingue adecuadamente ambos conceptos, definiendo el ‘indicio’ como el hecho conocido del cual se obtiene, mediante una operación lógico-crítica, un argumento probatorio que permite inferir otro hecho desconocido. Por su lado, la *presunción judicial o del hombre* es un principio lógico, basado en las máximas generales de la experiencia o en conocimientos especializados –que por norma suministran los peritos– que sirve al juez para determinar el valor probatorio del indicio o de cualquier otra prueba. De este modo, el indicio es la prueba y la presunción judicial, la consecuencia de la regla de experiencia o técnica que permite valorarla y que no es *prueba ni objeto de prueba*³⁴.

La *prueba de la simulación absoluta del contrato* se rige por las reglas generales de la prueba y se deberá orientar a acreditar la falta del o de los requisitos esenciales, carga que recae sobre aquel que la pide³⁵. Res-

cosa transmitida y la correlativa continuación en la posesión por parte del transmitente. Respecto de la prueba de presunciones, véanse SsTS de 6 de mayo de 1950; 31 de marzo de 1964; 21 de septiembre de 1998; 27 de octubre de 1998; 24 de noviembre de 1998; 31 de diciembre de 1998 y 13 de marzo de 1999.

²⁹ ALBALADEJO, *op. cit.*, pp. 203-204, quien sostiene que para llegar a demostrar la simulación representan un papel mucho más importante que las pruebas directas: “[...] ciertos indicios y presunciones que solos o combinados llevan a la convicción de que, a pesar de no poder ser probado por los clásicos medios de prueba, por virtud de esos indicios y presunciones hay razón para considerar simulado el negocio tachado”.

³⁰ De los indicios surge un segundo nivel de análisis denominado *curso de indicios*. Véase Germán PABÓN GÓMEZ, *Lógica del indicio en materia criminal*, p. 293 y s.

³¹ No deben confundirse las presunciones con las simples sospechas o *suspiciones*, y este asunto tiene que subordinarse a lo dispuesto en la norma general del art. 1253 del CC

³² Véanse SsTS de 24 de febrero de 1993, 13 de octubre de 1987, 16 de septiembre de 1988, 24 de abril de 1991, 17 de noviembre de 1983, 14 de febrero de 1985, 12 de febrero de 1988, 16 de septiembre de 1988 y 31 de enero de 1991.

³³ Cfr. SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 268 s. CLAVERÍA, *op. cit.*, p. 579, sostiene que de la actual redacción se deduce un carácter más bien procesal de la norma en comento, debido a que el juez declarará la nulidad del contrato, salvo que se haya probado, en el proceso y conforme a derecho, que sí hubo otra causa lícita al momento de la contratación. O’CALLAGHAN, *op. cit.*, p. 335.

³⁴ Hernando DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, p. 598 y s.

³⁵ ALBÁCAR *et al.*, p. 1047 y s. Véanse SsTS de 3 de enero de 1978, 3 de marzo de 1932, 14 de octubre de 1959 y 6 de octubre de 1977.

pecto de la *prueba de la simulación relativa*, esta se dirige a acreditar la divergencia entre la voluntad real y la declarada, recayendo el peso de la prueba también sobre quien la afirma³⁶.

“Al respecto, cabe destacar que en los casos de simulación absoluta lo que se intenta probar es la ausencia de voluntad de contratación, lo cual resulta ser, *a priori*, un hecho negativo. En realidad, para que sea declarada la simulación absoluta, lo que se debe probar es que las partes, aún cuando manifestaron externamente una determinada voluntad, esta no tenía por objeto desplegar efectos y/o consecuencias jurídicas propias del tipo contractual. Lo anterior, aún cuando subsistan los demás elementos del negocio, tales como el objeto e incluso la data consignada como fecha de celebración. Así, *v. gr.*, frente a un embargo inminente, A simula absolutamente vender su coche a B, y para ello concurren ante un notario frente al cual y mediante un instrumento con fecha real y cierta. El primero se obliga para con el segundo a entregar el vehículo –incluso declarando hacerlo en el mismo acto–, y el otro, a pagar el precio convenido. El tercero perjudicado por esta compraventa, más allá de comprobar en juicio que el negocio es por completo simulado y que se ha celebrado con el propósito de evitar embargos sobre el vehículo³⁷ intentará y en definitiva deberá acreditar por los medios legales que en realidad A *no* hizo ninguna entrega material del carro a B. Dicha acreditación la intentará hacer mediante la prueba del hecho positivo consistente en que aún lo continúa utilizando a diario. Sumado a lo anterior, intentará probar que B no pagó el precio convenido, acreditando que su saldo patrimonial no disminuyó en la fecha en que ocurrió la transacción”³⁸.

§ 10. Como se ha visto, para un sector de la doctrina la dificultad de la prueba directa admite la posibilidad de recurrir a medios de prueba indirecta de hechos, concediendo al juez un *amplio margen de discrecionalidad*. En ese contexto, el tribunal puede fundar su decisión conforme a las reglas de la sana crítica y máximas de la experiencia, habiendo al respecto abundantes sentencias que así lo han resuelto. Así, la *simulatio nuda* puede probarse acudiendo a indicios y presunciones, hasta alcanzar la certeza moral de la inexistencia del contrato impugnado, pues en otro

³⁶ Así, véanse SsTS de 10 de abril de 1964 y 23 de noviembre de 1971.

³⁷ Véanse STS de 31 de marzo de 1966, que estableció: “Cuando se alega la ilicitud de la causa de los contratos es preciso probarla, no bastando la simple afirmación de las partes”.

³⁸ Cfr. SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 268 y s. Este autor agrega que sin perjuicio de lo anterior, cabe recordar que un contrato, *v. gr.*, de compraventa, puede no incluir la época del cumplimiento efectivo de las obligaciones que asumen las partes, quedando, de este modo, como una declaración de obligaciones por cumplirse, la del vendedor de entregar la cosa y la del comprador de pagar el precio.

caso, y, aunque pudiera haber alguna duda, habrá de prevalecer la voluntad externamente manifestada^{39, 40, 41}.

Más exigente se pronuncia al respecto José Santamaría, para quien:

“La prueba de la simulación ha de ser tan plena como la gravedad de la decisión lo requiere [...] y no puede sustituirse por meras conjeturas”.

³⁹ Conforme STS de 10 de julio de 1984. También, STS de 28 de febrero de 1991 que estableció: “El calificativo de la simulación de un negocio es una cuestión de hecho reservada, a la libre apreciación de la Sala, así en las sentencias de 23 de enero y 2 de noviembre de 1989 se dijo: ‘La simulación contractual como cuestión de hecho ha de ser probada por quien la alega y, de no existir una prueba directa del acuerdo simulatorio su existencia sólo puede revelarse por pruebas indiciarias que lleven al juzgador a la apreciación de su realidad’, y en las Sentencias de 1 de julio, 16 y 19 de septiembre y 5 de noviembre de 1988: ‘Dadas las dificultades que encierra la prueba plena de simulación de los contratos, por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad, obliga a acudir a la prueba indirecta de las presunciones que autoriza el art. 1253 CC, y con su base apreciar comportamiento simulador absoluto cuando, con arreglo a un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, se evidencia que el contrato no ha tenido, en definitiva, la causa que nominativamente expresa’“. Véanse SsTS de 16 de marzo de 1956, 26 de abril de 1956, 30 de octubre de 1956, 5 de febrero de 1957, 19 de diciembre de 1960, 20 de octubre de 1965, 18 de noviembre de 1969, 14 de febrero de 1983, 13 de junio de 1983, 24 de abril de 1984, 15 de julio de 1987, 13 de octubre de 1987, 16 de septiembre 1988, 2 de noviembre de 1988. En el mismo sentido, VALPUESTA *op. cit.*, pp. 379-380; LACRUZ, LUNA, DELGADO, RIVERO, *op. cit.*, p. 120, quienes sostiene: “La admisibilidad de la prueba de presunciones es una cuestión de hecho que corresponde determinar al juez de instancia, lo cual no obsta a que en juicio de casación se demuestre la improcedencia de la presunción, fundado en lo absurdo o ilógico del proceder judicial”. Los fallos al respecto han señalado que, pese a la necesidad del recurso de las presunciones, dicha prueba sigue teniendo un carácter subsidiario. También, SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 268 y s. sostiene: “Si bien es cierto la simulación es en esencia un hecho, y por ello, no susceptible de recurrirse por la vía de la casación, esto no impide que el Tribunal Supremo aprecie ‘si de los citados hechos resulta la existencia o inexistencia de la simulación, que es un concepto jurídico, y aún para apreciar si la sala examinó o no cuantos elementos de juicio se requerían a fin de lograr la más perfecta realización de la justicia’”.

⁴⁰ STS de 22 de febrero de 1991.

⁴¹ Cfr. CLAVERÍA, *op. cit.*, p. 595. También María CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación de los negocios jurídicos*, p. 136. Otras sentencias se refieren a esta forma de apreciar la prueba como aquella *indiciaria* que lleva al juzgador a la apreciación de su realidad. Así, véase STS de 16 de septiembre de 1988. Otros la denominan *prueba indirecta de presunciones*. Confróntese STS de 2 de noviembre de 1988. Finalmente, se ha sostenido que la apreciación es cuestión de hecho sometida a la *libre apreciación del juzgador de instancia*. Véanse SsTS de 6 de abril de 1964, 30 de junio de 1966, 18 de octubre de 1969 y 12 de abril de 1975. Cabe señalar que el demandante no se encuentra en la obligación de alegar la causa o motivo que impulsó a las partes a simular, si no solo la simulación misma, aun cuando la prueba de esta abona la tesis de la acción judicial; Manuel GARCÍA DE MARINA, *Tercerías de dominio y de mejor derecho*, pp. 69-70.

La opinión de este jurista se aparta de la doctrina y jurisprudencia dominantes, que frente a la dificultad de la prueba de la simulación no son tan exigentes y que permiten sea reemplazada –si bien no por simples conjeturas– por presunciones fundadas de su existencia⁴².

“En Derecho francés la norma es algo diversa. Conforme su doctrina, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1341 Código Civil francés, cuando la cuantía del negocio simulado es superior a 500 francos, el acto secreto del cual resulta la simulación solamente puede acreditarse por prueba escrita. Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera sea el monto del negocio, si la manifestación de voluntad ostensible se ha hecho constar por escrito, la secreta también debe hacerlo. Así, es necesario distinguir la simulación del dolo. La primera, es una convención, y el segundo, un puro hecho. Respecto del primero, es imprescindible la prueba documental y respecto del segundo, puede acreditarse por todos los medios. Conforme a lo anterior, el documento por antonomasia destinado a probar el convenio secreto y respecto del cual resultará la prueba ‘de la simulación del acto ostensible’ se denomina *contradocumento*, y la parte que lo posea tendrá el poder probatorio. Respecto de la prueba de los terceros contra las partes, existe mayor libertad, esto es, puede usarse cualquier medio probatorio. La razón de lo anterior se debe a que, para los terceros, la simulación es un hecho ajeno, por lo que resultaría absurdo exigirles prueba por escrito. Cabe precisar que conforme al art. 1321 Código Civil francés, las partes no pueden probar la simulación contra un tercero, mediante los *contradocumentos*. En otras palabras ‘inútil sería probar contra los terceros una convención que, siendo confesada y reconocida por ellos, queda desprovista de efectos para los mismos’⁴³.

3. DIFERENCIAS ENTRE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE SIMULACIÓN ABSOLUTA Y RELATIVA

§ 11. Se ha discutido acerca de las normas que habilitan para enjuiciar al contrato y que permiten solicitar que sea declarado nulo por simulación. Un sector de la doctrina, siguiendo la del Tribunal Supremo, sostiene que no es correcto sentar las bases del sistema de la simulación contractual en los arts. 628, 755 y 1.459 del CC, que solo establecen lo suyo respecto del error, “en que se fundó el consentimiento”. Agregan en este sentido que el error es un fenómeno de relevancia jurídica *diversa* a la simulación y que constituye un vicio de la voluntad o consentimiento, que importa

⁴² SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 268 y s.

⁴³ Cfr. PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 876. También LOUIS JOSSEAND, *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado; teleología jurídica*, pp. 208-209, quien agrega que en el derecho francés la simulación no es causal de nulidad, por lo cual su presencia no implica un vicio del acto jurídico, según se desprende del art. 1321 del CC.

una falsa representación de la realidad y que no se da en la simulación. En efecto, en ella no hay error de una de las partes, sino plena conciencia sobre el *acuerdo simulatorio*, que es precisamente lo que sanciona el art. 1276 del CC⁴⁴. Por ello, concluyen, el contrato del todo simulado debería ser declarado inexistente y no nulo, como se desprende del art. 1301 del CC, que ha incorporado la *falsedad de la causa* a los supuestos que permiten el ejercicio de la acción de anulabilidad⁴⁵.

El *Código Civil* no regula de modo sistemático los efectos de la simulación. Por ello la jurisprudencia, a la luz de los arts. 1261 y s. del CC

⁴⁴ Véase José Ignacio CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, p. 102 y s., quien señala que conforme el TS, no se ataca *nunca* el acuerdo de simular, sino el contrato simulado. Esto último constituye el argumento funcional de que, al menos en la práctica, el acuerdo simulatorio no tiene entidad propia respecto del contrato a que se refiere y afecta. También, véase p. 117. En el mismo sentido, LACRUZ, LUNA, DELGADO, RIVERO, *op. cit.*, p. 116.

⁴⁵ El problema surge porque la simulación carece de un tratamiento autónomo dentro del CC, siendo necesario recurrir a los arts. 1275 y 1276, y considerar, en definitiva, al negocio simulado como un negocio causalmente defectuoso y a la simulación como un vicio de la causa. Véase DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 341. CLAVERÍA, *op. cit.*, p. 580, quien sostiene que: “la nulidad por causa falsa del art. 1276 CC es nulidad *stricto sensu*, radical o en propiedad dicha, diversa de la anulabilidad del art. 1301 que se refiere a la ‘falsedad de la causa’, no siendo pacífica esta conclusión por la cercanía de ambas expresiones jurídicas. Razones para considerar a la primera como de tal clase se relacionan con los siguientes argumentos: a) Que, refiriéndose este artículo a la simulación, esto es, inexistencia de consentimiento sobre el contrato celebrado, la ausencia de dicho consentimiento acarrea la nulidad radical; b) Que, esta era la sanción para la causa ilícita y para la causa falsa contemplada en el antiguo art. 1131 del *Code civil*, que en España se replegó en dos diversas normas; y c) Que, en el Derecho civil español, la sanción general es la nulidad por sobre la anulabilidad”; PUIG, *op. cit.*, p. 442, agrega que la simulación absoluta o *simulatio nuda* impone la obligación de declarar el contrato nulo radicalmente o inexistente por cuanto no produjo efecto alguno y, por ende, no liga a los contratantes a su cumplimiento; GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, p. 754-755; O’CALLAGHAN, *op. cit.*, p. 354. LACRUZ, LUNA, DELGADO, RIVERO, *op. cit.*, p. 112, quienes sostienen: “La tesis causalista se apoya en el art. 1276 para configurar la simulación como un supuesto de falsedad o falta de causa, derivando la distinción entre simulación absoluta y relativa. A juicio de los autores, dicha interpretación no se condice con la historia del precepto ni aún con la sistemática del Código, debido a que la expresión causa falsa empleada por el art. 1276 equivale al error en que se funda el consentimiento, sin el cual no se hubiese contratado y desde el punto de vista sistémico la noción de falsedad de la causa se utiliza en relación a la institución de heredero o nombramiento de legatario, entendiéndose referida a una motivación errónea, razón por la que no se justifica pensar que el Código emplea las mismas palabras en sentidos diversos. En opinión del autor, la simulación debe ser elaborada en base a los arts. 628, 755 y 1459, que son los que en verdad se refieren a ella y permiten ampliar el campo de la simulación a supuestos que no se refieren a la causa”. Una interesante visión conforme la teoría kelseniana ofrece José Luis PÉREZ TRIVIÑO, “Validez, aplicabilidad y nulidad. Un análisis comparativo de la teoría del derecho y la dogmática jurídica”.

concluye que, en los casos de simulación absoluta por falta de los requisitos esenciales para que el negocio jurídico exista para el derecho, la acción o excepción tendente a declarar la nulidad es imprescriptible⁴⁶.

Lo anterior no ocurre respecto de la simulación relativa, a la que sí afecta la prescripción extintiva de los arts. 1961 y 1964 del CC. En efecto, para esta última clase de *simulación*, es aplicable el art. 1276 del CC y en esta debe distinguirse el negocio simulado del disimulado. El primero de ellos es nulo por carecer de causa verdadera⁴⁷; en cambio, el disimulado será válido si es lícito y reúne los requisitos correspondientes en su naturaleza especial⁴⁸. En este sentido, al amparo del citado art. 1276 del CC puede admitirse la validez de los negocios disimulados, siempre que se justifique la causa verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar y el cumplimiento de las formalidades impuestas por la ley^{49, 50}.

El modo de declarar la *simulación relativa* es la rescisión, dentro del plazo de cuatro años, ya que constituye el efecto propio del ejercicio de una acción que pretende la impugnación del contrato por ineficacia funcional y que se consagra en los arts. 1290 a 1299 del CC. Esta noción, que se acostumbra a reservar para la acción por lesión, se distingue de la acción de nulidad, porque esta última se refiere a la existencia de vicios en la celebración del contrato, mientras que la primera se basa en

⁴⁶ Así, SsTS de 25 de abril de 1924 y de 10 de abril de 1938.

⁴⁷ MANRESA Y NAVARRO, *op. cit.*, p. 645. Véase STS de 29 de septiembre de 1982 que declaró no debió declararse la nulidad de compraventa por existir una causa subyacente lícita y verdadera.

⁴⁸ Véase ALFONSO DE COSSIO Y CORRAL, *Instituciones de derecho civil*, pp. 288, 289 y 290. También, PLANIOL Y RIPERT, *op. cit.*, p. 875 y s. para quienes, respecto del acto secreto, y de conformidad al art. 1321 del CC, este podrá producir efectos si cumple, a su vez, con los requisitos de validez en relación con la naturaleza del mismo acto. Abundan señalando que si el acto secreto es susceptible de nulidad en el evento que se hubiese hecho público, esta no se enerva por la simulación, de modo que esta no convalida lo que es nulo. En otras palabras “la simulación solo puede hacer una cosa: ocultar la verdad”. Consecuente con lo anterior, si reconocida la simulación y ninguna causa de nulidad afecta al acto secreto, este último producirá todos sus efectos, conforme corresponden a su “verdadera naturaleza”. También, ALBACAR *et al.*, *op. cit.*, p. 1049. MANRESA Y NAVARRO, *op. cit.*, p. 647, citando STS de 21 de marzo de 1956, que señala: “Establecida la validez y eficacia del negocio disimulado, le resulta aplicable las normas de la prescripción extintiva que ponen término a una situación de incertidumbre”.

⁴⁹ MANRESA Y NAVARRO, *op. cit.*, pp. 643-644. También, véanse SsTS de 3 de marzo de 1932, 22 de febrero de 1940, 14 de octubre de 1959, 6 de octubre de 1977 y 3 de enero de 1978.

⁵⁰ En el caso de *interposición de persona*, la jurisprudencia ha declarado que el contrato es válido y es fuente de acciones para las tres partes. Véase CASTAN, *op. cit.*, 9ª ed., pp. 542-543.

un resultado injusto –como en el caso de fraude de acreedores– de un contrato celebrado en forma regular. Esta acción presenta caracteres de excepcionalidad y supletoriedad, operando ante la falta de otro remedio legal, según dispone el art. 1294⁵¹.

§ 12. La doctrina señala que las diferencias entre la acción de *inexistencia* del contrato, la de *nulidad* de este y la de *rescisión* del mismo, conforme al reiterado y uniforme criterio del TS, son:

- a) La *inexistencia*, acarrea una declaración de que el negocio se celebró con ausencia completa de uno de sus requisitos esenciales⁵²;
- b) La *nulidad*, conlleva una declaración judicial de que, si bien el negocio jurídico tiene todos los requisitos esenciales, uno de ellos adolece de un vicio que lo invalida⁵³ y
- c) La *rescisión*, implica que sin perjuicio de haberse celebrado de forma válida el contrato, este es susceptible de que sus efectos desaparezcan por alguna de las causas establecidas por la ley⁵⁴.

“Para la legislación francesa y la mayoría de su doctrina, ‘la simulación no es una causa de nulidad’. Esto puede observarse en el contenido del art. 1321 CC francés, el cual admite que una convención oculta que modifique una convención aparente, produce sus efectos entre las partes. Si el acto finalmente resulta nulo, no se deberá a que sea simulado, ‘sino a que existe una razón particular para anularlo’⁵⁵. De este modo, se identifican los casos excepcionales en que la simulación anula la operación: a) contradocumentos en la cesión de oficios, por tratarse de normas de orden público, todo lo cual así fue sucesivamente fallado desde la sentencias de la *Chambre de Requêtes* de 6 de Julio de 1841; b) contradocumentos en los contratos de matrimonio, caso en que de haber conocido las estipulaciones secretas de los contrayentes, los padres no hubieran consentido;

⁵¹ Así, Luis DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, pp. 507-509 y agrega que la acción de rescisión por lesión fue atacada siglos antes de la Codificación por juristas formados en el derecho natural racionalistas y economistas liberales, quienes la calificaron de injusta y desigual por favorecer únicamente al vendedor que vende barato.

⁵² En teoría, el negocio jurídico inexistente lo es de pleno derecho o *ipso jure*, esto es, no requiere declaración judicial previa. En la práctica, bien se sabe que esto no es así y necesaria una sentencia judicial y, de este modo, destruye la presunción de eficacia de la que goza dicho negocio conforme a la ley. Véase SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 268 y s.

⁵³ STOLFI, *op. cit.*, p. 140 y s.

⁵⁴ STS de 28 de marzo de 1963. También resultará imprescindible tal decisión jurisdiccional para deshacer y reponer las cosas al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato inexistente, sobre todo cuando a raíz de este se hayan creado nuevas situaciones jurídicas de terceros, todo ello de conformidad a la interpretación extensiva que la jurisprudencia ha reconocido de los arts. 1303 y 1307 del CC. Véase STS de 29 de octubre de 1956.

⁵⁵ PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 871 y s.

c) falsas declaraciones hechas en el registro (del Tesoro), con el objeto de disminuir el monto de los derechos que tendrían que pagar. En el caso que a las dos convenciones que supongan la simulación, no se les podrá reconocer efectos a ambos, sino que se deberá escoger una de ellas, suprimiendo la otra. Así, entre las partes, el acto ostensible no tiene ningún valor, por lo que la convención secreta será plenamente eficaz, siempre y cuando pueda ser probada conforme las reglas legales”.

4. LOS LEGITIMADOS PARA EJERCER LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN

§ 13. Los *legitimados* para ejercer la *acción de simulación* son, en primer lugar, las partes que celebraron el negocio simulado y sus herederos^{56, 57}. Al respecto, la doctrina del TS se ha pronunciado señalando que se trata de una “acción de simulación contra la que no puede oponerse [...] lo hecho por el propio actor” [...] ya que contravendría el principio *venire contra factum proprium*, por ser actos inexistentes o nulos^{58, 59}.

También gozan de *legitimación activa* para solicitar la declaración de simulación todos aquellos terceros^{60, 61} que sean titulares de derechos subjetivos o de una situación jurídica amenazada por el negocio simulado,

⁵⁶ Véase VALPUESTA, *op. cit.*, pp. 379-380, sostiene: “Los legitimados para el ejercicio de la acción de nulidad del contrato simulado son las partes que lo celebraron, pero solo respecto de este y no del contrato disimulado, salvo que este a su vez sea nulo. Razonar lo contrario, señala, implicaría ir contra sus propios actos; todo ello sin perjuicio de los terceros de buena fe que puedan verse afectados por la ineficacia del contrato simulado”.

⁵⁷ DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 342. Cita STS de 31 de junio de 1963.

⁵⁸ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, p. 358. Véanse SsTS de 22 de febrero de 1946 y 6 de abril de 1954. En el mismo sentido, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*, p. 118 y s., quien sostiene: “Con ello, no va contra acto propio, ya que para que la doctrina de éste entre en juego, es imprescindible que los dos actos que se contradigan sean ilícitos, no como aquí, en que ocurre que el primero, la simulación, es ilícito y el segundo, su impugnación, lícito”; Luis DIEZ-PICAZO, *La doctrina de los actos propios, passim*. También, MÉNDEZ y VILALTA, *op. cit.*, p. 16.

⁵⁹ Cabe referir la STS de 23 de octubre de 1992, que ha negado la legitimidad para que un contratante demande al otro simulador, pero solo negando la facultad a impugnar el contrato “disimulado” u “oculto”.

⁶⁰ ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 37, que distingue dos tipos de terceros: a) aquellos que les interesa que el negocio simulado valga como verdadero, porque el derecho que invocan lo habría generado el negocio simulado, si hubiese sido verdadero y b) otros respecto de los cuales poseen interés que el negocio simulado aparezca que no vale, porque el derecho que invocan lo arrancaría de sus manos el tal negocio simulado si fuese válido, pero siendo nulo no afecta a dicho derecho.

⁶¹ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*, pp. 114-116, quien agrega que los terceros directamente dañados por la simulación en sus *intereses legítimos*. Al ser extraños al contrato, el daño se produce en sede extracontractual, siendo en efecto el contrato el acto jurídico ilícito que les ocasiona daño y les permite impugnarlo, debiendo demostrar el daño y el *nexo causal entre simulación y vulneración de intereses*.

es decir, que tengan un interés suficiente y digno de tutela jurídica⁶². En términos procesales, la simulación constituye una acción a favor de aquel que tiene un *interés digno de protección*, ya sea que se vea amenazado o vulnerado en un derecho subjetivo o en una situación jurídica⁶³. Dicho interés debe provenir de un estado jurídico de riesgo inminente del derecho o de la posición en el negocio concreto, que consiste en su objetiva incertidumbre⁶⁴.

La acción de simulación *debe* dirigirse contra todas las partes del negocio jurídico simulado, siendo un caso de *litis* consorcio pasivo necesario, *pudiendo* también interponerse en contra de cualquiera que tenga interés en oponerse a la declaración de simulación⁶⁵.

V. De los efectos de la declaración judicial de simulación de contrato

§ 14. Por regla general, los efectos de la declaración de la simulación del negocio jurídico no alcanzan a los *terceros*. La razón es que dichas personas no han concurrido con su voluntad a la celebración del contrato y, por ende, vulneraría el efecto relativo de los negocios jurídicos contractuales al estimar que la declaración judicial de nulidad les afecte respecto de situaciones jurídicas realizadas de buena fe. Por ello, para evitar su perjuicio,

⁶² SsTS de 5 de enero de 1966, 25 de abril de 1981, 16 de septiembre de 1991 y 3 de febrero de 1992. En el mismo sentido, LACRUZ, LUNA, DELGADO, RIVERO, *op. cit.*, p. 116. También, LARENZ, *Derecho Civil...*, *op. cit.*, p. 501, quien a efectos del derecho civil alemán señala una regla similar a la española. Así, a modo de protección de los terceros que pudieren sufrir perjuicio con ocasión del negocio simulado, se les reconoce la titularidad para ejercer la acción de simulación, por lo que de conformidad a los arts. 117, apartado 1, 892 y 932 del CC alemán, un tercero que adquiere un bien determinado de un *titular simulado*, se ampara su posición jurídica en cuanto haya obrado de *buena fe*. Lo mismo sucederá en el caso que un tercero adquiere un crédito contraído por mera finalidad simulatoria. El Tribunal del Supremo *Reich*, ha decidido de modo análogo respecto de la cesión de una hipoteca constituida en su origen por mera simulación (cita RGZ 90, 273 (279)).

⁶³ Cfr. GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, pp. 759-760.

⁶⁴ MÉNDEZ y VILALTA, *op. cit.*, p. 15.

⁶⁵ CLAVERÍA, *op. cit.*, p. 593 [las cursivas son añadidas] y agregan que “la acción de simulación también le corresponde a los que han celebrado el negocio jurídico y, en este sentido, no es correcta la aplicación del principio prohibitivo de ‘*venire contra factum proprium*’ sin perjuicio de que los efectos de dicha sentencia judicial no sean oponibles a terceros de buena fe que hayan adquirido una posición jurídica en virtud del negocio jurídico”. En el mismo sentido, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*, pp. 114-116. También, DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, p. 358; DIEZ-PICAZO, *La doctrina...*, *op. cit.*, *passim*.

y en virtud del *principio del efecto relativo de los contratos*, el autor de la simulación no puede alegarla en contra de ellos. Sin embargo, los terceros pueden atacar el contrato solicitando que sea declarada su inexistencia⁶⁶.

En este contexto se produce un conflicto o colisión entre los acreedores del *dueño real* sobre los acreedores del *dueño simulado*. En palabras de Luis Humberto Clavería Gonsalvez:

“Una solución propuesta resuelve este dilema prefiriendo a aquel que haya ejercido sus créditos antes de la declaración de simulación [...] y esto aparece como razonable, ya que quien tenía meras expectativas pasó a ser un adquirente de derechos. Así, los conflictos entre adquirentes y acreedores, se resuelven a favor de los primeros, salvo el caso especial de los legitimarios, ya que se considera merecedor de mayor tutela⁶⁷.”

Por otro lado, la solución parece obligada desde la perspectiva de los efectos de la declaración de nulidad del contrato que obliga a retrotraer a las partes, desde la perspectiva patrimonial, al estado en que se encontraban antes de dicha contratación. En todos aquellos casos que existan terceros adquirentes de buena fe, como ya se ha expuesto, no les afectarían dichas decisiones judiciales.

§ 15. En general, la discusión acerca de los resultados de la declaración judicial de la simulación se centra en averiguar la relevancia del contrato respecto al tercero que resulta perjudicado. Un sector de la doctrina se inclina por considerar que la convención celebrada es irrelevante para el tercero. Para ello se basan en la premisa del efecto relativo del contrato y en la separación del contrato respecto al ilícito dañoso que provoca. Otro sector sostiene una opinión contraria, afirmando que la convención repercute de alguna forma en el tercero, dado que el ilícito dañoso y el contrato son elementos que en la realidad se muestran unidos de manera indisoluble en sus causas jurídicas. Por esta razón, si el daño se produjera con base en el concierto de los contratantes, existiría causa ilícita, y el ter-

⁶⁶ Se trata de una facultad renunciable de los terceros. Véase CLAVERÍA, *op. cit.*, pp. 596-597, señala: “Frente a terceros, estos pueden decidir, conforme a sus propios intereses, invocar el acto simulado o el real, ya que el ordenamiento jurídico protege al tercero que, actuando de buena fe y a título oneroso, adquirió derechos en base a la eficacia del negocio simulado. En general, esto se deduce de los principios de responsabilidad y confianza, así SsTS 27.10.51, 0112.59 y 14.02.63. A su vez, cabe resaltar que dicho principio de protección del tercero que reúna tales condiciones, puede ser inferido de diversos textos del Código Civil, tales como los arts., entre otros, 464, 1164, 1295, 1297, 1527, 1733, 1734, 1738, 1899 [...] y de la Ley Hipotecaria, en sus arts. 32, 34, 37 y 40”. También, CASTAN, *op. cit.*, 9ª ed., p. 544; GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, p. 761.

⁶⁷ CLAVERÍA, *op. cit.*, pp. 599-600.

cero podría ejercer la correspondiente acción de nulidad⁶⁸. Por el contrario, si el daño es consecuencia del obrar de una de las partes, no habrá ilicitud en la causa, sino que el tercero dispondrá de una acción de resarcimiento de perjuicios de acuerdo a las normas generales de responsabilidad⁶⁹.

VI. Diferencia de la acción de simulación con la acción pauliana

§ 16. Conforme a Marcel Planiol y Georges Ripert, la acción declaratoria de simulación se concede para demostrar que el acto no es “sino un vano simulacro”, con el objetivo de poner al descubierto el negocio verdadero que las partes han mantenido en secreto. De este modo, la acción de simulación tiene por finalidad declarar que la enajenación es puramente aparente⁷⁰. Por su lado, la *acción pauliana o revocatoria* “se dirige contra una verdadera enajenación, que en verdad ha despojado al deudor de su derecho, y que sería válida si este deudor no fuese insolvente”⁷¹. Conforme a lo anterior, lo que se obtiene a través de la acción *pauliana* es la revocación de una enajenación, de un acto real a favor del demandante, con un fin fraudulento para el acreedor y, en cambio, a través de la acción de *simulación* se logra declarar que el bien en realidad nunca ha sido enajenado y que aún pertenece a su deudor, se busca desestimar el valor del acto ostensible, por tratarse de un acto ficticio.

§ 17. En el ámbito procesal, la *acción de simulación* y la *acción pauliana* difieren en los siguientes aspectos:

⁶⁸ Véanse SsTS de 8 de febrero de 1963, 2 de abril de 1941 y 6 de diciembre de 1947.

⁶⁹ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 447; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 343. LARENZ, *Derecho Civil...*, *op. cit.*, p. 501 y s., quien se pronuncia sobre “el engaño de común acuerdo a un tercero, a fin de perjudicarlo” frente a lo cual dice, “entra en consideración una pretensión de resarcimiento de daños conforme al art. 826” (así, cita RGZ 95, 160, 163). Con todo, el derecho alemán vigente no posee un sistema de protección general del tercero de buena fe frente a un perjuicio derivado de un negocio que dicho tercero considera como válido. Con todo, cita a Flume (§20 2 c) quien “aboga en pro de una protección de gran alcance” a los terceros, opinando que “en la transmisión de un derecho con un fin de mera apariencia existe una autorización dada al adquirente simulado para disponer en nombre propio sobre el derecho aparentemente adquirido”. Agrega: “Tal autorización no es, en cuanto declaración, un negocio simulado frente al tercero, sino una declaración con reserva mental, la cual es válida, dado que la reserva mental no es estimable”. En el mismo sentido, LACRUZ, LUNA, DELGADO, RIVERO, *op. cit.*, p. 123.

⁷⁰ PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 875 y s.

⁷¹ *Ibid.*

- a) La acción de simulación no exige que los acreedores-demandantes prueben que la finalidad del negocio simulado fue defraudarlos; en cambio, en la *acción pauliana* esa prueba constituye un requisito *sine qua non*;
- b) La acción de simulación pueden ejercerla los acreedores que se constituyen como tales, incluso, con posterioridad a la enajenación simulada, puesto que su pretensión es que se declare que su deudor es dueño de un bien que nunca ha salido de su patrimonio; la *acción pauliana*, en cambio, es de carácter personal y siempre se dirige contra el tercero adquirente a título oneroso o a título gratuito, sin importar si se encontraba o no, de mala fe. En este sentido, la acción de simulación jamás puede tener efectos contra terceros de buena fe, ya que es el acto ostensible el único que se considerará real respecto a ellos, siempre y cuando hayan convenido "lealmente" con el propietario aparente⁷².

Por su parte, los subadquirentes de mala fe pueden sufrir a causa de la anulación del acto simulado. Así se ha resuelto y constatado por la reiterada jurisprudencia que deja subsistente la hipoteca constituida por el adquirente a favor de los terceros de buena fe, cuando la venta es anulada como efecto de la declaración de simulación⁷³.

VII. Distinción entre el contrato simulado y otras figuras afines

§ 18. Resulta necesario distinguir la simulación de contrato con otras figuras afines como:

- a) La *fiducia*;
- b) El *negocio jurídico indirecto*,
- c) El *negocio jurídico fraudulento* y
- d) La *reserva mental*.

1. EL NEGOCIO SIMULADO Y LA FIDUCIA

§ 19. Aunque suelen confundirse, la *fiducia* no es un negocio simulado, dado que en ella está ausente la idea de fraude. El propósito fiduciario del contrato no se oculta, a diferencia de lo que ocurre en la simulación, sino que es público y notorio. La figura negocial que se celebra *se quiere realmente*, aunque provocando unos efectos distintos y más reducidos

⁷² Véase. VAN WETTER, *op. cit.*, tomo II, pp. 264-265.

⁷³ Véase PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pp. 875-876.

de los que de ordinario comporta. Por ello, al haber una real voluntad de celebrar un verdadero negocio, a diferencia del simulado, el *fiduciario* no es nulo⁷⁴. Además, el negocio fiduciario exige para alcanzar aquel fin, que el transmitente o fiduciante *confie* en el adquirente o fiduciario. Esta confianza se resume en la siguiente idea: el fiduciario obrará siempre de acuerdo con la finalidad que se ha convenido alcanzar con el negocio y nunca tendrá una conducta abusiva de la confianza en él depositada.

§ 20. El negocio fiduciario está integrado por:

- a) Dos contratos diversos,
- b) Un fin económico propuesto y
- c) Un medio jurídico para obtenerlo^{75, 76}.

Se reconoce, en todo caso, que se trata de un negocio mixto que requiere la concurrencia de un vínculo real unido con otro meramente obligacional que restringe y desvirtúa el primero. Por ello el negocio fiduciario se puede calificar como un verdadero caso de simulación relativa cuando el verdadero vínculo obligacional que pretenden las partes se mantiene oculto frente a terceros, *v. gr.*, el accionista que desea que su abogado sea quien asista a la junta de accionistas –que exige ser titular de las respectivas acciones– le transfiere a ese último estas, con el compromiso de que una vez celebrada la misma, se las devuelva. Puede suceder que, tras este negocio mixto, haya un contrato disimulado –en los casos en que se mantiene oculto respecto de terceros– consistente en el mandato de representación, como en el caso en que para concurrir a dicha junta de accionistas es prohibida la delegación por ley o los estatutos⁷⁷.

⁷⁴ LACRUZ, *op. cit.*, p. 638. Véase LARENZ, *Derecho Civil...*, *op. cit.*, p. 501, quien a efectos del derecho civil alemán comenta: “En general, este autor distingue los casos en que se actúa por fiducia, esto es, en la confianza que el participante, por medio de actuaciones ulteriores, cumple en colocar al verdadero titular, en la posición jurídica pactada, propia del negocio. Hay simulación, por el contrario, cuando dichos efectos jurídicos se radican de inmediato en su titular, el hombre de atrás. Así, citando a la Jurisprudencia, el criterio diferencial se deduce «si las partes, a fin de conseguir el resultado pretendido con el negocio jurídico, han estimado suficiente un negocio simulado o si han creído necesario un verdadero negocio jurídico” (BGHZ 21, 382). También, ALBALADEJO, *op. cit.*, pp. 23 y 87 s.

⁷⁵ Véase SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 268 y s. Este autor agrega que el negocio fiduciario no es un negocio ficticio, y que, si bien el derecho español no lo regula específicamente nada hay que se oponga a su admisión, sino que, de conformidad al art. 1255 del CC autorizan la libertad de pactos lícitos considerando la fiducia como un caso de contratación atípica.

⁷⁶ Sobre los negocios jurídicos anómalos, véase DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 340 y s.; DE COSSIO y CORRAL, *op. cit.*, p. 287 y s.

⁷⁷ Cfr. SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 268 y s. En el mismo sentido, véase CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*, p. 107 s.

Conforme a lo indicado, las diferencias esenciales entre el contrato simulado y la fiducia son:

- a) El *simulado* es un negocio ficticio o irreal, sin perjuicio que en algún caso pueda ocultarse uno verdadero; en cambio, el *fiduciario*, es un negocio serio y querido con todas sus consecuencias jurídicas, aun en los casos que sirve a una finalidad económica distinta de la normal y
- b) El *simulado* es un negocio simple, mientras que el *fiduciario* es uno complejo en razón a que combina, al menos, dos negocios distintos⁷⁸.

§ 21. En términos generales, se distinguen dos formas clásicas de fiducia:

- a) La *fiducia cum amico* y
- b) La *fiducia cum creditore*.

La primera consiste en dar los bienes a otra persona –o fiduciario– con el fin de protegerlos tanto física como jurídicamente. Se trata de una figura contractual usada con la intención de que no se produzcan los efectos que le son propios; la segunda, en cambio, es un negocio que tiene como finalidad garantizar un crédito. Así, mientras subsiste la obligación, el acreedor mantiene la propiedad fiduciaria de la cosa, y solo una vez extinguida la deuda, se hace exigible su obligación de restituir la propiedad. Como es lógico, el acreedor se ve imposibilitado en la práctica de disponer de la cosa, puesto que, de realizar dicho acto, se arriesga a incumplir su obligación en caso de hacerse exigible. De esta forma se pone en evidencia que se trata de un negocio con una única causa –la transferencia del dominio– pero con una finalidad más débil –la garantía–. Con todo, en ambos casos, entre los contratantes debe existir una *fides* o confianza de cumplir con la finalidad real que se encuentra detrás del negocio aparente.

§ 22. Si bien hay negocios simulados que no son fiduciarios, todo negocio fiduciario se perfecciona mediante un negocio relativamente simulado. Por otro lado, no se concibe un negocio fiduciario que, a su vez, sea un negocio jurídico en su totalidad simulado, pues todo acto fiduciario pretende un efecto, ya sea de custodia, disfrute, garantía, etc. Así, tanto la *fiducia cum amico* como la *fiducia cum creditore* incorporan un acuerdo simulatorio.

⁷⁸ DE COSSIO Y CORRAL, *op. cit.*, p. 290. En el mismo sentido, Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (dir.) *Comentarios al Código Civil. Atrs. 1.088 al 1314*, p. 613. También, PUIG, *op. cit.*, p. 454 y s.; Pablo SALVADOR CODERCH, “Simulación negocial”, p. 23 y s.

2. EL CONTRATO SIMULADO, EL NEGOCIO INDIRECTO Y EL NEGOCIO EN FRAUDE DE LEY

§ 23. Hay diferencias entre el *contrato simulado*, el *negocio indirecto* y el *negocio en fraude de ley*⁷⁹. El *negocio indirecto* consiste en la celebración de un negocio cuyos términos típicos se conservan intactos, empero cuya celebración se lleva a cabo con el propósito consciente de alcanzar una finalidad propia de otros tipos contractuales. Dichos otros resultados del negocio son los que se denominan *indirectos*, *v. gr.*, la constitución de sociedades anónimas cuyas acciones son suscritas todas por una sola persona, menos una, eludiendo lo dispuesto en el art. 1911 del CC.

Lo particular del *negocio indirecto* es la discordancia entre la finalidad perseguida y el medio jurídico empleado, sin existir un doble negocio o dos diversos con identidad propia, sino uno solo complejo. Todo lo anterior es lícito en un sistema contractual liberal, sin perjuicio que conlleve el problema de seleccionar el conjunto de reglas legales que van a gobernar el negocio específico, que, en general, será el estatuto propio de aquel cuya finalidad sea, en efecto, perseguida⁸⁰.

§ 24. Por su parte, el *negocio con fraude a la ley* consiste en utilizar un tipo de negocio o procedimiento negocial específico con la finalidad de evitar la aplicación del estatuto jurídico vigente que regula otro tipo negocial. Sea o no evidente para los terceros, no se pretende necesariamente engañarlos, sino que en general, solo burlar el ordenamiento jurídico, ya sea frente a la Administración o los jueces.

El *negocio en fraude a la ley* se diferencia del *negocio indirecto*, pues el primero puede ser declarado nulo conforme lo dispone el art. 1275 del CC. Sea o no declarada la nulidad del negocio fraudulento, no hay óbáculo para que se aplique la norma que, en efecto, pretendía eludir. Para hacer aplicable el estatuto jurídico que se ha pretendido evadir, y sin perjuicio de normas en leyes especiales⁸¹, existen los arts. 6.4 y 12.4 del CC⁸².

§ 25. El *negocio jurídico fraudulento* y el *negocio simulado* no son lo mismo y más importante aún, ni son impugnables de la misma manera.

⁷⁹ Véase PUIG, *op. cit.*, p. 440, quien agrega que se trata de anomalías contractuales que ya han alcanzado cierta tipicidad social y sobre ellos se habla de “contratos simulados”, “fiduciarios”, “indirectos” y “en fraude de ley”. Sobre la distinción entre negocios simulados y negocios fraudulentos, véase CARCABA, *op. cit.*, p. 58 y s.

⁸⁰ Así, CLAVERÍA, *op. cit.*, pp. 600-605.

⁸¹ Cfr. art. 9 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; art. 2.3 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984.

⁸² Cfr. CLAVERÍA, *op. cit.*, pp. 606-607.

En realidad, incluso cuando la simulación es empleada para la obtención de fines ilícitos como perjudicar a los acreedores, ocultar la violación de infracciones legales, etc., no cabe hablar de fraude⁸³. A través del negocio efectuado en “fraude de ley”, por el contrario, las partes declaran lo que desean, porque en verdad quieren los efectos jurídicos del negocio formalmente realizado, aunque hayan elegido una forma que les permite eludir una norma legal⁸⁴. Si a través del negocio simulado se persigue defraudar los derechos de un tercero o, incluso, violar la ley se estará en presencia de una simulación ilícita, pero no ante un negocio fraudulento⁸⁵. Este último solo existe cuando ocasiona un perjuicio en el patrimonio del tercero^{86, 87}. En otras palabras, *solo en los casos que el contrato no es simulado y produce perjuicio a terceros, es posible considerarlo fraudulento*⁸⁸. La diferenciación es importante, dado que el primero, el simulado, solo es atacable por la acción de simulación y, en cambio, el fraudulento solo mediante la acción pauliana o de fraude a la ley. Por último, cabe destacar que la circunstancia que se trate de un negocio fraudulento muchas veces es producto de que no se logra acreditar la simulación, a causa de que se revela que en

⁸³ A efectos del fraude a la ley y negocio simulado para la obtención de subvenciones agrarias en el ámbito europeo, véase Joachim VOGEL, “Fraude de ley, abuso de derecho y negocio ficticio en Derecho penal europeo”, p. 317 y s.

⁸⁴ Cfr. Jesús María SILVA SÁNCHEZ, “Ingeniería financiera y derecho penal”, p. 178.

⁸⁵ CARCABA, *op. cit.*, p. 58 y s. También, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*, p. 107.

⁸⁶ PUIG, *op. cit.*, p. 439.

⁸⁷ CARCABA, *op. cit.*, p. 58 y s. quien precisa: “Si un contrato se celebra realmente para defraudar a la ley o a los acreedores no habrá simulación puesto que el acto es querido y, en consecuencia, en pleno eficaz en tanto no sea impugnado a través de una acción pauliana o, en su caso, por fraude a la ley. Así, *v. gr.*, el que adopta a un extraño para nombrarlo heredero, disminuyendo así el total del impuesto a la herencia, persigue un fraude fiscal, no obstant la adopción es un negocio en verdad querido. Por el contrario, en el supuesto de una compraventa simulada con la intención de perjudicar a los acreedores de uno de los contratantes haciéndoles creer que el activo de su deudor es menor del que es en realidad, el negocio simulado es falso, no existe en absoluto”. Del mismo modo se pronuncia la STS de 12 de julio de 1941 la que “deniega la validez de una donación, disfrazada de venta, por ilicitud de la causa, pues se hizo en *fraude de derechos* de legitimarios. Siguen idéntico supuesto, las SsTS de 24.03. 1950 y 13.02.1951”. Cfr. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*, p. 110.

⁸⁸ LARENZ, *Derecho Civil...*, *op. cit.*, p. 500, señala: “Conforme al art. 177 CC alemán, el negocio aparente existe cuando el declarante y el destinatario de la declaración han acordado que no sea válido lo declarado, esto es, cuando los contratantes «de común acuerdo, producen tan solo la apariencia externa de la conclusión de un negocio jurídico, y, en cambio, no quieren dar lugar al efecto jurídico conectado al respectivo negocio”. En estos supuestos no hay propósito de inducir a error al destinatario de la declaración, ni de causarle incertidumbre o perplejidad, ni por un momento; muy por el contrario, las partes en la mayoría de las ocasiones se proponen perjudicar a un tercero, *v. gr.*, a un acreedor o al fisco.

verdad se han cumplido las obligaciones pactadas, las que de lo contrario serían simuladas^{89,90}.

3. EL CONTRATO SIMULADO Y LA RESERVA MENTAL

§ 26. La *reserva mental* existe cuando se emite una declaración de voluntad conscientemente divergente del querer interno con la intención de engañar a la otra parte. En su fuero interno, el declarante no acepta lo que manifiesta como su voluntad real^{91,92}. La *reserva mental*, a diferencia de la simulación, permanece en la mente –en su esfera interna– resultando intrascendente para la eficacia del negocio⁹³.

§ 27. Las consecuencias jurídicas de la *reserva mental* dependen de si el acto es *inter vivos* o *mortis causa*. Los actos *inter vivos* realizados con reserva son válidos en protección a la buena fe del cocontratante puesto que *no es admisible que una parte invoque las palabras en que se apoyan sus mentiras*, así como el propósito oculto de no obligarse no puede privar de valor a la declaración de una voluntad existente. Algo distinto sucede en el *acto mortis causa*, que es nulo, por cuanto la oposición surge entre los sucesores legales o testamentarios, que son ajenos a la formación del acto y a quienes no se les puede imputar esta⁹⁴.

§ 28. La *simulación contractual* se diferencia de la *reserva mental*, por cuanto en la primera los contratantes están perfectamente de acuerdo entre sí, con el objetivo de para producir una apariencia ante terceros.

⁸⁹ Véase la sentencia dictada por la Supreme Court of The United States, en el caso *Lexsee* 293 US. 465 [1935], No. 127 [Ref.: 293 U.S. 465; 55 S. Ct. 266; 79 L. Ed. 596; 1935 U.S. LEXIS 4; 35-1 U.S. Tax Cas. [CCH] P9043; 14 A.F.T.R. [P-H] 1191; 97 A.L.R. 1355; 1935 P.H. P687] denominado *Gregory v. Helvering, Commissioner of Internal Revenue*, cuyo tratamiento jurídico por fraude a la ley discurre de modo similar que la doctrina española. En resumen, conforme consta en el *certiorari* de la Corte de Apelaciones del 2.º distrito, en el año 1935, la venta de todas las acciones de una compañía a una sola persona a un menor precio de lo normal con el objetivo de disolverla después y disminuir los impuestos a pagar, se consideró fraude en perjuicio de la hacienda pública.

⁹⁰ Cfr. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*, p. 118.

⁹¹ Véase TORRALBA, *op. cit.*, pp. 526-527.

⁹² STOLFI, *op. cit.*, p. 141, quien sostiene: “La hipótesis de *reserva mental* consistente en silenciar deliberadamente la disconformidad entre la declaración realizada y el querer interno”. En el mismo sentido, Roberto RUGGIERO, *Instituciones de derecho civil*, pp. 184-185.

⁹³ Lluís PUIG I FERRIOL *et al.*, *Manual de derecho civil. Derecho de obligaciones, responsabilidad civil, teoría general del contrato*, p. 602; También, DE COSSIO Y CORRAL, *op. cit.* I, p. 287.

⁹⁴ STOLFI, *op. cit.*, p. 141.

En la segunda, en cambio, existe divergencia entre lo que una parte ha querido y lo que, en cambio, ha declarado frente a la otra⁹⁵.

§ 29. La *reserva mental* puede ser de varios tipos:

- a) *Absoluta*, también llamada simulación unilateral, que tiene lugar cuando alguien declara querer algo que no desea, *v. gr.*, la persona dice contratar cuando en realidad no pretende contraer ninguna obligación y el destinatario ignora la verdadera intención de quien proviene la manifestación de voluntad;
- b) *Relativa*, cuando se emite la declaración de voluntad de modo no completo, como ocurre cuando se acepta un contrato sin manifestar que su cumplimiento se somete a determinadas condiciones –reserva mental en sentido estricto– o en el supuesto de que mentalmente se atribuya a la declaración un sentido diverso al que por lo común, tiene –restricción mental–⁹⁶.

§ 30. La *reserva mental* genera contratos absolutamente simulados por causa falsa, lo cual se asimila a la falta de causa⁹⁷. Por esta razón en tal caso, las acciones civiles que proceden son la declarativa de que los contratos son nulos por carecer de causa⁹⁸, por ser simulados del todo, incluso el pago⁹⁹.

4. LOS CONTRATOS EN PERJUICIO DE TERCERO

§ 31. El *contrato en perjuicio de tercero* consiste en la celebración de un contrato que ocasiona un *daño* a un tercero, lesionando un derecho subjetivo de aquel¹⁰⁰. Por ello se dice que esta figura constituye una excepción al

⁹⁵ PUIG, *op. cit.*, p. 441. Sobre la reserva mental, en general, véase TORRALBA, *op. cit.*, p. 526. También, Nicolás COVIELLO, *Doctrina general del derecho civil*, p. 401 y s.

⁹⁶ CARCABA, *op. cit.*, p. 49 y s.

⁹⁷ DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, p. 349 y s.

⁹⁸ Véase LACRUZ, LUNA, DELGADO, RIVERO, *op. cit.*, p. 113 y s.

⁹⁹ En el ámbito penal, los casos de *reserva mental* están íntimamente relacionados con los denominados “contratos criminalizados” que dan lugar a la apreciación de un delito de estafa. En efecto, esta categoría doctrinal y jurisprudencial entiende por *contratos criminalizados* aquellos en que existe un hecho interno de uno de los contratantes cual es la voluntad de no cumplir lo convenido. Así, uno de los otorgantes se obliga con el otro a determinada prestación que sabe es de imposible cumplimiento, recibiendo del otro una contraprestación que lo perjudica en el patrimonio. Por ello se habla de que existe un engaño sobre su voluntad de cumplir y por ello realiza el tipo de la estafa del art. 248 del CP. Este contrato es considerado un documento que, sin ser punible por falsedad documental, es medio para la comisión de un delito de estafa y prueba el engaño. Véase Enrique BACIGALUPO ZAPATER, “La reforma de las falsedades documentales”, p. 1670.

¹⁰⁰ Cfr. por todos, José Ignacio, RODRIGUEZ GONZÁLEZ, *El principio de relatividad de los contratos en el derecho español*, p. 260 y s.

efecto relativo de los contratos^{101, 102} y que se construye a partir del daño ocasionado a un tercero debido a la celebración de un contrato, ya sea que ambas partes contraten con el propósito de dañar o solo una de ellas persiga el fin lesivo¹⁰³, como los casos de:

- a) “Acuerdos de *boicot*”, a través de los cuales las partes se obligan a no contratar con un tercero o
- b) Los “acuerdos de violación de un *pacto de exclusiva*”.

Esta clase de contrato exige que el daño sea consecuencia directa e inmediata del contrato y no basta que coloque a los terceros en una situación desfavorable. Por su lado, no hay contrato en daño de terceros cuando es aplicable la figura del *abuso del derecho*. La anterior distinción se fundamenta sobre la base de que el contrato en daño de tercero viola un derecho subjetivo del que es titular el perjudicado, como en el siguiente caso:

A pacta con B una opción de compra sobre determinado bien, mediante la cual B puede ejercitarla y adquirir tal bien durante un plazo determinado. Mientras corre el plazo, A vende la cosa a C, quebrantando el pacto anterior, con lo que B comprueba cómo A incumple el contrato pactado y se ve perjudicado en su interés. B puede dirigirse contra A, por la existencia de incumplimiento contractual doloso o culposo, y C sería responsable extracontractualmente, si no actuó de buena fe.

Esta solución implica aceptar la posibilidad de proteger el contrato con *armadura aquiliana*¹⁰⁴. En cambio, en el caso de abuso del derecho solo se lesiona un interés jurídico carente de protección especial, lo que ocurre en el caso en que una de las partes de un convenio de concesión privada que no tiene plazo expreso de extinción, lo rescinde sin justa causa¹⁰⁵.

¹⁰¹ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 14, quien agrega que dicho vínculo obliga a los contratantes, mas no a los terceros. Los terceros de este modo resultan extraños al negocio jurídico y todo el desarrollo de la teoría de los contratos se define sobre la base del estudio de lo que sucede entre las partes en virtud del contrato. Conforme el art. 1257 del CC, lo contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos. Esta regla es la concreción de la máxima romana “res inter alios aliis nec nocere prodesset potest”. Traducción libre del autor: “Lo que ha sido entre unos, no daña ni beneficia a otros”.

¹⁰² Sería erróneo considerar esta figura como una excepción al efecto relativo de los contratos, en virtud de que la doctrina ha expuesto que la acción del tercero perjudicado sería de carácter extracontractual, por lo que carece de una acción de cumplimiento que le permita ingresar al substrato del contrato. Así, véase RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 264 y s.

¹⁰³ Por todos, véase Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, pp. 446-447.

¹⁰⁴ Cfr. RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 262 y s., quien agrega que estos contratos serían impugnables por causa ilícita por la inmoralidad de esta.

¹⁰⁵ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 446.

Bibliografía

- ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis *et al.*, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, Trivium, 1995, tomo IV: Arts. 1.088 a 1.444.
- ALBALADEJO, Manuel, *La simulación*, Madrid, Edisofer, 2005.
- ALBADEJO, Manuel y Silvia DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1993, tomo XVII, vol. 1.º-B: arts. 1261 a 1280 del CC.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, "La reforma de las falsedades documentales", en *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, n.º 1, Madrid, 1996.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán, *Comentarios al Código Civil*, coord. Rodrigo Bercovitiz Rodríguez-Cano, Navarra, Marcial Pons, 2001.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio, *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, Barcelona, Bosch, 1990.
- CARCABA FERNÁNDEZ, María, *La simulación en los negocios jurídicos*, Barcelona, Bosch, 1986.
- CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, 9ª ed., Madrid, Reus, 1955, tomo I, vol. 2.
- CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, 11ª ed., Madrid, Reus, 1971, tomo I, vol. 2.
- CLAVERÍA GOSALVEZ, Luis Humberto, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1993, tomo. XVII, vol. 1.º-B.
- COVIELLO, Nicolás, *Doctrina general del derecho civil*, 4ª ed., traducido por Felipe J. de Tena, México D.F., Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1938.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985.
- DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso, *Instituciones de derecho civil*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1991, tomo I.
- DEL ARCO TORRES, Miguel y Manuel PONS GONZÁLEZ, *Diccionario de derecho civil*, Granada, Comares, 1999,
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, 5ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 2002, tomo II.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 5ª ed., Madrid, Civitas, 1996, vol. I.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *La doctrina de los actos propios*, Madrid, Civitas, 1962.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Instituciones de derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1995, vol. I.
- DURÁN RIVACOBBA, Ramón, *Donación de inmuebles, forma y simulación*, 2ª ed., Navarra, Arazandi, 2003.
- FERRARA, FRANCISCO, *La simulación de los negocios jurídicos*, traducción de Rafael ATARD y Juan A. DE LA PUENTE, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1961.

- GARCÍA AMIGO, Manuel, *Instituciones de Derecho Civil, I. Parte General*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1979.
- GARCÍA DE MARINA, Manuel, *Tercerías de dominio y de mejor derecho*, Barcelona, Serlipost, 1990.
- GUZMÁN PÉREZ, Cristina, *Simulación del consentimiento matrimonial. Aportación de los canonistas españoles 1917-1983*, Madrid, Colex, 1999.
- JOSSERAND, Louis, *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado; teleología jurídica*, Puebla, José Cajica, 1946.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Manual de derecho civil*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1984.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, Agustín LUNA SERRANO, Jesús DELGADO ECHEVERRÍA y Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones, "teoría general del contrato"*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1987, vol. II.
- LARENZ, Karl, *Derecho Civil, Parte General*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 2001.
- MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español*, 6ª ed., Madrid, Reus, 1967, tomo VIII, vol. 2.º.
- MÉNDEZ, Rosa M. y A. Esther VILALTA, *Acción declarativa de simulación de un contrato*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 2001.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de derecho civil, Parte general*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1986, tomo I.
- OVALLE MADRID, Germán, "Origen y evolución de la teoría de la simulación de los negocios jurídicos en Derecho español", en *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, n.º 17, Santiago, octubre 2020.
- PABÓN GÓMEZ, Germán, *Lógica del indicio en materia criminal*, 2ª ed., Santa Fe de Bogotá, Temis, 1995.
- PÉREZ TRIVIÑO, José Luis, "Validez, aplicabilidad y nulidad. Un análisis comparativo de la Teoría del Derecho y la Dogmática jurídica". Disponible en www.upf.es/dret/filos/curricu/jperez_archivos/aplicabilidad.pdf [fecha de consulta: 7 de febrero de 2006].
- PLANIOL, Marcel y Goerges RIPERT, *Derecho civil*, Ciudad de México, Pedagógica Iberoamericana, 1996.
- PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1988, tomo II, vol. I.
- PUIG I FERRIOL, LLUÍS *et al.*, *Manual de derecho civil. Derecho de obligaciones, responsabilidad civil, teoría general del contrato*, 3ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2000, tomo II.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *El principio de relatividad de los contratos en el derecho español*, Madrid, Colex, 2000.
- RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de derecho civil*, Ciudad de México, Librería de Ángel Pola, 1939.

- SALVADOR CODERCH, Pablo, "Simulación negocial", en Pablo SALVADOR CODERCH, *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Madrid, Civitas, 1999.
- SANTAMARÍA, José, *Comentarios al Código Civil: Art. 1.088 a Disposiciones transitorias y Apéndice foral de Aragón*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, *Comentarios del Código Civil. Arts. 1.088 al 1314*, Barcelona, Bosch, 2000, tomo 6.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Ingeniería financiera y derecho penal", en Luis PUERTA, Luis ROMÁN (dirs.), *Fenómenos delictivos complejos*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial 1999.
- STOLFI, Giuseppe: *Teoría del negocio jurídico*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.
- TORRALBA, Vicente, *Derecho civil para ciencias económicas y empresariales*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., 1989, vol. II.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a Rosario. (coord.), *Derecho civil, obligaciones y contratos*, 3^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- VAN WETTER, Polynice, *Derecho romano*, Madrid, Góngora y Álvarez Impresor, 1889, tomos I y II, 1^a.
- VOGEL, Joachim, "Fraude de ley, abuso de derecho y negocio ficticio en Derecho penal europeo", en Luis ARROYO ZAPATERO y Klaus TIEDEMANN (dirs.), *Estudios de derecho penal económico*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994.
- ZURILLA CARIÑANA, María Ángeles: *Comentarios al CC*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Navarra, Marcial Pons, 2001.

Siglas y abreviaturas

al.	alii
art.	artículo
ats.	artículos
BGHZ	Tribuna Superior Federal
CC	Código Civil
cfr.	confróntese
coord.	coordinadora a veces coordinador
CP	Código Penal
ed.	edición
D.F.	Distrito Federal
dirs.	directores
etc.	etcétera

<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar)
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
n.º <i>a veces</i> No.	número
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
RGZ	Tribunal del Imperio
s.	siguiente
S.A.	Sociedad anónima
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SsTS	Sentencias del Tribunal Supremo
TS.	Tribunal Supremo
v.	versus
<i>v. gr.</i>	<i>verbi gratia</i>
vol.	volumen
www.	world wide web