

II. DERECHO PRIVADO

LA ESTRUCTURA DE LA SIMULACIÓN EN EL DERECHO MEXICANO

Por D. CARLOS SORIANO CIENFUEGOS

*Profesor titular del Seminario de Derecho Privado de la Facultad de Derecho
Universidad Panamericana, México*

Resumen

La explicación teórica de la simulación ha sido siempre controvertida, pues está condicionada por la visión que se adopte del negocio jurídico. En concreto, resultan altamente debatidos el tema de la naturaleza de la simulación y el examen de la paradoja consistente en reputar formalmente perfecto el acto simulado y, simultáneamente, encuadrarlo en los negocios ineficaces. En este trabajo, la cuestión es abordada desde la perspectiva del derecho mexicano, contextualizado en la doctrina reciente y en otras legislaciones significativas de la región.

Abstract

Simulation's theory has always been controversial, since it depends upon the vantage point of the so-called «legally-charged act» of the civilian tradition. It turns out to be specially disputed the matter concerning simulation's nature, as well as the doctrine which analyses the paradox of considering formally valid the simulated declaration, and simultaneously to put it within the void ones. This paper leads with the subject from the Mexican law's perspective, in the context of the doctrine of our days and other relevant systems of the continent.

SUMARIO

- I. PRELIMINARES
- II. INVALIDEZ E INEFICACIA
- III. SIMULACIÓN
 - 1. ESTADO DE LA CUESTIÓN
 - 2. ESPECIES
 - 3. CONVENIO SIMULATORIO
- IV. INEFICACIA Y SIMULACIÓN
 - 1. ASPECTOS SISTEMÁTICOS
 - 2. ASPECTOS PRAGMÁTICOS

I. PRELIMINARES

En la muy amplia reflexión actual sobre la invalidez y la ineficacia de los negocios jurídicos, es posible identificar las más diversas posturas entre los autores. Esta situación ha sido denunciada por la doctrina, y se reprocha que no existe siquiera una terminología homogénea¹. En efecto, hay quienes prefieren emplear el término ‘ineficacia’ para abordar el fenómeno de las nulidades², al tiempo que distinguen entre ineficacia inicial y sobrevenida, como correlativos de nulidad y anulabilidad³. Otros plantean el tratamiento de la ineficacia en atención a la rescisión y al mutuo disenso⁴, o quienes se refieren a las nulidades desde la perspectiva de la invalidez⁵. Finalmente, hay otros que concentran sus esfuerzos en fijar el uso de la terminología⁶.

Estas discrepancias entre los doctrinarios son causadas en gran medida por los propios textos legales, pues aun dentro de un determinado ordenamiento positivo, no se encuentran argumentos suficientes para esclarecer la opción tomada por el legislador⁷.

Estas líneas no pretenden plantear una solución definitiva a tan compleja problemática, pero resulta indispensable tenerla en mente, a fin de contextualizar el tema relativo a la no producción de efectos en la simulación de acuerdo con la legislación mexicana. En atención a ello, se menciona que la doctrina pudiera agruparse en dos categorías, la primera integrada por quienes postulan que la invalidez hace referencia a una figura análoga a la ineficacia; y la

¹ «... el uso específico de los términos nulidad, anulabilidad, inexistencia, ineficacia, etcétera, no es otra cosa que la aplicación de esquemas dogmáticos modernos a la fenomenología romanística, sobre la cual aún no hay un acuerdo definitivo. Y es que, aunque de relativamente reciente elaboración, la figura de la invalidez, a la par de la del negocio jurídico, tienen poco de pacíficas y consolidadas»: I. CASANUEVA SÁNCHEZ, *Las categorías de invalidez en los negocios jurídicos*, Cáceres, Universidad de Extremadura, 2002, págs. 14 y ss.

² Este grupo es mayoritario; entre otros, L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, II, Madrid, Editorial Tecnos, 1998, págs. 102 y ss.

³ J. LETE DEL RÍO, *Derecho de las obligaciones*, II, Madrid, Editorial Tecnos, 1998, págs. 113 y ss.

⁴ C. LASARTE, *Principios de derecho civil*, III, Madrid, Marcial Pons, 2003, págs. 164 y ss.

⁵ F. GALGANO, *El negocio jurídico*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1992.

⁶ E. ZANONNI, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1986.

⁷ No es un problema que se presente exclusivamente en el derecho mexicano: J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil*, I, 3, Madrid, Dykinson, 2000, pág. 251, obra en la que se señala que «... el propio código no ayuda en exceso, pues utiliza la palabra nulidad para designar en general las deficiencias del negocio jurídico en sus diversas sedes, sin entrar a puntualizar a qué clase de invalidez se está refiriendo».

segunda, por los que afirman la identidad de ambos conceptos⁸. En el contexto del derecho mexicano, se estima más acertado distinguir tales nociones, basados en las razones que se hacen patentes en el desarrollo de estas páginas.

II. INVALIDEZ E INEFICACIA

A este propósito, vale la pena recordar unas palabras de Messineo, por cuanto ilustran la cuestión: «Se recogen aquí, bajo el genérico nombre de “vicisitudes del contrato”, aquellas circunstancias y aquellos eventos que pueden influir sobre la suerte del mismo. En un primer grupo, se comprenden la invalidez en sus dos formas (nulidad y anulabilidad), la ineficacia y la rescisión, que presuponen un contrato que esté, de algún modo, viciado, o no sea susceptible de producir efectos, por razones coetáneas a su nacimiento. En un segundo grupo, se comprenden aquellos efectos que, presupuesto un contrato válidamente constituido y eficaz, sobrevengan para alterar, de diversos modos, las relaciones entre los contratantes»⁹.

Esta opinión se encuentra como fundamento del desarrollo de la teoría por la que se ha optado en este trabajo, es decir, la que distingue entre invalidez e ineficacia del negocio jurídico. No se acoge la postura contraria, puesto que en la legislación mexicana, la nulidad del acto exige declaración judicial, lo que implica que mientras no se presente, el acto es capaz de producir efectos; y más todavía, porque en el caso del acto anulable, la acción está sujeta a prescripción.

Estas circunstancias ponen de manifiesto que, a pesar de tratarse de conceptos íntimamente ligados, invalidez e ineficacia no resultan idénticas. Ciertamente, el acto inválido es por principio ineficaz, pero se advierte que en verdad es probable que el acto inválido sea eficaz, ya temporal o definitivamente.

Tratándose de la invalidez del acto jurídico, la doctrina considera que es causada por la inobservancia o carencia de algún requisito normativo de integración del negocio, es decir, se actualiza una discordancia entre la voluntad y el supuesto normativo típico. Esta inobservancia, que supone una transgresión al régimen legal, es sancionada con alguna ineficacia, pudiendo ser, en función del vicio, nulidad o anulabilidad.

⁸ Por ejemplo, CASANUEVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, n.º 1, págs. 18 y ss., quien retoma la opinión de Díez-Picazo: «En términos específicos legales, vemos que la diferenciación sustancial se basa en la procedencia del defecto: intrínseca o extrínseca. Pero como acertadamente indica Díez-Picazo, la distinción terminológica entre ambos conceptos carece de sentido al referirnos al negocio jurídico, puesto que el negocio inválido es siempre ineficaz; y el ineficaz es realmente inválido, puesto que el acuerdo no puede alcanzar los resultados buscados con él, con lo que no sirve para lo que se pretendía. Así que consecuentemente no es válido porque se produce un fallo en la causa, en el por qué de su creación, fallando y faltando con ello uno de los requisitos esenciales de todo negocio jurídico. Pretender lo contrario es rebuscar más allá de la lógica fundamental y de la claridad que debe rodear los conceptos del derecho. Inválido e ineficaz son por ello conceptos sinónimos en cuanto se refieren a la ausencia de validez o de obtención de efectos del negocio...».

⁹ F. MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, IV, Buenos Aires, EJE, 1971, págs. 516 y ss.

En cambio, respecto de la ineficacia debe tenerse en cuenta que la no producción de efectos obedece no únicamente a vicios en la formación del contrato, sino que se trata de un concepto que abarca una gama más amplia, como pudieran ser la caducidad o la reducción, entre otras figuras, que ocasionan la ineficacia de un acto válido: normalmente se afirma que un acto es ineficaz si no despliega sus efectos en menor o mayor grado, por lo que es posible establecer una escala de ineficacias, lo que no es pensable en la invalidez.

Finalmente es necesario recordar que los actos jurídicos producen efectos no solo entre las partes, sino también frente a terceros, así como que la ineficacia puede ser eventual y presentarse como resultado de la inclusión de algún pacto entre las partes, o definitiva, es decir, tratarse en realidad de un cese de efectos puesto en existencia ya anteriormente¹⁰.

III. SIMULACIÓN

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Para definir e identificar la estructura de la simulación es necesario atender la jurisprudencia de los tribunales y la doctrina, en tanto que el legislador mexicano solo ofrece unos elementos muy simples en la descripción contenida en el art. 2180 del C.c.¹¹.

La doctrina más reciente acentúa el elemento del acuerdo simulatorio, al considerar necesaria la existencia de un convenio entre quienes ponen en marcha la simulación. Además de ello, se afirma que el acto simulado contiene un elemento esencial consistente en la voluntad, es decir, no carece del aspecto volitivo, en contra de la opinión precedente. Como elemento ulterior, puede presentarse un negocio oculto o encubierto.

¹⁰ La doctrina ha tratado de ofrecer una teoría general de las ineficacias, distinta, aunque vinculada, a la de la invalidez, pero este tema excede con mucho los límites del presente trabajo. Baste señalar que la necesidad de perfilar una distinción descansa en que la invalidez solo aborda los supuestos relativos a los vicios en la formación del negocio, mientras que la teoría de las ineficacias deberá referirse además a supuestos en los que lícita y válidamente un acto no produce los efectos que le son propios; en este sentido, LASARTE, *op. cit.*, n.º 4, pág. 146, agrupa las causas de ineficacia en los siguientes términos. Invalidez (motivada por la existencia de circunstancias intrínsecas a cualquiera de los elementos esenciales del contrato que no resultan admisibles para el ordenamiento jurídico). Dentro de la invalidez, según la gravedad de tales circunstancias, resulta necesario distinguir entre nulidad o supuestos de contratos nulos, y anulabilidad o supuestos de contratos anulables. Ineficacia en sentido estricto, comprendiendo todos aquellos casos en que ciertos defectos o carencias extrínsecos al contrato en sí mismo considerado como acuerdo de voluntades, conllevan su falta de efectos, como el mutuo disenso, el desistimiento unilateral, la resolución por incumplimiento, la rescisión, la revocación, la verificación de la condición resolutoria, la falta de acaecimiento de la condición suspensiva.

¹¹ En México, la materia civil es de competencia federal, de modo que cada entidad federativa cuenta con un Código civil, además de haber un texto federal desde el año 2000. Salvo otra indicación, las referencias son a este último código. Art. 2180: «Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas».

Los tribunales mexicanos consideran que la simulación incluye como elementos estructurales¹²:

- a) Una divergencia entre la voluntad y su declaración.
- b) Que dicha disparidad sea intencional o consciente.
- c) Que dicha divergencia entre lo querido y lo manifestado sea producto del acuerdo entre las partes, y no solo intencional para una de ellas, pues en tal supuesto habría dolo, más que simulación.
- d) Un acto aparente, conformado por los elementos anteriores.
- e) Que se tenga como finalidad el engaño de terceros.

En doctrina, la explicación teórica de la simulación ha sido siempre altamente controvertida, por cuanto se encuentra condicionada particularmente por la teoría adoptada a propósito del negocio jurídico. No obstante, hay consenso por cuanto se refiere al hecho de que la simulación no es en sí misma ilícita, sino que tendrá tal calidad cuando se resuelva en el instrumento a través del cual se pretenda alcanzar un fin jurídicamente ilícito¹³.

También se acepta que las propias partes, así como todo tercero que se vea dañado, afectado o perjudicado por la simulación, pueden oponer precisamente la excepción de simulación ante una eventual demanda, a fin de sacar a la luz la situación jurídica realmente existente.

Por el contrario, resulta también debatido el tema relativo a la naturaleza de la simulación, y el examen de la paradoja consistente en reputar formalmente perfecto el acto simulado y, simultáneamente, encuadrarlo dentro de los negocios ineficaces. La causa del desacuerdo se encuentra en una dificultad, propia del fenómeno simulatorio, relativa a su clasificación dentro de la teoría de la autonomía privada, pues corresponde a las partes establecer el contenido de la norma destinada a regir su relación jurídica; sin embargo, se reserva al legislador determinar si dicha norma es o no vinculante y en qué condiciones.

Con el propósito de identificar el medio por el cual las partes disponen del carácter vinculante del acto simulado, la doctrina ha puesto ocasionalmente el acento en los elementos internos –falta de voluntad, falta de causa–; otras veces ha recurrido a elementos externos al acto –acuerdo simulatorio, contradecларación negocial–; y otras más, ha basado su explicación en ambos aspectos.

A propósito de la naturaleza de la figura en estudio y de la finalidad esencial del engaño a terceros, la jurisprudencia de los tribunales mexicanos destaca el elemento del acuerdo entre las partes que intervienen en la simulación, si-

¹² Registro n.º 241833; Séptima Época; Tercera Sala; Semanario Judicial de la Federación; 57, cuarta parte; pág. 21; aislada; materia: civil.

¹³ El art. 957 de la codificación civil argentina prevé que «La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito».

guiendo en esto a Ferrara, en la obra más leída en México en el medio forense y académico sobre el tema¹⁴:

«SIMULACIÓN, NATURALEZA DE LA. La simulación es la declaración de contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir, con fines de engaño, la apariencia de un negocio jurídico que no existe o que es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo...».

Dejando a un lado la doctrina contenida en los criterios de los tribunales mexicanos, puede señalarse que hoy resulta incontrovertible que la conclusión del acuerdo entre las partes –consistente en no reconocer la norma rectora de su relación jurídica– es razón suficiente para reputarla no vinculante para ellas. Sin embargo, el ordenamiento positivo las considera en cualquier caso vinculadas en la medida en que ello sea necesario para tutelar derechos de terceros de buena fe, aunque no existe una explicación teórica satisfactoria de estas posiciones contradictorias.

El estudio de la simulación ha pasado por alto hasta ahora el hecho de que no es determinante para el resultado jurídico del conflicto entre las partes con los terceros, la calidad de real o aparente de lo que se declara simuladamente y de lo que, en cambio, se advierte a partir de las contradecoraciones, sino más bien, el discernimiento de la situación que amerita, caso por caso, mayor tutela.

En consecuencia, parece fuera de contexto continuar refiriéndose a la apariencia o realidad *de facto* de las situaciones jurídicas subjetivas contradictorias, pues no encuentran su realidad en los hechos, sino en aquéllas. Por lo tanto, mientras perdura la ambigua situación creada por el acuerdo simulatorio, los derechos y obligaciones son simultáneamente reales y aparentes, esto es, susceptibles tanto de ser tenidos por válidos, como por no válidos.

En relación a la naturaleza del fenómeno simulatorio, las teorías comunes gozan de aceptación general, aunque solo en sus presupuestos y alcances. Es verdad que en toda simulación, la voluntad de las partes es deficiente respecto de la eficacia del acto simulado, la cual quedaría destruida totalmente por la simulación, de no ser por aquellos efectos que es preciso producir para poner en existencia la situación aparente respecto de la que es querida. De esta manera, la voluntad formada psicológicamente (*voluntas*) difiere de la que surge de la declaración exteriorizada (*verba*). Sin embargo, también es cierto que tal disparidad, y con ella la carencia o la divergencia de la efectiva voluntad, dependen y son reconocibles jurídicamente solo en función de la contradecoración, con la cual se conoce qué es lo no deseado por las partes, o qué es lo que realmente quisieron. Sin este dato sería imposible dispar las dudas sobre

¹⁴ Registro n.º 356814; Quinta Época; Tercera Sala; Semanario Judicial de la Federación; LVI, pág. 1.434; aislada; materia: civil.

cuál de las varias declaraciones (incompatibles entre sí) es la simulada, y cuál la contradecларación en la que consta la voluntad auténtica.

Asimismo, puede afirmarse que la causa abstracta vinculada al acto simulado falta en realidad, en el sentido de que no es propiamente deseada. El acto simulado se identifica con uno de carácter negocial, que no representa una coherente autorregulación de los intereses privados, siendo ésta fijada diversamente y por otro acuerdo.

Dichas construcciones dogmáticas están más relacionadas con la ontología del fenómeno simulatorio que con su tratamiento legal, y también descuidan en mayor o menor medida el hecho de que en la determinación judicial, la lógica de la preponderancia de la realidad sobre la apariencia, es completamente sustituida por las reglas probatorias respecto de los vínculos entre las partes; y en relación a terceros, por la regla que hace prevalecer el interés que amerite mayor tutela, con independencia de guardar o no dicho interés correspondencia con realidades aparentes.

Por ello, desde la perspectiva normativa, parece más conveniente definir la simulación como el tipo negocial, según el cual una declaración destinada a fijar determinadas situaciones jurídicas subjetivas entre las partes que intervienen en una relación jurídica, es total o parcialmente incompatible con otra declaración de las mismas, destinada a fijarlas diversamente, siendo que dicha disparidad es querida por las partes¹⁵, con la finalidad de poderse valer de las primeras declaraciones (ostensibles) en relación con los terceros, y del resto, entre sí (la verdadera intención de las partes).

2. ESPECIES

La creación de una situación jurídica subjetiva doble y simultánea, en relación con los terceros y consigo mismos, puede realizarse de distintas maneras, las cuales justifican las clasificaciones tradicionales entre simulación «absoluta y relativa», «objetiva y subjetiva», «total y parcial».

Se está frente a la simulación total siempre que los elementos íntegros de la relación jurídica (sujetos, objeto, derechos y obligaciones), ostentada frente a terceros, difieran de aquéllos que corresponden al vínculo entre las partes. Por el contrario, la simulación es parcial cuando solo algunos de dichos elementos no guardan tal correspondencia¹⁶. Una simulación estrictamente total es impo-

¹⁵ Precisamente en esto radica la diferencia de la simulación con el error obstáculo (u obstativo), en tanto que impide la formación del consentimiento. También se distingue de la reserva mental, en tanto que la simulación está basada en un acuerdo, siendo que la reserva reside exclusivamente en uno de los sujetos. Sobre estas básicas pero importantes diferencias, puede consultarse J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, I, 2, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1955, págs. 540 y ss.

¹⁶ La figura de la simulación parcial en la codificación peruana se presenta cuando en el acto se hace referencia a datos inexactos, o interviene interpósita persona (art. 192).

sible en el plano práctico, y se entiende por tal, aquélla que aparenta frente a terceros una relación de naturaleza diversa a la que las partes reputan válida para sí mismas.

La diferencia entre simulación subjetiva y objetiva guarda relación con los aspectos a los que se refiere, ya sean los sujetos que intervienen en el acto, o los elementos objetivos del mismo. Consecuentemente, se está en presencia de una simulación subjetiva en los casos de interposición ficticia de personas, a través de la cual una persona aparenta ser parte de la relación, diversa de la que asume los derechos o las obligaciones del acto celebrado. La simulación es, en cambio, objetiva cuando es el bien o cosa del que se dispone o el contenido de los derechos u obligaciones referidos a él, lo que constituye el punto de divergencia.

Por otra parte, es fundamental en la tradición la distinción entre simulación absoluta y relativa; siendo incluso la única tipología regulada expresamente por el legislador mexicano¹⁷. La ciencia jurídica entiende por simulación absoluta el caso en que las partes instauran entre sí una relación jurídica destinada a valer solamente en relación a terceros, quedando firme entre sí la situación original. A su vez, hay simulación relativa cuando la misma situación preexistente entre las partes es modificada, subjetiva u objetivamente, de forma parcial o total. Instrumento de la modificación es el acto encubierto: un acto normal que corresponde totalmente a las reglas rectoras de la autonomía privada, distinto solamente por su incompatibilidad con el acto simulado y por el ocultamiento del que es objeto.

Respecto de la simulación relativa, los tribunales mexicanos han abordado principalmente el tema de la interposición de personas¹⁸, sobre todo en función

¹⁷ Art. 2181: «La simulación es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real; es relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter».

Las legislaciones de Argentina, Perú y Colombia cuentan con un capítulo dedicado a la figura de la simulación. El Código civil argentino coincide totalmente en su art. 956 con las definiciones que de la simulación absoluta y relativa se hacen en la legislación mexicana: «La simulación es absoluta cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real, y relativa cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter», precisando en el diverso 958 que «Cuando en la simulación relativa se descubriese un acto serio, oculto bajo falsas apariencias, no podrá ser éste anulado desde que no haya en él la violación de una ley, ni perjuicio a tercero». En la codificación peruana, art. 190, se establece que: «Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo», y en relación a la simulación relativa establece en el art. 191 que: «Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurren los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero». El caso colombiano contempla la existencia de la simulación absoluta cuando los contratantes acuerdan un negocio que no han querido de manera alguna, mientras que en la relativa, desean ciertamente un negocio, pero lo ocultan con otra apariencia.

En México y Argentina, se encuentra un presupuesto básico de cualquier tipo de simulación –falsa apariencia que oculta su verdadero carácter– mientras que la tipología de Perú y Colombia atiende fundamentalmente a la existencia o no de la voluntad y no así de la causa.

¹⁸ Registro n.º 326130; Quinta Época; Segunda Sala; Semanario Judicial de la Federación; LXXIII; pág. 2.567; aislada; materia: administrativa. En el art. 848 del Código venezolano se es-

de la licitud o ilicitud de su calificación legal. El hecho de que el fenómeno se presente en todo caso como rigurosamente unitario, y encuentre dicha unificación en el acuerdo simulatorio, incide sobre la disciplina del acto oculto y de la interposición ficticia. Consecuentemente, en toda hipótesis imaginable están comprendidos como elementos el acto simulado, la declaración de su vinculatoriedad solamente en relación a terceros, o contradecación, y, si es el caso, el acto encubierto, o la participación del tercero que contrae con la interpósita persona.

Sin embargo, limitándose a los casos en que la verdadera relación es modificada respecto de la situación primigenia (simulación relativa), se necesita que el negocio objetiva o subjetivamente oculto pueda reconstruirse en todas sus partes atendiendo a las reglas relativas a la forma y, por tanto, que ésta se actualice incluso en los elementos contenidos en las contradecaciones.

En síntesis, en vista de que todos los elementos, tanto del negocio considerado aparente como del real, deben estar contenidos en el acuerdo simulatorio, en las hipótesis de interposición ficticia es absolutamente necesario que en dicho acuerdo participe también el tercero contratante, y es por lo tanto insuficiente su mero conocimiento de la interposición para constituir un vínculo con aquéllos, de tal suerte que el tercero debe prestar su consentimiento sobre el hecho de haber asumido un vínculo con el sujeto que no actúa, y sobre el hecho de no haber asumido vínculo alguno con la persona interpuesta.

3. CONVENIO SIMULATORIO

La reconstrucción ofrecida en las líneas anteriores permite realizar algunas precisiones sobre dos puntos debatidos ampliamente: la naturaleza del acuerdo simulatorio y la esencialidad de las contradecaciones. La tesis según la cual el acuerdo simulatorio posee naturaleza negocial se ha abierto paso poco a poco, y hoy puede reputarse como predominante. La opinión de sus opositores, para quienes la intención de fingir impide que se preste la protección del ordenamiento jurídico, no impide que dicho acuerdo, cuente con naturaleza de acto de disposición, y no meramente declarativo. En efecto, el acuerdo establece la regla de la relación frente a la cual quienes intervienen en la simulación se reconocen vinculados, sea en caso de que reputen como firme la situación preexistente entre sí (simulación absoluta), sea en caso de que modifiquen dicha situación original, aunque la presenten en modo diverso frente a terceros (acto oculto e interposición).

tablece el supuesto de que: «Las disposiciones testamentarias en favor de las personas incapaces, designadas en los artículos 841, 844, 845, 846 y 847 son nulas, aunque se las haya simulado bajo la forma de un contrato oneroso, o se las haya otorgado bajo nombre de personas interpuestas. Se reputan personas interpuestas, al padre, la madre, los descendientes y el cónyuge de la persona incapaz».

En el primer caso, el acuerdo simulatorio puede identificarse con un negocio de constatación (llamado *d'accertamento*, por los italianos), destinado a remediar la incertidumbre creada por las mismas partes con el acto simulado (potencialmente eficaz, ya sea por revocación del convenio simulatorio, o en aras de la tutela de los terceros). En el segundo caso, la naturaleza negocial del acuerdo simulatorio se expresa claramente en cuanto se traduce en el negocio encubierto o en el negocio celebrado con la persona interpuesta.

Por otro lado, es preciso notar que algunos doctrinarios consideran que la noción de acuerdo simulatorio se restringe a aquella parte del convenio en la que los sujetos hacen inequívoca la «ficción» del acto simulado. Si se toma esta explicación, indudablemente el acuerdo simulatorio pasa de ser un negocio a una simple confesión entre las partes de no quererse sujetar a la regla exteriorizada. Sin embargo, dicha noción tan restringida parece no captar todo el alcance del convenio simulatorio, y es consecuencia de la perspectiva reduccionista de la más antigua doctrina, que limitaba su fenomenología a la disparidad entre el acto simulado y la contradecларación.

Por lo que respecta a las contradecларaciones, es menester aclarar una controversia nominal. En vista de que entre las partes el acuerdo simulatorio no puede quedarse únicamente en su fuero interno, la voluntad de no atenerse recíprocamente al acto simulado (sino a la situación original o a aquélla oculta) debe ser exteriorizada. En este sentido, dicha exteriorización es siempre y necesariamente una contradecларación respecto de lo declarado en el acto simulado. Desde esta perspectiva, la contradecларación, como manifestación de la voluntad simulatoria, es un elemento absolutamente indispensable de cualquier tipo de simulación. En cambio, si se entiende por contradecларación la formación de un documento idóneo para la prueba judicial, efectivamente es posible que las partes no hayan tenido la prudencia de confeccionarlo, sin que esto afecte el convenio simulatorio. Sin embargo, el análisis de este caso tiene propiamente lugar en los estudios de corte procesal.

Hecha esta aclaración, parece más fácil entender la afirmación de la jurisprudencia y de la doctrina, de acuerdo con la cual las contradecларaciones no pueden ser más que anteriores o simultáneas a la simulación: de hecho, resulta obvio que el acto simulado no sería ni siquiera tal, si antes o al tiempo de su conclusión, las partes no hubieran perfeccionado el convenio simulatorio.

Lo anterior no afecta que un acto válidamente celebrado pueda convertirse posteriormente en simulado, siempre que las partes convengan ocultar dicha modificación, por medio de la cual optan por volver a la situación preexistente o constituyen una diversa. Pero aun aquí el convenio simulatorio es simultáneo, si no previo, al nacimiento de la simulación. En cambio, las contradecларaciones entendidas como meros medios probatorios, pueden ser sucesivas a la consumación del engaño.

IV. INEFICACIA Y SIMULACIÓN

1. ASPECTOS SISTEMÁTICOS

La operatividad del acuerdo simulatorio presupone que el acto simulado expresa sus efectos en relación a terceros hasta donde resulte indispensable para sostener la apariencia, pero que es ineficaz entre las partes, quienes permanecen rigiéndose por la relación originaria o la formada de manera diversa. Teniendo en cuenta que por lo general el acto jurídico no tiene eficacia más que entre las partes, en relación a terceros no muestra relevancia jurídica, y por tanto no presupone particulares problemas: desde esta perspectiva es más que suficiente la imagen imperfecta que los terceros se forman de la relación jurídica; el problema estriba, en cambio, cuando uno o varios terceros tienen algún interés específico sobre el negocio simulado. En tal caso, la ley interviene para salvaguardarlo. Por otro lado, es altamente problemática en términos jurídicos la ineficacia del acto simulado entre las partes, esto es, en aquella relación en la que debería regir naturalmente.

Esta ineficacia es calificada por el código mexicano en términos más bien imprecisos en art. 2182:

«La simulación absoluta no produce efectos jurídicos. Descubierta el acto real que oculta la simulación relativa, ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare».

Precisar el significado de dicha ineficacia (particularmente a la que se alude en el primer lineamiento), es tarea de interés no solo teórico, debido a la luz que arroja sobre la concepción de la autonomía adoptada por el legislador, sino también práctico, ya que de dicha calificación depende la solución de aquellos aspectos sobre los que la ley es omisa.

Las reconstrucciones se orientan principalmente en dos direcciones. De acuerdo con la primera y más importante, que sin embargo admite numerosas variantes, la ambigua ineficacia sancionada por el primer lineamiento del art. 2182 corresponde a una nulidad. Con base en la segunda, se trata en cambio de una ineficacia en sentido estricto.

La teoría de la nulidad en su primera y tradicional afirmación es expresión de la doctrina voluntarista de la concepción del negocio jurídico, y explica que la ineficacia del acto simulado como nulidad depende de la falta de voluntad, derivada de la disparidad entre lo realmente querido y de lo que es declarado. A esta opinión tradicional se le objeta que incluso el acto simulado es querido a su modo, aun limitando su eficacia en relación a terceros. Una variante afirma que existe propiamente contradicción entre la declaración simulada y la contra-declaración que afirma la realidad de la relación entre las partes. Sin embargo, tal variante no contiene razones sustancialmente diversas: en efecto, de la falta de voluntad a la afirmación de los efectos declarados simuladamente hay poca

distancia para explicar la ineficacia del negocio simulado, y por lo tanto se reconduce a la calificación de ésta en términos de nulidad.

En cambio, es diversa, aunque conduce nuevamente a la nulidad, la reconstrucción que de la ineficacia del acto simulado es ofrecida por autores propensos a teorías más objetivas del negocio jurídico, los cuales entienden la especie simulatoria en términos de causa más bien que de voluntad. Estas doctrinas afirman que el acto simulado adolece de causa, y por tanto es nulo; o bien, de acuerdo con una segunda explicación, que la causa abstracta es paralizada por la intención empírica y concreta de las partes; o, según otra vertiente, que el acuerdo simulatorio posee la virtud de privar concretamente de causa al acto simulado.

Si estas reconstrucciones son confrontadas con el material normativo vigente, se constata de inmediato que el código mexicano no expresa inequívocamente la sanción en términos de nulidad por falta de voluntad. Ciertamente, para que la ineficacia de la que se habla en el primer lineamiento del art. 2182 pueda ser interpretada en términos de nulidad (nulidad absoluta, de acuerdo con la terminología legal), sería necesario que la simulación pudiera reconducirse a alguna de las hipótesis que señala el legislador en materia de existencia y validez de los contratos o de nulidades.

Como es sabido, se considera que se está frente a una inexistencia, equiparable a la nulidad¹⁹, cuando no hay consentimiento, es decir, cuando se está en presencia de una falta de voluntad²⁰. Pero ya se ha criticado que en el negocio simulado sí la hay, y precisamente que está encaminada a engañar a terceros, de modo que no parece sostenible que el negocio simulado sea nulo por falta de voluntad. Sin embargo, si la simulación persigue una finalidad ilícita, debe reputarse que existe nulidad, de conformidad con los arts. 1795, fracción III, y 2225 del ordenamiento civil mexicano, a pesar de la nueva ambigüedad establecida por el último numeral, al establecer que la ilicitud en el fin del acto «... produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley».

Si quisiera entenderse que la ineficacia prevista por el primer lineamiento del art. 2182 corresponde a una nulidad «relativa» (anulabilidad, propiamente), entonces tendría que repetirse el mismo ejercicio, es decir, encontrar la hipó-

¹⁹ Los tribunales mexicanos han determinado que el régimen de la inexistencia y de la nulidad coinciden: «NULIDAD E INEXISTENCIA DE UN ACTO JURÍDICO. SUS DIFERENCIAS SON Solo TEÓRICAS». Registro n.º 214439; Octava Época; Tribunales Colegiados de Circuito; Semanario Judicial de la Federación; XII, noviembre de 1993; pág. 384; aislada; materia: civil.

²⁰ Art. 1794: «Para la existencia del contrato se requiere:/I. Consentimiento;/II. Objeto que pueda ser materia del contrato». Sin embargo, la más reciente jurisprudencia de los tribunales mexicanos ha establecido que no siempre que falte alguno de estos elementos se está ante la inexistencia: «ACTO JURÍDICO INEXISTENTE. LA REGLA RELACIONADA CON LA FALTA DE ALGUNO DE SUS ELEMENTOS NO ES DE APLICACIÓN ABSOLUTA», n.º 182902; Novena Época; Tribunales Colegiados de Circuito; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; XVIII, noviembre de 2003; pág. 925; aislada; materia: civil.

tesis prevista por el legislador para que se actualizara la sanción legal. En este caso, parecen existir más razones que desaconsejan interpretar de esta forma el enunciado legal, pues de los supuestos contemplados²¹ habría que admitir que en el negocio simulado está presente un vicio de la voluntad, como el error, el dolo o la violencia, lo que no parece justificable, por lo menos en tanto que todos ellos son involuntarios para quien los padece, y la simulación es buscada y querida por ambas partes.

Si el negocio simulado, por el contrario, carece de la forma exigida legalmente, será anulable, pero en atención a esta última causa. A pesar de todo, la cuestión no es pacífica, pues el legislador utiliza una expresión propia de la fórmula de la nulidad relativa en otro numeral contenido dentro del mismo capítulo de la simulación, comenzando de esta forma el enunciado del art. 2184: «Luego que se anule un acto simulado...», fórmula que, dada la ambigüedad de las disposiciones en materia de nulidad, no puede encontrar apoyo en su redacción final, aunque se hable de que los efectos del acto simulado pueden destruirse, pues la legislación mexicana permite la producción de efectos provisionales tanto en actos afectados de nulidad, como en los encuadrados como casos de anulabilidad²².

De acuerdo con la teoría del negocio jurídico, lo que puede ponerse de relieve es la dificultad de encontrar un punto de equilibrio entre las exigencias de tipo individualista, que se encuentran en los fundamentos del principio de la autonomía de los particulares, exigencias que luchan por el respeto de la voluntad; y por otro lado, las exigencias de tipo social, que en aras de la tutela de la circulación de los bienes, piden una atenuación del riesgo que conlleva la posibilidad de impugnaciones fundadas sobre la voluntad interna.

En cambio, en términos de estricta consideración de la figura de la simulación, y en vista de que ya se ha analizado cómo es que la nulidad del acto simulado no puede encontrar su fundamento en ninguna de las hipótesis de las nulidades (pues todas ellas expresan valores sociales no derogables), la justificación de la nulidad debe buscarse en razones diversas, del tipo de aquellas por las que son nulos aun los actos respecto de los cuales el ordenamiento jurídico no objetaría nada, y que, sin embargo, no realizan entre las partes intereses dignos de tutela porque se encuentran fundados sobre un disenso, sobre la falta de una causa para obligarse en el caso concreto, sobre la excesiva indeterminación de la disposición buscada, o sobre la imposibilidad material de realizarlo.

²¹ Art. 2228: «La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, producen la nulidad relativa del mismo».

²² Art. 2226: «La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez su nulidad. De ella puede prevalecerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción»; art. 2227: «La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos».

Pero incluso en estos casos no se pasa por alto que el acto simulado, a pesar de estar más próximo a esta casuística, siempre la supera, de modo que tampoco puede ser reconducido a ella.

La insatisfacción de las explicaciones en términos de nulidad causó a mediados del siglo XX en la doctrina italiana, aunque ya precedentemente en la francesa, una serie de explicaciones de la ineficacia del acto simulado fundadas sobre su calificación como acto meramente ineficaz en sentido estricto²³.

Los portavoces de esta segunda orientación doctrinal buscan, desde una perspectiva estrictamente teórica, una clasificación más coherente para un acto que no contraviene el interés público, sino solo los «verdaderos» intereses privados de los mismos sujetos que intervienen en la simulación; y desde un punto de vista menos académico, proponen el presupuesto para un tratamiento más articulado y flexible de aquél que se alcanzaría en términos de la calificación de nulidad: incluso estos autores no pueden negar que la práctica y la opción legislativa exigen derogar del régimen de la simulación las reglas de nulidad²⁴, atenuándolas y relativizándolas (especialmente por lo que se refiere a la tutela del tercero de buena fe), derogaciones que la nulidad no permite y en cambio la simulación presupone específicamente.

Ambas orientaciones teóricas, por otra parte, se muestran muy reacias a admitir que la duplicidad y la ambigüedad de situaciones jurídicas es la característica de la simulación, o, en otras palabras, que tal duplicidad y virtualidad son admitidas, pero como elemento de hecho, y no como propiamente jurídico.

En síntesis, la cuestión relativa a la ineficacia del acto simulado entre las partes debe considerarse abierta todavía, y subordinada a la concepción adoptada del negocio jurídico. Sin embargo, debe quedar claro que ni la calificación en términos de nulidad, ni la hecha en términos de ineficacia en sentido estricto, pueden constituir por sí mismas el presupuesto suficiente para decir la última palabra a propósito de las consecuencias jurídicas: siendo la simulación una nulidad o una ineficacia *sui generis*, diversa del resto de las hipótesis reconocidas por el legislador, comoquiera que se califique el estatus del acto simulado, no resulta del todo demostrado que de ello derive, por ejemplo, la

²³ De acuerdo con la muy conocida división conceptual de ineficacias de tipo estructural (nulidad y anulabilidad) y las funcionales (o propiamente ineficacias). Los tribunales mexicanos conocieron pronto esta importante distinción: registro n.º 386359; Quinta Época; Sala Auxiliar; Semanario Judicial de la Federación; CVIII; pág. 1.854; aislada; materia: civil.

²⁴ Como cuando afirma el segundo lineamiento del art. 2182 del código federal que «... Descubierta el acto real que oculta la simulación relativa, ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare»; o las disposiciones complementarias en materia de *in integrum restitutio* previstas por el 2184: «Luego que se anule un acto simulado, se restituirá la cosa o derecho a quien pertenezca, con sus frutos e intereses, si los hubiere; pero si la cosa o derecho ha pasado a título oneroso a un tercero de buena fe, no habrá lugar a la restitución. También subsistirán los gravámenes impuestos a favor de tercero de buena fe».

prescriptibilidad o imprescriptibilidad de la acción, la posibilidad o no de la convalidación, u otras cuestiones.

En cambio es cierto que la simulación de un acto se inscribe como acción o como excepción, en el cuadro de las impugnaciones posibles en contra de un vínculo creado por un negocio jurídico; y que si el ordenamiento positivo no presenta objeciones a tal vínculo, queda expuesto a consolidarse o a desaparecer desde su origen, según el caso concreto, en virtud de las diversas circunstancias en las que puedan encontrarse los intereses de las partes en relación a terceros. Tal vez por estas contingencias, el legislador prefirió usar una fórmula más bien ambigua, no pudiendo apostar de una vez por siempre o a la 'apariencia' o a la 'realidad' de los negocios simulados.

2. ASPECTOS PRAGMÁTICOS

Además de lo expuesto, es necesario abordar el tema relacionado con la legitimación para alegar la simulación. La hipótesis de conflicto entre las partes no presenta problemas que no sean de fácil solución con base en la propia estructura de la especie de simulación. De hecho, ya que respecto del adquirente en la simulación (para el caso de que lo haya), la contraparte del acuerdo simulatorio dispone desde su origen de una razón de impugnación oponible a aquél, toda hipótesis de conflicto real queda excluida por definición²⁵, siendo suficiente reconstruir con base en el propio convenio simulatorio cuál debe ser la posición del adquirente simulado, de acuerdo con la voluntad prestada por él mismo. Una indeterminación podría surgir solamente desde la perspectiva

²⁵ El valor de la máxima *nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans* en la figura de la simulación dentro del derecho positivo mexicano ha merecido importante atención.

En otros derechos latinoamericanos, el art. 959 del código argentino dispone: «Los que hubieren simulado un acto con el fin de violar las leyes o de perjudicar a un tercero, no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro, sobre la simulación, salvo que la acción tenga por objeto dejar sin efecto el acto y las partes no puedan obtener ningún beneficio de la anulación». El texto venezolano abunda en su art. 1.281 esta temática: «Los acreedores pueden también pedir la declaratoria de simulación de los actos ejecutados por el deudor. Esta acción dura cinco años a contar desde el día en que los acreedores tuvieron noticia del acto simulado. La simulación, una vez declarada, no produce efecto en perjuicio de los terceros que, no teniendo conocimiento de ella, han adquirido derechos sobre los inmuebles con anterioridad al registro de la demanda por simulación. Si los terceros han procedido de mala fe quedan no solo sujetos a la acción de simulación sino también a la de daños y perjuicios». En Perú, los numerales 193 y 194 establecen: «La acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercitada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, según el caso», y «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 de titular aparente». En cuanto a la posibilidad procesal de combatir los actos simulados, la legislación colombiana contempla la acción de simulación, con la cual se pretende mostrar al juez la auténtica voluntad de las partes. Al juez también se puede pedir que ordene la reparación de perjuicios que se hubieran causado a las partes o terceros. Además, es necesario pedir que el juez declare que el negocio simulado nunca ocurrió y que se dé prevalencia al pacto secreto u oscuro. Dicha acción puede ser ejercitada por las partes de la simulación y que ahora están inconformes. Pueden involucrarla también los terceros que demuestren un interés serio: herederos, cónyuge, acreedores.

probatoria, siempre que las partes no hubieran tenido la previsión de procurar los medios idóneos.

En realidad, un conflicto entre las partes puede imaginarse solo por lo que se refiere al acto encubierto, y por tanto limitado a la hipótesis de simulación relativa. Pero respecto de este acto, puede decirse que su ocultamiento no le atribuye características particulares, y debe respetar todos los principios y reglas jurídicos para poder desplegar eficacia vinculante. Este principio es declarado por el legislador en el segundo lineamiento del art. 2182 mexicano, en el que se previene *a contrario* que el acto oculto es válido por regla general si posee los requisitos ordinarios materiales y de forma. Esto viene a confirmar que el recurso a la simulación no valdría en ningún caso para derogar las reglas a las que está condicionada la validez y la eficacia de los actos privados.

Altamente problemática es en cambio la solución de las diversas hipótesis de conflicto frente a terceros. Las hipótesis consideradas por la legislación mexicana en los arts. 2183 y 2184 demuestran que la solución del conflicto no se encuentra en la apariencia o en la realidad de las situaciones jurídicas subjetivas creadas por la simulación, sino más bien en el interés de los terceros, o sea en su posibilidad de hacer prevalecer su legítima confianza en la situación jurídica creada por la simulación, por la que el enajenante ha entregado una cosa o transmitido un derecho, y por lo tanto, si quien es parte predominara sobre los terceros, se ocasionaría un perjuicio tan injusto como irreparable.

En síntesis son dos las vías que puede tomar la relación de la figura en estudio respecto de los terceros.

En primer lugar, como se observa a partir del texto del art. 2183, el tercero podría verse perjudicado directamente por la simulación, y en ese caso, la ley le concede acción para demandar la 'nulidad', incluido el Ministerio Público cuando el acto sea contrario a la ley, o en perjuicio del fisco. En segundo lugar, cuando se ha anulado el acto simulado y existe un tercero que, basándose en él, adquirió a título oneroso y de buena fe una cosa o un derecho, la enajenación o la transmisión, respectivamente, quedarán subsistentes. De igual forma, subsistirán los gravámenes a su favor si es de buena fe.

Sin que haya sido otro nuestro propósito que delimitar una problemática existente, más que resolverla, para finalizar y con vistas a señalar una ulterior dificultad a lo ya apuntado, se advierte que el código mexicano no contiene ninguna disposición específica, en materia de simulación, relacionada con los problemas probatorios²⁶. Como resulta obvio, la simulación debe ser probada

²⁶ Este tema se encuentra en el ordenamiento venezolano, tal y como se desprende del art. 1.360 del código: «El instrumento público hace plena fe, así entre las partes como respecto de terceros, de la verdad de las declaraciones formuladas por los otorgantes acerca de la realización del hecho jurídico a que el instrumento se contrae, salvo que en los casos y con los medios permitidos por la ley se demuestre la simulación».

por quien desea prevalerse de ella, no solo en atención a la regla procesal de la demostración de las aseveraciones, sino también conforme al principio de conservación de los actos jurídicos²⁷.

BIBLIOGRAFÍA

- CASANUEVA SÁNCHEZ, I., *Las categorías de invalidez en los negocios jurídicos*, Cáceres, Universidad de Extremadura, 2002.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, I, 2, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1955.
- Código civil colombiano*, del año 1887.
- Código civil de la República Argentina*, del año 1871.
- Código civil federal*, México, del año 2000.
- Código civil peruano*, del año 1984.
- Código civil venezolano*, del año 1982.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil*, II, Madrid, Editorial Tecnos, 1998.
- GALGANO, F., *El negocio jurídico*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1992.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de derecho civil*, I, 3, Madrid, Dykinson, 2000.
- LASARTE, C., *Principios de derecho civil*, III, Madrid, Marcial Pons, 2003.
- LETE DEL RÍO, J., *Derecho de las obligaciones*, II, Madrid, Editorial Tecnos, 1998.
- MESSINEO, F., *Manual de derecho civil y comercial*, IV, Buenos Aires, EJEA, 1971.
- Semanario judicial de la Federación y su Gaceta*, Poder Judicial de la Federación – Suprema Corte de Justicia de la Nación, quinta a décima épocas, México, 2012.
- ZANONNI, E., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1986.

²⁷ Registro n.º 326134; Quinta Época; Segunda Sala; Semanario Judicial de la Federación; LXXIII; pág. 2.568; aislada; materia(s): común.