

376.07.20  
R 2215  
1966  
F. 9705  
0. 3

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

TESIS DOCTORAL

"LA SIMULACION EN LOS CONTRATOS"

PRESENTADA POR

JOSE EVERARDO RIVERA

EN EL ACTO PUBLICO DE SU DOCTORAMIENTO



SAN SALVADOR      EL SALVADOR      CENTRO AMERICA

MARZO DE 1966



JURADOS QUE PRACTICARON LOS  
EXAMENES GENERALES PRIVADOS  
Y APROBARON ESTA TESIS DOCTORAL.

CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

Presidente: Dr. Reynaldo Galindo Pohl  
Primer Vocal: Dr. Francisco Bertrand Galindo  
Segundo Vocal: Dr. Abelardo Torres

MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

Presidente: Dr. Francisco Bertrand Galindo  
Primer Vocal: Dr. Manuel Atilio Hasbún  
Segundo Vocal: Dr. Francisco José Retana

MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES

Presidente: Dr. Rafael Ignacio Funes  
Primer Vocal: Dr. Rodrigo Raymundo Pineda  
Segundo Vocal: Dr. Manuel Antonio Ramírez

ASESOR DE TESIS:

Dr. José Ernesto Criollo

APROBACION DE TESIS

Presidente: Dr. Adolfo Oscar Miranda  
Primer Vocal: Dr. René Fortín Magaña  
Segundo Vocal: Dr. Francisco Arrieta Gallegos

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

R E C T O R

Dr. FABIO CASTILLO FIGUEROA

S E C R E T A R I O G E N E R A L

Dr. MARIO FLORES MACALL

FACULTAD DE JURISPRUEDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

D E C A N O

Dr. ROBERTO LARA VELADO

S E C R E T A R I O

Dr. MANUEL ATILIO HASBUN

DEDICO ESTA

TESIS:

Con profundo cariño a mis padres

CELESTINO RIVERA MEJIA Y

MERCEDES DELGADO DE RIVERA,

ellos son el mejor estímulo en mi vida.

Con especial estimación y agradecimiento a  
mis hermanos:

CARLOS WILFREDO, GLORIA, EDVEE ELENA Y

LILLIAM, a los esfuerzos de esta última

debo la realización material del presen

te trabajo.

A mis parientes, y

a todos mis amigos.

## I N D I C E

- CAPITULO I.- Del Contrato en General
- CAPITULO II.- La Simulación
- CAPITULO III.- Clases de Simulación
- CAPITULO IV.- La Simulación en el Código Civil Salvadoreño.
- CAPITULO V.- Derecho Comparado
- CAPITULO VI.- Reformas al Código Civil
- CAPITULO VII.- La Simulación en el Derecho Tributario
- CAPITULO VIII.- La Simulación en el Derecho Penal
- CAPITULO IX.- La Simulación en el Derecho del Trabajo.

## INTRODUCCION

Cuando cursé el Sexto año de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, el Profesor de Contratos, Dr. Guillermo Trigueros h, en uno de los exámenes parciales dejó como punto obligatorio de investigación el desarrollo del tema "La Simulación en los Contratos".

Al llegar el momento de preparar el trabajo de tesis doctoral, me decidí por la simulación, debido a que comprendí que era un tema de enorme interés, tanto desde el punto de vista doctrinal, como especialmente de aplicación práctica; además, el trabajo que desarrollé como punto de examen, fue superficial, pues no estudié la proyección de tal figura jurídica en nuestro Código Civil, ni en el Derecho Tributario, Derecho Penal y Derecho del Trabajo.

La tesis que presento a la consideración del Honorable Tribunal de Examen, no tiene la pretensión de ser original, ya que para mis capacidades es imposible; cito textualmente las opiniones de autores consagrados en las diversas disciplinas jurídicas referidas en esta tesis. Lo único que hago, sin ningún temor, es exponer mi criterio personal en algunos puntos que son objeto de controversia.

Propongo reformas al Código Civil para que la simulación sea tratada en un Capítulo especial, porque comprendo la importancia que tiene en la vida del Derecho, siendo en consecuencia necesario que sea regulada expresamente, como lo es en la mayoría de los Códigos Modernos.

Finalmente, mi anhelo más ferviente es que esta tesis doctoral sea de alguna utilidad a los estudiantes de la facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales; que despierte su atención para profundizar en los problemas que presenta la sugestiva figura de la simulación. Si alcanzo dichos objetivos, me sentiré satisfecho por la labor realizada; en caso contrario, valga al menos mi sincero esfuerzo.

San Salvador, Febrero de 1966.

CAPITULO I  
DEL CONTRATO EN GENERAL

Desde los más remotos tiempos los comentaristas del Derecho Civil han tratado de precisar con exactitud el verdadero significado del Contrato, el cual ha sido influenciado por la evolución de las Instituciones del referido Derecho. Es por ello que JOSSERAND ha dicho: "La historia del Contrato es la de un desenvol  
vimiento continuo".

POTHIER define el Contrato como: "Una convención, en la que las partes recíprocamente, o una sola de ellas, se prometen y obli  
gan hacia la otra a dar o a hacer o no hacer una cosa; concepto que es aceptado por el Código Napoleónico que en su artículo 1101 lo define como: "Aquella convención por la cual una o varias perso  
nas se obligan hacia otra u otras a dar, a hacer o a no hacer cosa  
alguna".

Este concepto es recogido con pequeñas variaciones por los Códigos Civiles del siglo pasado. Por ejemplo el Código Italiano establece en el artículo 1098 que: "El Contrato es el acuerdo entre dos o más personas para constituir, regular o extinguir entre ellas un vínculo jurídico". El Código Civil de Portugal en el artí  
culo 641, dice que: "Contrato es el acuerdo por el cual dos o más personas se transfieren entre sí algún derecho o se sujetan a una obligación". Nuestro Código Civil en el Art.1309, establece que: "Contrato es una convención en virtud de la cual una o más perso  
nas se obligan para con otra u otras, o recíprocamente a dar, ha-  
cer o no hacer alguna cosa".

Analizando brevemente dicho concepto, observamos que el legislador al definir el contrato, define más bien la obligación, pues es en la obligación donde una de las partes queda ligada para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa. El contrato consiste en el acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones, se gún veremos más adelante.

Al publicarse el Código Civil Alemán y los cuerpos legales de Derecho Suizo, vuelven las discusiones en torno al concepto del Contrato, ya que aquellos amplían de una manera notoria su campo de acción, hasta el grado que casi todos los negocios jurídicos bi laterales adquieren forma contractual.

Entre los problemas de mayor importancia se encuentra la diferencia entre Convención y Contrato.

Según AUBRY Y RAU, la Convención es el Acuerdo de dos o más personas en cuanto a un objeto de interés jurídico. Las Convencio nes pueden tener como finalidad, crear, modificar o extinguir obligaciones.

Tradicionalmente el concepto de contrato se da al acuerdo de voluntades que tiene por objeto la creación de obligaciones. Es por ello que se afirma, que el Contrato es una especie de conven ción.

PLANIOL Y RIPERT consideran innecesario indicar de modo especial en el concepto de contrato, que éste resulta del acuerdo en tre personas con intereses opuestos y que da lugar a una situación jurídica subjetiva en favor y en contra de determinadas personas.

El tratadista LEON DUGUIT propone la denominación de Unión

a la Convención en que los contratantes no tienen intereses contra puestos, como por ejemplo en la sociedad.

Estimo que el hecho de que las partes tengan intereses para los, no significa de ninguna manera que dichas relaciones no que pan en el campo de la contratación. Debe hacerse notar, que siempre que se trate de diversas partes, los intereses de éstas son distintos y con el tiempo pueden ser opuestos.

EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.- Se expresa por el adagio: "Todo lo que no está prohibido es permitido". Dicho principio está contenido en el artículo 152 de nuestra Constitución Política que dice: "Nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe". El Código Civil Salvadoreño recobe el principio de la autonomía de la voluntad en el artículo 1416 que dice: "Todo contrato legalmente celebrado, es obligatorio para los contratantes, y sólo cesan sus efectos entre las partes por el consentimiento mutuo de éstas o por causas legales".

Según PLANIOL Y RIPERT "Esta concepción de la voluntad soberana creadora de derechos y de obligaciones, tiene sus raíces más remotas en el Derecho Canónico que luchó por arraigar profundamente en la conciencia humana el respeto a la palabra empeñada fuera cual fuera la forma material de expresión de la voluntad. La escuela del Derecho Natural y los filósofos del siglo XVII fortificaron la función creadora de la voluntad y la omnipotencia del contrato, consagrados más tarde por la legislación revolucionaria. Ya en vigor el Código Civil, durante el siglo XIX, los partidarios del in-

dividualismo liberal han exaltado esa concepción.

La teoría de la autonomía de la voluntad no se reduce a la exaltación de la voluntad soberana como creadora de relaciones jurídicas. Explica, además, que esa voluntad no debe limitarse más que por los motivos imperiosos de orden público y que tales restricciones deben reducirse a su mínima expresión; que los intereses privados, libremente discutidos, concuerdan con el bienestar público y que del contrato no puede surgir injusticia alguna dado que las obligaciones se asumen libremente".

CRITICA DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD. Se ataca en su esencia este principio al afirmar que se basa en postulados erróneos de origen individualista, pues la iniciativa y egoísmo de los individuos comprometen de modo grave en el orden moral, político o económico, los intereses esenciales de la colectividad cuando éstos se abandonan a la arbitrariedad contractual. DEMOGUE sostiene que aún en aquellos contratos irreprochables por su finalidad, la libertad de la voluntad es incompleta, ya que los contratos se celebran siempre a impulso de necesidades frecuentemente imperiosas. La igualdad teórica de los contratantes al discutir los términos de los contratos es ilusoria en los individuos que, psicológica o económicamente, se encuentran en estado de inferioridad o aún de dependencia frente a la contraparte.

DEFENSA DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL.- A nadie escapa que la doctrina que niega la autonomía de la voluntad llevada a sus últimas consecuencias, se convierte en una reglamentación tiránica y en la destrucción de la prosperidad que produce el libre comercio.

Mi opinión en relación con la libertad de contratación es que tal principio forma una de las bases más sólidas en que descansa un régimen que acepta la propiedad privada y la libertad del trabajo. El deber del legislador se reduce a prevenir sus excesos, protegiendo a los contratantes frente a las sorpresas y las injusticias del contrato, prohibiéndoles de una manera especial modificar con sus acuerdos privados las relaciones que interesan al orden público.

#### CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS

Siguiendo al maestro ARTURO ALESSANDRI RODRIGUEZ podemos decir que los contratos pueden clasificarse así: 1) Unilaterales y bilaterales, según el número de partes que quedan ligadas por él; 2) Gratuitos y onerosos, según la utilidad que de él reportan las partes; 3) Conmutativos y aleatorios, atendiendo a la equivalencia de las prestaciones entre las partes; 4) Principales y accesorios, según la manera como existen; 5) Nominados e innominados, atendiendo a su denominación; 6) Reales, consensuales y solemnes, atendiendo a la forma como se perfeccionan. Nuestro Código Civil define la mayor parte de estas clases de contratos en los artículos del 1310 al 1314, de una manera precisa y clara.

a) CONTRATOS UNILATERALES Y BILATERALES. Esta clasificación se hace atendiendo al número de partes que quedan ligadas por el contrato al momento de perfeccionarse. El artículo 1310 de nuestro Código Civil define estas dos especies de contrato en los términos siguientes: "El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral

cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente".

El contrato puede engendrar obligaciones para ambas partes, o para una sola; si el contrato engendra obligaciones para una sola de las partes, es unilateral, por ejemplo: Mutuo (Arts. 1954 y 1955 C), Comodato (Art. 1932 C), Depósito propiamente dicho (Art. 1972 C) Fianza (Art. 2086 C), Prenda (Arts. 2134 y 2144 C); Mandato Gratuito (Arts. 1875 y 1877 C); Donación entre vivos (Arts. 1265 C) etc. En todos ellos una sola de las partes se obliga y la otra no contrae obligación alguna derivada del contrato que se ha celebrado.

Ahora bien, cuando el contrato engendra obligaciones recíprocas para ambas partes, cuando las dos partes quedan recíprocamente obligadas, el contrato se denomina bilateral o sinalagmático, por ejemplo: Compra venta (Arts. 1597, 1627 y 1673 C); Permuta (Art. 1687 C); Arrendamiento (Art. 1703 C); Sociedad (Arts. 1811, 1813); Transacción (Art. 2192 C); Mandato Remunerado (Arts. 1875, 1877 C); Donación con carga (Arts. 1281, 1293 y 1297 C), etc.

El maestro Alessandri antes citado, hace notar que no debe confundirse el contrato unilateral con el acto jurídico unilateral. "Acto Jurídico unilateral es el que para su formación requiere la voluntad de una sola persona; Contrato Unilateral es el que engendra obligaciones para una sola de las partes. La clasificación de los actos jurídicos en unilaterales y bilaterales, se hace atendiendo al número de voluntades necesarias para su formación; y la clasificación de los contratos en unilaterales y bilaterales se hace atendiendo al número de personas que quedan obligadas por él;

de manera que mientras un contrato puede ser unilateral o bilateral según sea el número de las partes que quedan obligadas, es siempre un acto jurídico bilateral, debido a que todo contrato requiere necesariamente la voluntad de dos o más personas para su formación; el mutuo por ejemplo, es un contrato unilateral, porque engendra obligaciones para una sola de las partes, pero es un acto jurídico bilateral, porque necesita del concurso de las voluntades del mutuante y del mutuario. Así como no puede concebirse la existencia del ser humano sin el concurso de un hombre y una mujer, no cabe hablar del contrato sin el concurso de voluntades, pues el contrato es siempre un acto jurídico bilateral; pero el contrato puede crear obligaciones para una de las partes o para dos, y es a este elemento al que se atiende para clasificar el contrato de unilateral o bilateral. Es por esta razón que a los actos jurídicos unilaterales se les llama actos jurídicos propiamente tales y a los actos jurídicos bilaterales se les llama actos jurídicos convencionales".

CONTRATOS BILATERALES IMPERFECTOS.- Son aquellos que al momento de formarse sólo imponen obligaciones a una de las partes, sin que la otra contraiga obligación alguna, pero que en el transcurso de su existencia pueden llegar a obligar a esta última. El ejemplo clásico es el del depósito, que sólo crea una obligación para el depositario de restituir la cosa; al celebrarse el contrato, el depositante no contrae obligación alguna; pero puede suceder que la conservación de la cosa le haya ocasionado gastos al depositario o le haya causado perjuicios; en todos estos casos el

depositario tiene derecho para exigir del depositante el reembolso de esos gastos o el resarcimiento de los perjuicios debido a que nadie puede enriquecerse a costa ajena. En Roma, estos contratos fueron denominados sinalagmáticos imperfectos, para diferenciarlos de los sinalagmáticos perfectos, que eran los que engendrabán obligaciones para ambas partes desde su perfeccionamiento. En nuestro Código Civil podemos citar los siguientes ejemplos: Comodato (Arts.1949 y 1950 C); Depósito propiamente dicho (Art.1992 C) Prenda (Art.2146 C); Mandato (Art.1918 Nº.5 C); Mutuo (Art.1961 C).

La clasificación de los contratos en bilaterales y unilaterales, tiene importancia por los siguientes efectos: 1) En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria tácita de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado (Art.1360C); en cambio en los contratos unilaterales no se subentiende esta condición, salvo que las partes la estipulen expresamente; y 2) Para los efectos del artículo 1423 C que preceptúa: "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".

b) CONTRATOS ONEROSOS Y GRATUITOS.- La base de esta clasificación es la utilidad que reportan las partes contratantes. El contrato es oneroso cuando cada parte se grava en beneficio de la otra y su denominación se debe a que impone un sacrificio a cada parte para poder obtener lo que por medio del contrato desea.

El contrato es gratuito o de beneficencia cuando solamente reporta utilidad a uno de los contratantes sin que el otro obten-

ga algún provecho. El Art.1311 de nuestro Código Civil contempla estas dos especies de contrato al establecer: Art.1311 "El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro".

Algunos ejemplos de contratos onerosos son: compra venta (Art.1597 C); permuta (Art.1687 C); arrendamiento (Art.1703 C); sociedad (Arts.1811 y 1813 C); mandato remunerado (Art.1877 C); mutuo con interés (Art.1963 C); transacción (Art.2192 C); renta vitalicia (Art.2020 C); los contemplados en el Art.2015 C, talés como el contrato de seguros, el préstamo a la gruesa ventura, el juego y la apuesta; anticresis (Arts.2181 y 2186 C) etc.

Ejemplos de contratos gratuitos son: donación (Art.1265 C); comodato (Art.1932 C); depósito propiamente dicho (Art.1976 C); mandato gratuito (Art.1877 C); mutuo sin interés (Art.1963 C).

La regla general es que los contratos bilaterales son siempre onerosos, porque suponen un cambio entre las partes y cada contratante sufre un gravamen y recibe un beneficio; en cambio los contratos unilaterales son gratuitos, siendo excepcionalmente onerosos como el mutuo con interés y la renta vitalicia.

Es obvio comprender, que las partes por el principio de la autonomía de la voluntad pueden darle uno u otro carácter, salvo que la naturaleza del contrato lo impida, tales como el depósito propiamente dicho Art.1976 C y el Comodato Art.1932 C.

IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACION. El Dr. Adolfo Oscar Miran-

da en sus "Apuntes sobre la teoría de las obligaciones", el interés de la clasificación en estudio consiste en lo siguiente: "1) Para determinar los efectos del error en la persona Art. 1326 C. Por lo general en los gratuitos se rescinde el contrato, salvo en la transacción que es oneroso Art.2202 C. 2) Para la determinación de la culpa Art.1418 C. 3) Para los efectos de la evicción: Así en la donación, por regla general no existe Arts.1295 y 1296 C, en los onerosos sí Arts.1639 y 1640 C. 4) Para los efectos de la acción Pauliana Art.2215 regla 1a. y 2a. C. y 5) para los efectos del Artículo 1363 en lo que respecta a la transmisibilidad".

c) CONTRATOS CONMUTATIVOS Y ALEATORIOS. - De conformidad al Art.1312 de nuestro Código Civil: "El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio". De la lectura de esta disposición se desprende que dicha clasificación se refiere únicamente a los contratos onerosos. Es por ello que se estudia como una sub-clasificación de los onerosos.

Resulta evidente que esta clasificación se hace atendiendo a sí las prestaciones de las partes son o no equivalentes; si son equivalentes el contrato es conmutativo; si no hay equivalencias porque la prestación de una de las partes está sujeta a una contingencia incierta, es aleatorio. Por ejemplo, la compra venta es un contrato conmutativo, porque hay una equivalencia más o menos perfecta en las prestaciones de las partes. En nuestro Código po-

demos señalar como contratos conmutativos los siguientes: compra venta (Art.1597 C); permuta (Art.1687 C); arrendamiento (Art. 1703 C); sociedad (Arts.1811 y 1813 C); y transacción (Art. 2192 C) etc.

En los contratos aleatorios no puede preverse de inmediato la utilidad que las partes van a reportar de él. El Art.2015 del Código Civil establece que los principales contratos aleatorios son: 1) el Contrato de Seguros; 2) el préstamo a la gruesa ventu-ra; 3) el juego; 4) la apuesta y 5) la constitución de renta vitalicia. En su orden corresponden a los Arts.337 y 621 del Código de Comercio, 2016 y 2020 C. Se puede agregar la venta o compra de la suerte (Art.1617 C); y la cesión de los derechos litigiosos (Art.1701 C).

La regla general es que los contratos onerosos sean conmuta-tivos, siendo la excepción los aleatorios. Hay casos de contratos que pueden ser conmutativos y aleatorios, como la compra venta; así la compra venta es aleatoria cuando se vende la suerte. El maestro Arturo Alessandri Rodríguez cita el ejemplo que pone Po-thier. Es el caso del que vende todos los peces que salgan en la red, que puede resultar un buen negocio para el comprador si caen muchos peces, y puede ser malo si no cae ninguno.

La importancia de esta clasificación en nuestro medio es his-tórica, ya que era causa de rescisión por lesión enorme, para al-gunos contratos conmutativos, la cual fue suprimida por las refor-mas de 1902.

d) CONTRATOS PRINCIPALES Y ACCESORIOS.- El artículo 1313 de nuestro Código Civil, establece: "El contrato es principal cuando

subsiste por si mismo sin necesidad de otra convención; accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella". La clasificación en estudio se hace atendiendo a la manera cómo los contratos existen.

Algunos autores agregan los contratos dependientes, que son aquellos que requieren para su existencia, otro contrato principal, pero que no caucionan. Por ejemplo: incorporación de un nuevo socio, que implica la existencia de la sociedad.

La regla general es que los contratos sean principales. Podemos citar los siguientes ejemplos de contratos accesorios: Fianza (Art.2086 C); Prenda (Arts.2134 y 2135 C); Anticresis (Art.21881C) etc.

Sabemos que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, pero no a la inversa, de donde se deduce que la importancia de la clasificación es para determinar la extinción de los contratos accesorios ya que siguen la suerte del contrato u obligación principal. Por ejemplo, los casos del Art.2131 No.3º y Art.2180 C.

c) CONTRATOS NOMINADOS E INNOMINADOS. - Siguiendo al maestro Alessandri podemos decir que esta clasificación no se encuentra consignada en el Código Civil, pero emana de la naturaleza misma de las cosas, porque en El Salvador, así como en casi todos los países del mundo, existe la libertad de contratar; pueden celebrarse todos los contratos que se deseen y la Ley no puede prever todos los casos, siempre que tales convenciones se encuentren dentro de los linderos señalados por la ley.

En Roma eran contratos nominados los contratos del Jus Civile, únicos que protegía la Ley; los pactos o contratos innominados eran los del Jus Gentium, que después tuvieron protección por medio del derecho pretorio.

Actualmente tal situación ha cambiado; los contratos nominados son los que tienen un nombre y están reglamentados por la Ley, siendo los más frecuentes. Tales son por ejemplo, los contratos reglamentados por el Código Civil, Código de Comercio, etc. Son contratos innominados los que no tienen un nombre ni una reglamentación legal porque han quedado fuera de las previsiones del legislador. Estos contratos son perfectamente válidos y eficaces, y quedan comprendidos dentro de los principios generales del derecho, porque es una regla general consagrada en el artículo 1416 del Código Civil, que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y sus efectos serán los que las partes les señalen.

A pesar de lo anterior, creo que en nuestro Código Civil existen dos casos de contratos innominados. El primero es el contenido en el Art. 1912 que dice: "El mandatario puede por un pacto especial tomar sobre su responsabilidad la solvencia de los deudores y todas las incertidumbres y embarazos del cobro. Constitúyese entonces principal deudor para con el mandante, y son de su cuenta hasta los casos fortuitos y la fuerza mayor". Obsérvese que en virtud de ese pacto especial, los riesgos no son del mandante como es lo normal en el mandato, sino del mandatario. Este en el presente caso no obra a nombre y representación del mandan-

te; asume bajo su responsabilidad la solvencia de los deudores y todas las incertidumbres y embarazos del cobro, dándome la impresión de que es una mezcla de los contratos de seguro y de fianza.

El segundo caso es el que se encuentra en el Art. 2092 que dice: "El fiador puede estipular con el deudor una remuneración pecuniaria por el servicio que le presta." Vemos que esa estipulación se sale de los límites de la fianza, no siendo en consecuencia tal figura jurídica.

f) CONTRATOS REALES, SOLEMNES Y CONSENSUALES.- Esta clasificación se encuentra en el Artículo 1314 del Código Civil que dice: "El contrato es real cuando para que sea perfecto es necesario la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual, cuando se perfecciona por el solo consentimiento".

Esta clasificación atiende a la manera como se perfeccionan los contratos.

En el Derecho Romano los contratos eran en un principio solemnes, debido a que era un derecho esencialmente formulista; en cambio en la actualidad las legislaciones tienden cada día a simplificar más la forma; el tráfico mercantil, por ejemplo, exige rapidez en todos los negocios.

Los contratos reales se perfeccionan por la tradición o entrega de la cosa, porque es necesario que el deudor haya recibido la cosa para que nazca la obligación. Ejemplos de contratos reales, comodato, (Art. 1932 C); mutuo (Arts. 1954 y 1955 C); depósito

(Arts. 2134 y 2136 C); y anticresis (Arts. 2181 y 2183 C).

Los contratos solemnes se perfeccionan por el otorgamiento de la respectiva formalidad, de manera que aunque haya consentimiento, si no se ha verificado la solemnidad, no hay contrato. Ejemplos de contratos solemnes: compra venta de inmuebles (Arts. 1605 inciso 2o. y 4o. C); promesa de celebrar un contrato (Art. 1425 No. 1o.); capitulaciones matrimoniales (Art. 1587 C); renta vitalicia (Art. 2025 C); Hipoteca (Art. 2159 C); Sociedades Mercantiles (Arts. 167 com., 231 com., 313 com., etc.).

Los contratos consensuales se perfeccionan por el simple acuerdo producido aún verbalmente, sin necesidad de que se otorgue escrito alguno. La regla general es que los contratos sean consensuales, es decir, que no necesitan de solemnidades o tradición o entrega de la cosa.

Debe hacerse notar, que al expresar que estos contratos se perfeccionan por el sólo consentimiento, no quiere decirse que en los demás contratos no se necesite el consentimiento, ya que todo contrato, sea solemne, real o consensual, necesita del consentimiento de las partes, en vista de lo establecido en el Art. 1316 No. 2o. C; pero no siempre basta con el consentimiento, es por ello que se dice que contrato consensual es aquel que se perfecciona por el sólo consentimiento de las partes sin solemnidad alguna. Ejemplos de contratos consensuales: compra venta de muebles (Art. 1605 C); permuta de muebles (Arts. 1687 y 1688 C); arrendamiento (Art. 1703 C); mandato (Art. 1883 C); fianza (Art. 2086 C); y transacción (Art. 2192 C).

El Dr. Adolfo Oscar Miranda en su obra aludida "Apuntes sobre la teoría de las obligaciones", se refiere a otras clasificaciones de contrato, las cuales me permitiré citar:

a) Atendiendo a la forma como se produce el acuerdo de voluntades de las partes: libre discusión y adhesión.

Libre discusión: las partes estipulan libremente sus diversas cláusulas: regateo; es lo normal.

Adhesión: no hay discusión entre las partes y se forman mediante la aceptación por una de ellas, de las condiciones señaladas por la otra. Por ejemplo: El caso de los almacenes y tiendas con precio fijo.

b) Atendiendo a si se requiere o no el consentimiento de todos a quienes afecta: individual y colectivo.

Individual: requiere el consentimiento unánime de las partes que lo celebran sean dos o más los contratantes.

Colectivo: afecta a todos los componentes de un grupo o colectividad, aún cuando no haya consentido en él, por el hecho de formar parte de ese grupo. Ejemplo: contrato colectivo de trabajo.

c) Atendiendo a como se van produciendo las obligaciones: ejecución instantánea y ejecución sucesiva.

Ejecución instantánea: las obligaciones se cumplen en un solo momento, es indiferente que se cumplan al momento de celebrar el contrato o después, y por una o ambas partes, si es bilateral.

Lo esencial es que las obligaciones se cumplan en un sólo acto.

Ejecución sucesiva: las obligaciones de las partes o de una de ellas, consisten en prestaciones periódicas o continuas. Casos de arrendamiento, contrato de trabajo.

d) Mixto: formado por la reunión de varios contratos nominados: arrendamiento con promesa de venta, mutuo con hipoteca, etc.

CAPITULO II  
LA SIMULACION

Deriva esta voz de la raíz sanscrita sa, de donde viene samo, lo mismo; el latino semol, semel, símilis, simulare. Equivale a hacer aparecer lo que no es, mostrar una cosa que realmente no existe. Simular es dar aspecto y semejanza de verdad a lo que no es tal. La simulación pretende la creación de un ambiente o apariencia falsa para inducir a los demás a error acerca de la verdad del hecho respectivo. Así por ejemplo se simula una enfermedad, un peligro, un viaje, etc.

De lo anterior se puede decir que simulador es el que pretende con su especial conducta inducir a los demás a error sobre determinada cosa o hecho.

Análogo, aunque distinto, es el significado de la palabra compuesta disimular.

Mientras que en la simulación se hace aparecer lo que no es, en el disimulo se oculta lo que es. La primera provoca la creencia falsa de un estado no real; el segundo oculta al conocimiento de los demás, una situación existente. La simulación tiende a una ilusión externa, el disimulo a una ocultación interna. Por ejemplo se disimula la ira, el odio, el rencor. En ambos casos, sin embargo, el fin de la conducta del individuo es el engaño, elemento fundamental de las varias formas simulatorias.

En el campo jurídico, la noción de simulación origina de modo principal la figura del contrato simulado, que es aquel cuya apariencia externa está en absoluta contraposición con la reali-

dad, ya sea porque no existe tal contrato o porque su substancia difiere de la que externamente presenta.

Para comprender mejor su naturaleza jurídica, es necesario pasar de la consideración objetiva del acto simulado al examen íntimo de su estructura. Por ejemplo, dos contratantes con el objeto de realizar sus fines particulares, se proponen engañar a los terceros haciéndoles creer que realizan un acto, que realmente no quieren efectuar. Para ejecutar su acuerdo llevan a cabo exteriormente el acto ficticio, es decir declaran querer cuando en realidad no quieren; y esta declaración, deliberadamente disconforme con su secreta intención, va dirigida a engendrar en los demás una falsa representación de su querer. En efecto, los terceros que ignoran el concierto secreto de los contratantes y no pueden penetrar sus intenciones, creen en la verdad del acto realizado; entienden y tienen motivo para entender que aquellas declaraciones contractuales son serias y ha producido una transformación real en las relaciones jurídicas de las partes. Así se consigue el fin de los que simularon; si lo que se fingió fue una enajenación o una obligación, han hecho creer al público en una transferencia de propiedad que no existe, porque la cosa aparentemente enajenada sigue en el patrimonio del enajenante, o en la constitución de una deuda puramente imaginaria, porque el deudor aparente no queda obligado. Igual sucede en el caso de que se simule un contrato bajo la apariencia de otro. Los contratantes han declarado vender cuando en realidad han querido donar. Los terceros se engañan prestando fe a la forma simulada del contrato.

CONCEPTO.- El tratadista Francisco Ferrara entiende que: "En

la simulación, los contratantes están de acuerdo sobre la apariencia del acto que no llevan a cabo realmente, o no en aquella forma visible del que se sirve como un instrumento para engañar a los terceros". Con esta finalidad, los contratantes siguiendo sus particulares intenciones, buscan el engaño en los terceros de buena fe haciendo surgir en éstos la idea de la existencia o realización de un acto inexistente o no efectuado con las características que los simuladores externamente le atribuyen. La entraña de la simulación en los contratos está constituida por el acto ficticio totalmente apartado de la auténtica intención de sus realizadores y cuya única finalidad es la producción en los terceros de un estado de error. La simulación existe no solo cuando se pretende la configuración de un contrato jurídico inexistente, sino también cuando se enmascara un contrato dándole la forma de otro distinto.

Ferrara señala como requisitos del contrato simulado los siguientes: 1o) Una declaración deliberadamente disconforme con la intención; 2o) concertada entre las partes; y 3o) con el fin de engañar a terceros.

Según dicho tratadista la nota más distintiva del contrato simulado es la divergencia intencional entre voluntad y declaración. Lo interno, lo querido; y lo externo, lo declarado, están en oposición consciente. En tal momento, los contratantes (o falsos contratantes) no pretenden la realización del acto jurídico; tan sólo desean que tal acto jurídico aparezca como existente y en tal sentido hacen una declaración de voluntad no congruente con su voluntad misma. Es por ello que esta disconformidad predetermina la

nulidad del acto jurídico y al mismo tiempo sirve para provocar una ilusión falaz de su existencia. Los que simulan pretenden que a los ojos de los terceros aparezca formada una relación que en realidad no debe existir, pero de la cual se quiere mostrar una exterioridad engañadora mediante una declaración que carece de contenido volitivo. Se trata pues de una declaración efímera, vacía, ficticia, que no representa una voluntad real, y es por lo mismo nula, destinada únicamente a deslumbrar al público.

La disconformidad entre lo querido y lo declarado es común a ambas partes y concertada entre ellas. Existe un acuerdo para emitir la declaración deliberadamente divergente. La simulación supone un concierto, una inteligencia entre las partes; éstas cooperan juntas en la creación del acto aparente, en la producción del fantasma jurídico que constituye el acto simulado.

Finalmente, como elemento integrante del contrato simulado, debe concurrir el fin de engañar que anima a sus actores. Esto es lo que principalmente constituye la razón de ser de la simulación, puesto que las partes recurren a ese artificio para hacer creer en la existencia de un acto no real o en la naturaleza distinta de un acto realizado seriamente. Pero no debe confundirse la intención de engañar con la intención de dañar, porque la simulación puede tener una finalidad lícita, como por ejemplo sustraer a la curiosidad e indiscreciones de los demás, la naturaleza de un acto jurídico; si bien debe reconocerse que en la mayoría de los casos la simulación se dirige a defraudar a los terceros o a ocultar una violación legal.

Este fin del engaño distingue claramente el caso de la simulación del de la declaración por broma, irónica, teatral, etc., en los cuales existe también una declaración de voluntad que no corresponde a la intención, pero que se realiza con fines distintos del engaño. Pues el ambiente, las circunstancias mismas en que la declaración se hace, sirven para poner de manifiesto su falta de seriedad y excluyen por completo la posibilidad de que se trate de una oculta simulación.

El propósito que persiguen las partes al hacer un contrato simulado, puede ser lícito o fraudulento. No debe olvidarse que una simulación puede combinarse por las partes sin propósito de fraude. Intereses legítimos como la necesidad de sustraerse a disgustos o solicitudes, o un fin de vanidad, o el interés de conservar el crédito y ciertas apariencias sociales, pueden dar lugar a la producción de una apariencia, con plena seriedad de la parte, sin causar una lesión en el derecho de los terceros. Así un indivduo, para sustraerse a las insistencias y amenazas de un aspirante de su herencia, enajena fingidamente sus bienes a un amigo y se reduce a la condición del que no tiene nada.

La simulación presenta distintas formas, o se simula la existencia del contrato, o su naturaleza o las personas de los contrantes.

1) Las partes se proponen producir la apariencia del acto que no quieren realmente. El acto es inexistente, ficticio, ilusorio. Según Baldo, se tiene solo una mera apariencia, una vana sombra, un cuerpo sin alma. (SIMULACION ABSOLUTA).

2) Las partes realizan un acto real aunque distinto de aquel que aparece exteriormente. El acto está escondido, celado, velado. Existe una ocultación de un contrato verdadero bajo una forma mentida. (SIMULACION RELATIVA).

3) Las partes realizan un acto real y ponen de manifiesto su naturaleza; solo quieren engañar acerca de la persona del verdadero contratante. En el contrato figura un sujeto distinto del interesado, un titular fingido, un testaferro. (INTERPOSICION).

Varios son los conceptos que se han dado de la simulación, por cuya razón considero oportuno citar algunos de ellos.

Luis Loreto dice: "Simulación es la declaración de un contenido volitivo no querido que alguien emite con el fin de hacer sur gir exteriormente la apariencia de un negocio jurídico". Para Spencer Vampré la simulación es "Toda declaración engañosa de voluntad para producir efectos diversos del ostensiblemente indicado con intención de violar derechos de terceros o disposiciones de la Ley". Héctor Cámara sostiene que: "El acto simulado consiste en el acuerdo entre las partes, de dar una declaración de voluntad a designio divergente de sus pensamientos íntimos, con el fin de engañar innocuamente, o en perjuicio de la Ley o de terceros; llamándose simulación el vicio que afecta a este acto". Ferrara expresa que: "Simulación es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes para producir con fines de engaño, la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquél que realmente se ha llevado a cabo".

Estimo como más completo el concepto de Ferrara, por aparecer recogidos los diversos elementos de la simulación de los contratos jurídicos, tanto la declaración consciente de una voluntad inexistente como el propósito de engaño acerca del propio contrato, así como la inexistencia o radical diferencia del contrato que se da a conocer con el que realmente se ha concertado.

ANTECEDENTES HISTORICOS.-En el Derecho Romano aparece la simulación como causa de nulidad de aquellos contratos en que se apreciase. La consideración de nulidad de los contratos jurídicos simulados dentro del ordenamiento jurídico Romano obedece al criterio de que tal clase de contrato, al no acomodarse a la realidad, no es verdadero y en consecuencia, ha de ser nulo. Para el Derecho Romano la simulación era totalmente opuesta a la sustancia de la verdad, y por tanto, el acto no ajustado a la verdad no alcanzaba validez ni eficacia alguna. La nulidad decretada en Roma para los actos jurídicos simulados estaba basada en consideraciones puramente materiales y objetivas. También pueden encontrarse en el Derecho Romano modalidades de contratos simulados con interposición de personas, bien se tratase de una interposición real, ya fuera ésta lícita o fraudulenta o bien de una interposición simulada.

Lo anterior demuestra la apreciación de la posibilidad de existencia de la simulación por parte de los juristas Romanos, sin profundizar en el aspecto subjetivo de tal simulación, sino basándose únicamente en la realidad material de la contradicción a la verdad que esta clase de contratos cuya nulidad se decretaba, en-

trañaba para el ordenamiento jurídico Romano.

En los glosadores se acusa también el criterio de que ha de prevalecer la verdad frente a todo supuesto de simulación en los actos jurídicos. La mayoría de Tratadistas, afirman que esta época no logra desligarse de los criterios romanos acerca de la simulación, ni constituir una teoría especial de la misma.

Durante los siglos XIV y XV, se llega a considerar la simulación como un pecado, y como consistente en signos o factores exteriores que inducen al engaño. Se pretende diferenciar la simulación de la hipocresía, y se distingue también entre simulación buena y mala (ALBERICO). En este período corresponde al comentarista Bartolo el más amplio estudio de la simulación en sentido jurídico. Distinguió cuatro modalidades de la misma, y más tarde la simulación se matiza según que el deseo que inspira la misma, sea el de aparentar frente a terceros un acto distinto al perseguido en realidad, o de aquello que en otra ocasión se pretendió o de lo que ha sido realizado por otra persona. Al llegar el renacimiento con el regreso de los principios puros del Derecho Romano, se registra un lapso en la evolución de la teoría de la simulación. También se registra en esta etapa histórica, múltiples confusiones de la simulación con otras figuras jurídicas.

En los siglos XVII y XVIII se silencia por los tratadistas el problema de la simulación y únicamente por los autores Alemanes se aprecia una simulación "Desnuda" y otra "Vestida" o relativa, dividida ésta en varias clases, según que con ella se pretenda la ocultación de la propia naturaleza del contrato, o el encubri-

miento de su contenido o de la persona de las partes. El contrato simulado carece de existencia jurídica y no es susceptible de ratificación. Dentro de la doctrina Francesa de esta época se equipara la insinceridad a la simulación y ésta trae siempre consigo la nulidad del acto con ella enmascarado cuando hubiese sido realizado en perjuicio de terceros o con transgresión de las leyes. Un supuesto de simulación en esta época es un acto secreto en el cual, con el fin de inducir con engaño a los terceros de buena fe, se altera o modifica con dolo la convención realizada en apariencia. Al iniciarse el siglo XVIII es quizá cuando el concepto de la simulación constituye mayor preocupación para los tratadistas, más concretamente para los Italianos, quienes se ocupan de establecer su concepto y la oportuna diferenciación con otras figuras jurídicas que con ella puedan presentar afinidad, estableciendo las clases de simulación y los efectos del contrato viciado por ella, al que en todo momento se le considera como nulo, írrito e inexistente ante el derecho. Se estudia también el sistema de prueba, así como las acciones y excepciones oponibles frente a la simulación.

### CAPITULO III

#### CLASES DE SIMULACION

a) SIMULACION ABSOLUTA. - En esta especie de simulación las partes quieren que no tenga efecto el contrato simulado. Creo que un ejemplo es necesario para entender correctamente la figura en estudio. Juan declara comprar una cosa y Pedro venderla; pero el uno y el otro, antes de emitir estas declaraciones, se han puesto de acuerdo en el sentido de que todo ello es mera ficción o apariencia, y debe permanecer tal contexto como letra muerta.

Se observa claramente en el ejemplo propuesto, que existe un acuerdo simulatorio que sirve para establecer que el contrato simulado no tiene ningún valor jurídico; es por ello que Francesco Messineo en su obra "Doctrina General del Contrato", Tomo II, afirma que en el caso de simulación absoluta, no solamente el contrato es simulado, sino también los contratantes son tales sólo en apariencia.

En la vida diaria, frecuentemente los deudores recurren a la simulación absoluta, para hacerse insolventes en apariencia y escapar al cumplimiento de sus obligaciones, empleando toda su astucia para ocultar su propósito secreto, dando a los actos que realizan un aspecto inocente, de tal modo que no pueda transparentarse la ficción.

Los casos más diversos de simulación absoluta pueden agruparse en dos categorías; contratos que tienden a una disminución del patrimonio y contratos que implican un aumento del pasivo.

Entre las formas simples de simulación, pero debe advertirse

que no siempre aparecen en la práctica con este carácter genuino, sino más bien mezcladas y combinadas entre sí, debido a que multiplicando los fraudes se trata de evitar sospechas y de hacer que pasen inadvertidas.

b) SIMULACION RELATIVA.- Consiste en disfrazar un contrato; se realiza aparentemente un contrato, queriendo y llevando a cabo en realidad otro distinto.

Observamos que en esta figura, el fenómeno es más complejo, porque junto al acuerdo simulatorio y al contrato aparente (simulado o de favor, existe un tercer elemento que es el contrato efectivo (real), que se llama oculto o disimulado (o contradeclaración), por cuanto queda (o puede quedar) oculto a los ojos de los terceros. Este último contrato constituye la verdadera meta de las partes.

Messineo en su obra citada, afirma que: "En esta segunda forma de simulación, el acuerdo simulatorio funciona como conectivo entre el contrato simulado y el contrato disimulado; si no existiera el acuerdo simulatorio, el contrato disimulado, dado que se encuentra en contradicción con el contrato simulado, no podría tener efecto; más aún los dos contratos se destruirían recíprocamente. En cambio, el acuerdo simulatorio establece la conexión lógica entre el contrato simulado y el contrato disimulado, que es un nexo de primacía del contrato disimulado sobre el contrato simulado y explica cómo el primero tiene prácticamente la virtud de agregar o sustraer, modificar o sustituir el contenido del contrato simulado (o sus elementos singulares o cláusulas

las), es decir, -en una palabra-, desmentirlo".

Se puede afirmar que en el caso de la simulación relativa, se da vida a dos contratos, uno manifiesto pero ficticio y uno oculto, disimulado, pero efectivo y de naturaleza distinta del ficticio.

Messineo al respecto dice: "Que al contrato disimulado puede asignársele la función de medio de determinación de la voluntad efectiva de las partes, en oposición al contrato simulado, que contiene la voluntad ficticia de ellas".

Debe de apuntarse que en el caso de la simulación relativa, lo que importa es el contrato verdadero que las partes quisieron ocultar. Este contrato debe ser sometido a un atento examen, pues el que no esté prohibido proceder con simulación, no significa que los contratos disimulados sean siempre lícitos y válidos. Por el contrario, el hecho mismo de ocultar la voluntad contractual, de seguir caminos tortuosos y oscuros, despierta la sospecha de un fin ilícito.

REQUISITOS DE LA SIMULACION RELATIVA.- Para que se considere válida, debe establecerse si concurrieron en el contrato oculto, tanto el consentimiento de los contratantes, como el objeto y causa lícita del mismo contrato, así como la capacidad de los contratantes y la ausencia de vicios que alteren el consentimiento.

FORMAS DE SIMULACION RELATIVA.- 1) La simulación relativa puede afectar, no al contrato entero, sino a sus elementos singulares, tales como la fecha, que es en realidad distinta de la que en él se indica, o que se deja en blanco, haciendo posible así

que se ponga después otra diferente de aquella en la cual el contrato ha sido estipulado efectivamente; el monto de la retribución, (que se declara en medida diversa de la real) etc.; o bien pueden ser simuladas sólo algunas cláusulas del contrato, en tanto que las otras son efectivas.

2) Se recurre a la simulación relativa cuando se quiere conseguir un efecto determinado, pero ocultamente. Por ejemplo: Juan declara comprar una cosa y Pedro venderla, cuando en realidad Pedro hace a Juan donación de la cosa que constituye el objeto de la aparente compra venta. Es lo que se conoce como donación disfrazada bajo la forma de contrato oneroso.

También se puede fingir dar una cosa en prenda, cuando en realidad se dona.

3) Francesco Messineo en su obra aludida afirma: "Que no debe confundirse el acuerdo simulatorio con el contrato disimulado, si bien uno y otro tienen en común la característica de ser (o poder ser) secretos. El primero constituye el presupuesto de toda forma de simulación; el segundo (contrato disimulado) se presenta en la simulación relativa, pero no en la simulación absoluta. El primero prepara y posibilita la simulación; pero no forma parte del contrato simulado o del contrato disimulado. El primero sirve para establecer que el contrato simulado no es efectivo y que, según los casos, puede agregársele o nó uno efectivo; el segundo sustituye, en todo o en parte, al contenido del contrato simulado, un contenido diverso y efectivo. El acuerdo simulatorio prepara la simulación en su conjunto; las contra-declaraciones,

cuando existen, realizan el contrato disimulado. Por todas las razones expuestas, el acuerdo simulatorio no puede nunca constituir un todo único con el contrato disimulado".

c) INTERPOSICION DE PERSONA.- Se le denomina también interposición ficticia de persona o simulación relativa de persona. En este tercer caso, el contrato se estipula en apariencia con una persona que se llama interpuesta o prestanombre, testaferro, hombre de paja; pero en realidad se estipula con otra que permanece oculta y que se suele llamar persona real. Por ejemplo: Juan vende una cosa a Pedro, pero hay un acuerdo simulatorio por medio del cual se establece que el verdadero comprador es Daniel, y no Pedro.

Se recurre a la interposición ficticia de persona especialmente cuando se quiere eludir una prohibición de la Ley, que hace a algunas personas, como se dice, incapaces de adquirir.

En esta figura el acuerdo simulatorio tiene simplemente la función de establecer quien es el contratante efectivo en lugar del contratante aparente (persona interpuesta); pero es una función esencial porque sin aquel acuerdo la persona interpuesta no sería ya tal; sería un contratante efectivo.

Cuando existe el acuerdo simulatorio se estipula necesariamente entre tres sujetos: el contratante aparente, el contratante efectivo y la contraparte; si falta el acuerdo de los tres, no puede existir interposición ficticia de persona.

Estimo conveniente advertir que en las otras dos clases de simulación: es decir en la absoluta y relativa, se realizan única

mente entre dos sujetos (los dos contratantes).

Puede decirse que en el caso de interposición ficticia de persona existe una simulación parcial y por tanto una disimulación parcial, no del contrato sino de una de las partes contratantes. En efecto, el contrato en el que se realiza la interposición ficticia de persona es efectivo en todo lo demás.

En relación con la interposición de persona como una forma de simulación, han habido múltiples discusiones doctrinales, especialmente con el mandato, ya que existe una cierta analogía entre el contratante que interviene en el contrato de un modo aparente y el mandatario.

Francesco Ferrara en su obra "DE LA SIMULACION DEL NEGOCIO JURIDICO" advierte en primer término con respecto a esta confusión teórica, "que el intermediario o persona interpuesta en un negocio jurídico con el propósito de ocultar al auténtico titular, se caracteriza por carecer de interés personal en el negocio; por realizar el papel de ocultar al verdadero titular, si bien tal interposición de persona adopta distinta forma jurídica, pudiendo hablarse de personas interpuestas reales y personas interpuestas simuladas. El intermediario puede contratar efectivamente y transferir después los derechos adquiridos al verdadero titular del negocio. Esta interposición real es totalmente incompatible con la idea de la simulación. Unicamente la interposición de persona simulada puede asimilarse a la figura de la simulación. La interposición fingida de persona consiste en hacer figurar a un intermediario en el puesto del auténtico titular de la relación jurídica

ca, permaneciendo éste en la situación de verdadero contratante. El intermediario realiza una actuación puramente nominal, no adquiere derechos contractuales para después transferirlos al titular auténtico, su intervención es puramente fingida, y los derechos y obligaciones surgidos del negocio jurídico en que esta clase de interposición se realiza, nacen y se adquieren directamente por el verdadero titular, encubierto bajo un nombre distinto. Este es el caso típico del intermediario pasivo, que tan sólo otorga su nombre para la relación contractual y que por lo mismo recibe el nombre de testaferro u hombre de paja".

Para dar mi opinión personal en relación con el problema planteado, creo que en primer término debemos saber el concepto del mandato. De conformidad al Art.1875 del Código Civil, "El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera". De este concepto se deduce que para que exista mandato es necesario que concurren los siguientes requisitos: 1o) que se confíe o encargue a otra persona la ejecución de uno o más negocios jurídicos, como contratar, cobrar, demandar, etc. 2o) que el mandatario obre por cuenta y riesgo del mandante, es decir, que los actos ejecutados por el mandatario obliguen al mandante, en forma que el vínculo jurídico creado por el acto del mandatario produzca sus efectos respecto del mandante y no del mandatario. Por ejemplo, si se encarga a una persona que compre una casa, el mandatario obra por cuenta del mandante, y la casa que compre será para éste.

De lo expuesto se deduce que son figuras distintas el man  
dato y la interposición de persona, ya que cuando existe el manda  
to y el mandatario celebra un contrato, no se estipula en aparien  
cia con el mandatario sino que realmente, sólo que éste obra en  
nombre y representación del mandante, quién a su vez no permane-  
ce oculto; además no puede existir acuerdo simulatorio, por no  
haber razón para ello.

CAPITULO IV

LA SIMULACION EN EL CODIGO CIVIL SALVADOREÑO

En nuestro Código no existe un capítulo especial que trate sobre la simulación, únicamente encontramos algunas disposiciones de las cuales surge la teoría en estudio.

En el Código Civil, título XXI, que versa sobre la prueba de las obligaciones, observamos que el Art.1578, en sus incisos primero y segundo, literalmente dice: "Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto alguno contra terceros. Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura y del testimonio en cuya virtud ha obrado el tercero".

De la lectura de la disposición citada, notamos que las contraescrituras privadas o públicas, que contienen la última convención de los contratantes, producen pleno efecto contra los que las otorgan; y modifican, revocan o anulan, según sea su intención, lo que habían convenido y de que era prueba la escritura pública primeramente otorgada.

En relación a los terceros, su situación es diversa. Para ellos existía una escritura pública que hacía a su respecto plena prueba de la convención celebrada entre los otorgantes de ese instrumento; ellos nada saben de que esa convención haya sido dejada sin efecto en una escritura privada, guardada por las partes; sería notoriamente injusto que, actuando los terceros en la creencia

de la veracidad del primitivo contrato, se les aplicara el contenido de una contraescritura de que ellos no han tenido conocimiento.

Considero oportuno mencionar que el Art.1578 de conformidad a su tenor, no se refiere a la prueba de las obligaciones sino al efecto que producen entre las partes y con respecto a terceros las estipulaciones contenidas en instrumentos privados o públicos, a los cuales la ley denomina contraescrituras.

Es por ello que puede afirmarse, que la colocación de esta disposición en el título que trata sobre la prueba de las obligaciones, es un defecto de método por parte del legislador.

CONCEPTO DE CONTRAESCRITURA.- El eminente tratadista don Luis Claro Solar en su obra "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", Tomo Duodécimo, dice: "Se llama contraescritura, en su amplia acepción, todo acto o estipulación que modifica una convención acordada entre las mismas partes; todo escrito redactado contra otro escrito. Pero la expresión contraescritura es empleada habitualmente en una acepción más restringida, para designar una estipulación destinada a permanecer secreta entre las partes, y que contradice las disposiciones de una convención ostensible anterior".

ELEMENTOS ESENCIALES DE LA CONTRAESCRITURA.- Debe advertirse que no toda escritura privada o pública que se refiera a una escritura anterior, o que trate sobre la misma materia que ha sido objeto de una convención entre las mismas partes, debe ser considerada como una contraescritura. Esta necesita que concurren dos condiciones: 1º) Que la nueva escritura tenga por objeto manifestar

la simulación total o parcial de un acto o convención ostensible;  
2º) Que no exprese una nueva convención.

En relación al primer requisito podemos decir que las partes celebran un contrato destinado a ser mostrado al público, el cual es contrario a la realidad, es decir que oculta sus verdaderas intenciones; y para constatar esta falta de sinceridad, para proporcionarse una prueba de la realidad de las cosas, celebran de una manera lo mas a menudo clandestina un segundo acto o convención que se llama contraescritura, precisamente porque es contraria a la escritura anterior ostensible. Por ejemplo: Juan y Pedro celebran aparentemente un contrato de compraventa, pero en la contraescritura se establece que dicha compraventa no es seria, en otras palabras que no existe compraventa; o que se ha dado la forma de compraventa a una donación.

En segundo lugar, lo que caracteriza la contraescritura es que no expresa una convención nueva. Debe formar un solo todo con el acto aparente y simulado cuya falsedad establece, restableciendo su verdadero carácter y sus verdaderas cláusulas. Si por un acto adicional las partes cambian o modifican un acto sincero y verdadero que han celebrado con anterioridad, no puede hablarse de contraescritura, sino de una convención que sucede a la primera, pues habrían en realidad dos operaciones perfectamente distintas. Don Luis Claro Solar en su obra y tomo citados, da el siguiente ejemplo: "Pedro ha vendido a Juan una pareja de caballos de tiro; y resultando los caballos poco diestros, convienen por un segundo

instrumento en reducir el precio a la mitad. No habría aquí una contraescritura sino la escritura de un convenio diverso".

Me permito observar, que en la práctica resulta bastante difícil determinar si las partes han realizado una contraescritura o una convención adicional, por lo que en caso de controversia, corresponde al Juez resolver tan delicado problema.

FORMA DE LA CONTRAESCRITURA.- Generalmente la contraescritura es otorgada por las partes en la forma de un documento privado, por ser la que mejor se presta a mantener oculta la simulación del instrumento público, cuyo contenido contraría; pero el Art.1578 del Código Civil no hace ninguna distinción a este respecto, ya que después de establecer que: "Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efectos contra terceros", agrega que: "Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del testimonio en cuya virtud ha obrado el tercero". Al tomarse razón del contenido de la contraescritura, desaparece toda clandestinidad, ya que dicho contenido queda incorporado al contrato modificado en la contraescritura pública.

En nuestro Código es indiferente la forma de la contraescritura, la cual mientras conserva el carácter de tal, puede hallarse consignada en un instrumento público o en un instrumento privado.

Para que la contraescritura pública produzca efecto respecto de terceros, exige la ley que se tome razón de su contenido al mar

gen de la escritura matriz y del testimonio de ella en cuya virtud ha obrado el tercero. Lo que sucede es que una vez llenada esta circunstancia, desaparece la simulación y se restablece la verdad. La contraescritura deja de tener, desde que se ha tomado razón de ella al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones altera, el carácter de contraescritura; puesto que asume el de parte integrante del documento modificado, cuyo verdadero significado establece.

EFFECTOS DE LAS CONTRAESCRITURAS.- Sin lugar a dudas las contraescrituras que modifican el contrato primitivo tienen efecto en tre las partes contratantes. Es lógico pensar que en las relaciones mutuas de las partes, las convenciones verdaderas deben predominar sobre las que son simuladas, debido a que ninguna razón exis te para hacer prevalecer la ficción sobre la realidad. Considero oportuno recordar el principio contenido en el Art.1416 C. "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes", ya que el razonamiento que se expone es una aplicación de dicho postulado.

De lo anterior se desprende la conclusión, de que es la contraescritura la que debe ser aplicada entre las partes, porque la voluntad de los contratantes ha sido cambiar o modificar en ella, en uso de su libertad y autonomía, lo que habían establecido verdadera o simuladamente en la convención de que da constancia el instrumento que modifican.

De conformidad a lo preceptuado en el Art.1578 C., las contraescrituras no producen efectos contra terceros; es decir que la

convención consignada en el acto simulado debe ser ejecutada respecto de los terceros sin tomar en cuenta las modificaciones introducidas en ella por la contraescritura.

Al hablar de terceros surge la pregunta ¿Quiénes son terceros en materia de contraescritura? dejó la respuesta al tratadista don Luis Claro Solar, quien dice: "Sin duda el Art.1707 (1578 en nuestro Código) no ha querido hablar de los terceros PENITUS EXTRANEI. Para sustraer a éstos no era necesaria una disposición especial que los eximiera de las consecuencias perjudiciales de una contraescritura, puesto que el mismo acto ostensible no puede serles opuesto, garantidos como se hallan completamente por el principio tutelar: RES INTER ALIOS ACTA ALIIS NEC NOCERE NEC PRODESSE POTEST. El legislador no ha podido querer proteger sino a los que han tenido relaciones jurídicas con alguna de las partes, y que no conociendo más que el acto ostensible, han debido al contratar contar con la posición que daba a los firmantes. Sus expectativas se verían tronchadas sin culpa de su parte y sus intereses serían perjudicados, si fuera permitido, revelando la existencia de un instrumento que hasta entonces se ha mantenido secreto. Los terceros a que alude el Art.1707 (1578 C) son aquellos, que, no habiendo figurado en la contraescritura, tienen interés en invocar las estipulaciones del acto ostensible y simulado, para salvaguardar los derechos que ellos han adquirido de alguna de las partes contratantes. Se comprenden entre ellos, desde luego, los causahabientes a título singular de alguna de las partes, es decir los adquirentes de derechos reales en los bienes a que la convención simulada se

refiere, que han tratado con alguna de las partes con posterioridad a la celebración del acto simulado. Por ejemplo, Pedro y Juan otorgan una escritura pública en que establecen que el primero vende al segundo un predio rústico; pero los contratantes declaran por instrumento separado que esta compraventa no es seria y que Juan deberá restituir el predio cuando Pedro se lo pida sin tener éste que devolver precio alguno, porque, a pesar de lo que expresa la escritura ostensible de compraventa tal precio no ha existido ni ha sido pagado por Juan; la escritura de compraventa simulada se inscribe en el Registro del Conservador de Bienes Raíces; y Juan aparece así como dueño del predio. Haciendo uso de un traslado de la escritura de compraventa en que no se ha tomado razón del contenido de la contraescritura, Juan vende a Antonio dicho predio. Posteriormente Pedro reclama la entrega del predio exigiendo de Juan, o de sus herederos, si éste ha fallecido, el cumplimiento de la contraescritura, y así se resuelve en la sentencia que falla la controversia; pero Pedro no podrá reivindicar el predio de Antonio porque para éste la contraescritura carece de efecto y él ha adquirido el predio de quien aparecía como su propietario inscrito".

Para que las contraescrituras produzcan efecto contra terceros es necesario que se haya tomado razón de su contenido al margen de la matriz y del testimonio en cuya virtud ha obrado el tercero. No es suficiente que el tercero haya tenido o podido tener conocimiento de la existencia de la contraescritura. La ley no ha querido dejar entregado este punto a las alternativas de la prueba; y ha establecido un procedimiento único para que las contraes-

crituras públicas produzcan efectos contra terceros.

DE LA ACCION DE SIMULACION.- Tiene por objeto hacer declarar por el Juez que un acto es sólo aparente, sea en su totalidad, sea en parte.

Hemos dicho con anterioridad en este estudio, que la simulación puede ser lícita o fraudulento; generalmente en la vida diaria la simulación es fraudulenta, debido a que los deudores la realizan con la intención de sustraer a los acreedores una parte del patrimonio fingiendo que lo han enajenado.

Las características de la acción de simulación son las siguientes: a) El acto contra el cual se dirige no existe más que en apariencia, en consecuencia tiene por objeto demostrar que en razón del carácter puramente ficticio de cierto acto, un bien que parece haber salido de la prenda general de los acreedores, no ha dejado de formar parte de ella;

b) Los acreedores que intentan la acción de simulación no tienen que probar que el acto atacado ha determinado o aumentado la insolvencia del deudor, puesto que lo único que piden es que se precise la verdadera consistencia de la prenda común de los acreedores;

c) Los acreedores no necesitan establecer que el acto atacado ha sido hecho por el deudor en fraude de sus derechos, es decir con conocimiento del mal estado de sus negocios o de su insolvencia; el fraude resultará o no de las circunstancias del hecho, teniendo lugar la acción siempre que se pruebe la simulación del acto;

d) No es necesario en la acción de simulación probar la complicidad del tercero con el cual el deudor ha contratado; la demanda de declaración de simulación podrá ser aceptada, aún cuando el tercero haya ignorado que el deudor ejecutaba el acto en perjuicio de sus acreedores; y

e) La acción de declaración de simulación puede ser deducida por las partes mismas, ya que el acto simulado absolutamente no puede producir efecto, tanto con respecto a las partes que lo han fingido como respecto de los terceros; y lo mismo ocurre con el acto simulado en parte, en aquello en que se aparta de la verdad.

Baudry-Lacantinérie y Barde, citados por Luis Claro Solar, afirman que: "La acción de simulación tiene un fundamento propio: se desprende claramente de las disposiciones legales, según las cuales todos los bienes de una persona, muebles o inmuebles, presentes o futuros, salvo los no embargables, pueden ser perseguidos por los acreedores para pagarse de sus créditos; y al hablar de todos los bienes, se comprenden naturalmente los que han sido objeto de actos simulados, desde que no han dejado de pertenecer al deudor. Este derecho es un derecho personal, propio de los acreedores que pueden hacer valer como tal a su propio nombre".

El principio que mencionan los autores franceses aludidos, se encuentra contemplado en nuestro Código Civil, en el Art. 2212.

Finalmente, me permito hacer mención al aspecto procesal. Debido a que no hay trámites señalados en nuestro Código de Procedimientos Civiles, para interponer la demanda de declaración de simulación, debe hacerse en juicio ordinario, ya que el Art. 127 del

Código referido establece: "Toda acción entre partes sobre la reclamación de un derecho que no deba decidirse sumariamente y que no tenga trámites especiales señalados por la ley, se ventilará en juico ordinario de hecho o derecho, según su naturaleza".

DIFERENCIAS ENTRE LA ACCION PAULIANA Y LA ACCION DE SIMULACION.- Si una persona finge celebrar un acto que de ser real disminuiría la prenda común de sus acreedores, ya que el bien que el acto parece tener por objeto, deja en apariencia de seguir formando parte de esa garantía, los acreedores tienen interés en establecer la situación real por medio de una sentencia judicial que reconozca la simulación y en consecuencia que ese bien permanece en el patrimonio del deudor.

En la mayoría de los casos la simulación no es inocente sino fraudulenta; y se hace por el deudor con el propósito doloso de sustraer a los acreedores una parte del patrimonio, fingiendo que lo ha enajenado. En tal supuesto, el acto presenta los elementos que un acto no simulado autorizan la acción pauliana. Por esta razón, la acción de simulación es confundida con la acción pauliana o revocatoria.

La denominación de acción pauliana le viene del nombre del pretor romano Paulus, que la estableció en el edicto cuyo texto conservó Ulpianus: "Daré acción al curador de los bienes o al que respecto de ésto se le deba dar, dentro del año que tuviese facultad de pedir, para anular las cosas que se hicieron por causa de fraude con aquel que no ignoro el fraude; y lo mismo observaré contra aquel que cometió el fraude".

Nuestro Código Civil contempla la acción pauliana en el Art. 2215 cuando establece: "En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso, se observaran las disposiciones siguientes:

1a. Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas y anticresis que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, estando de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero.

2a. Los actos y contratos no comprendidos bajo el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores.

3a. Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores expiran en un año, contado desde la fecha del acto o contrato"

En realidad la acción de que se trata es una sola; en virtud de ella los acreedores pueden en su nombre personal y por el derecho que la ley les reconoce, atacar los actos ejecutados por su deudor en perjuicio de ellos y en fraude de sus derechos. La distinción que hace el legislador entre contratos a título oneroso y a título gratuito, no tiene más objeto que establecer que respecto de los primeros, la mala fe debe existir no sólo en el deudor, que no puede ignorar el mal estado de sus negocios y la persona con quien contrata que también lo conoce; en relación a los segundos, basta la mala fe del deudor, aunque la persona favorecida por él ignore que sus negocios se hallen en mal estado.

Expuesto lo anterior, estimo que es oportuno señalar las diferencias que existen entre la acción pauliana y la acción de simulación.

1) En la acción pauliana el acto atacado existe realmente; en cambio el acto contra el cual se dirige la acción de simulación no existe más que en apariencia. Es por ello que la acción pauliana tiene por fin reintegrar en la prenda general de los acreedores, lo que de ella había salido por el efecto del acto fraudulento; la acción de simulación tiene por objeto demostrar que en razón del carácter puramente ficticio de cierto acto, un bien que parece haber salido de esta prenda común, no ha dejado de formar parte de ella.

2) En virtud de la acción pauliana, los acreedores demandantes deben probar que el acto atacado ha determinado o aumentado la insolvencia del deudor, y sin esta prueba no podrían obtener que el acto fraudulento fuera revocado; por el contrario, los acreedores que intentan la acción de simulación, no tienen que rendir dicha prueba, ya que lo único que solicitan es que se determine el estado real de la prenda común de los acreedores.

3) En la acción pauliana, los acreedores deben comprobar que el acto atacado ha sido hecho por el deudor en fraude de sus derechos, o sea con conocimiento del mal estado de sus negocios o de su insolvencia; en cambio en la acción de simulación no es necesario dicha prueba.

4) La acción pauliana se refiere a actos fraudulentos que perjudican a los acreedores y no corresponde por eso a las partes; mientras que la acción de declaración de simulación puede ser dedu

cida por las partes mismas, debido a que el acto simulado absolutamente no puede producir efecto, ya sea con respecto a las partes que lo han fingido, como en relación a los terceros; igual sucede con el acto simulado en parte, en aquello que se aparta de la verdad.

OTRO CASO DE SIMULACION.- El Art.967 inciso primero de nuestro Código Civil establece: "Será nula la disposición a favor de un incapaz, aunque se disfrace bajo la forma de un contrato oneroso o por interposición de persona."

Sabemos que la incapacidad consiste en la ausencia de las cualidades requeridas para suceder en general; lo que importa una incapacidad absoluta, o la falta de aptitud para poder recibir determinadas asignaciones, lo que da lugar a una incapacidad relativa. El incapaz es completamente extraño a la sucesión; no pierde la sucesión, sino que no ha podido jamás adquirirla.

La incapacidad importa en el hecho una prohibición para recibir asignaciones MORTIS CAUSA, y si de hecho se hace una asignación a favor de un incapaz, la disposición testamentaria que la establece tiene objeto ilícito porque importa la ejecución de un acto prohibido por la ley, es decir es absolutamente nula. El Art.967 en estudio lo da por establecido; y agrega que esa nulidad existe, aunque sea disfrazada la violación de la ley prohibitiva "bajo la forma de un contrato oneroso o por interposición de persona".

En relación a "bajo la forma de un contrato oneroso" se puede poner el siguiente ejemplo. El testador en una de las cláusulas del testamento dice: mi heredero Juan entregará al presbítero don

Matías Castro, mi caballo blanco que le he vendido y cuyo precio me pagó. No existiendo un principio de prueba por escrito de tal compraventa, esta deuda confesada en el testamento como procedente de un contrato oneroso, debe estimarse de conformidad al Art. 1110 del Código Civil, como un legado gratuito; pero si el presbítero designado tuviera la incapacidad expresada en el Art. 966 C. de haber sido el confesor durante la última enfermedad del causante, la disposición testamentaria indicada es nula, ya que es hecha para defraudar la ley.

Cuando la ley dice: "Por interposición de persona", se está refiriendo a la situación que se crea cuando se dispone a favor de una persona capaz con la mira de hacer llegar el objeto asignado a un incapaz; la disposición es igualmente nula, porque es hecha en fraude de la ley y para burlar la prohibición.

De la lectura del Art. 967 C. observamos que contiene una disposición general y absoluta: "La disposición a favor de un incapaz será nula". El incapaz no puede recibir herencia o legado alguno; si se le instituye heredero o se le hace un legado, la institución de heredero o el legado son nulos.

El legislador al establecer las incapacidades de recibir MORTIS CAUSA, supuso que los particulares interesados tratarían de burlar sus prohibiciones y para prevenirlo dispuso expresamente que será nula la disposición a favor de un incapaz, aunque se disfraze bajo la forma de un contrato oneroso o por interposición de persona, aunque se haga uso de alguno de estos expedientes ocultos con que se simula un acto que aparentemente no tiene relación al-

guna con el incapaz, como es el disfraz de un contrato oneroso simulado que se da por existente, o la interposición de una persona capaz entre el testador y el heredero o legatario incapaz a quien se quiere hacer llegar la herencia o legado, por intermedio de esa persona que recibe la asignación con el compromiso de entregar el todo o una parte al incapaz.

Es evidente que la simulación de un contrato oneroso o de persona interpuesta, son hechos que el Juez debe resolver según los antecedentes de cada caso.

EFFECTOS DE LA SIMULACION.- Hemos dicho en este trabajo que la simulación puede ser absoluta, cuando supone la ejecución de un acto, que las partes no han querido realizar, es decir que las partes quieren que no tenga efecto el contrato simulado, se trata de un acto ficticio, ilusorio. La simulación es relativa cuando las partes realizan aparentemente un contrato, queriendo y llevando a cabo en realidad otro distinto. Existe ocultación de un contrato verdadero bajo una forma mentida. Y se verifica la interposición cuando las partes realizan un acto real y ponen de manifiesto su naturaleza; solo quieren engañar acerca de la persona del verdadero contratante. En el contrato figura un sujeto distinto del interesado, un titular fingido, un testaferro.

También hemos afirmado que la declaración de voluntad que envuelve una simulación, puede tener efectos lícitos; y en consecuencia, el acto verdadero tendrá su valor desde que la simulación quede en descubierto.

La simulación relativa cuando no tiene por objeto ocultar una incapacidad legal o dar una apariencia lícita a un contrato prohibido, cuando no tiene la intención de defraudar la ley o de perjudicar a un tercero, es válida.

De lo expuesto, se desprende la regla de que la simulación no es en general una causa de nulidad, lo cual se halla definitivamente reconocido por la doctrina y jurisprudencia francesa, según lo afirma DEMOLOMBE en el Tomo 24, número 370 de su obra, cuando se refiere a la causa simulada.

Sabemos que la ley asegura el respeto de la palabra dada; y toda convención que tiene una causa y un objeto lícitos obliga a las personas que la han consentido. El Art. 1578 de nuestro Código Civil, establece el principio de que las escrituras hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, que se han mantenido secretas, no producen efecto contra terceros; lo que tácitamente indica que lo producen respecto de sus autores. En otras palabras, lo que importa es el contrato verdadero que las partes quisieron ocultar.

Ahora bien, supongamos que nos encontramos ante un caso de simulación absoluta, es decir, de un acto ficticio en su totalidad, de un acto puramente aparente y que no es serio para ninguna de las partes que en él intervienen, por ejemplo una compraventa absolutamente simulada ¿cuál es su efecto? desde un punto de vista doctrinario, la compraventa es inexistente, no se ha formado ni ha nacido a la vida del derecho. Pero si nos trasladamos al Código Civil, observamos que no hace la distinción entre actos nulos y actos inexistentes

tes. El Título 20 del libro IV de dicho Código, trata únicamente de la nulidad y de la rescisión, y no reglamenta los efectos que produce la inexistencia del acto, por cuya razón es lógico concluir que los actos que en doctrina son inexistentes, conforme nuestro derecho positivo, son nulos de nulidad absoluta. En el ejemplo propuesto, no existe realmente causa, ya que la causa para el vendedor es la obligación que contrae el comprador de pagarle el precio y viceversa; en la compraventa absolutamente simulada, se finge la causa pero no existe en realidad causa; además los elementos esenciales de la compraventa como son el precio y la cosa vendida no existen realmente; en otras palabras no hay compraventa, por cuyo motivo dicho contrato es nulo de nulidad absoluta, de conformidad a lo establecido en el Art.1552 C.

Creo oportuno puntualizar que la nulidad sea absoluta o relativa, ya sea que provenga de la omisión de requisitos exigidos por la ley en atención a la naturaleza del acto o contrato, o en atención a la calidad o estado de las partes, necesita ser declarada judicialmente, lo cual se desprende de la lectura de los Arts.1553 y 1554 del Código Civil; y lo confirma categóricamente el Art.1557C.

En relación a la simulación relativa que es aquella por medio de la cual se realiza aparentemente un contrato, queriendo y llevando a cabo en realidad otro distinto, se nos ocurre el siguiente ejemplo, para aplicar la sanción de nulidad: Juan otorga un documento a favor de Pedro, en virtud del cual afirma haber recibido de éste, a título de mutuo la cantidad de \$5.000.00; la realidad es que Pedro le ganó a Juan dicha suma en el juego de dados, vulgarmente

conocido como chivo. La simulación del contrato de mutuo se realiza para ocultar la deuda contraída en juego de azar, que constituye objeto ilícito, al tenor del Art.1337 C. En consecuencia, de conformidad al Art.1552 C, al haber objeto ilícito, existe nulidad absoluta, la cual tiene que ser declarada por el Juez respectivo.

Finalmente, queda el caso de interposición. Supongamos que un padre de familia quiere vender un bien a su hijo que se encuentra bajo su patria potestad. Debido a que existe una prohibición para realizar dicho acto, establecida en el Art.1600 C, el aludido padre con el objeto de burlar la ley, simula que realiza la compraventa con otra persona, pero en realidad existe un acuerdo simulatorio por medio del cual se establece que el verdadero comprador es su hijo de familia y no el extraño. La compraventa que hace el padre a su hijo por interpósita persona, constituye un acto prohibido por la ley, por cuya razón de conformidad al Art.1337 C, hay objeto ilícito, siendo en consecuencia nulo de nulidad absoluta al tenor de lo dispuesto en el Art.1552 C.

Es obvio, que en los ejemplos propuestos para que el Juez declare la nulidad de los actos, tiene que comprobarse por el demandante la simulación, lo cual en la práctica resulta bastante difícil.

CAPITULO V  
DERECHO COMPARADO

1) En el Código Civil Italiano, Libro IV que trata de los contratos en general, encontramos el Capítulo X que tiene el siguiente título: DE LA SIMULACION.

Art.1414. EFFECTOS DE LA SIMULACION ENTRE LAS PARTES.- El contrato simulado no produce efecto entre las partes.

Si las partes han querido concluir un contrato distinto del aparente, tendrá efecto entre ellas el contrato disimulado, con tal que existan los requisitos de sustancia y de forma.

Las disposiciones procedentes se aplicarán también a los actos unilaterales destinados a una persona determinada que fueren simulados por acuerdo entre el declarante y el destinatario.

Art.1415. EFFECTOS DE LA SIMULACION RESPECTO DE TERCEROS.- La simulación no podrá ser opuesta ni por las partes contratantes ni por los causahabientes o acreedores del enajenante simulado a los terceros que de buena fe hubiesen adquirido derecho del titular aparente, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de simulación.

Los terceros podrán hacer valer la simulación frente a las partes, cuando ella perjudique sus derechos.

Art.1416. EFFECTOS DE LA SIMULACION CON LOS ACREEDORES.- La simulación no podrá ser opuesta por los contratantes a los acreedores del titular aparente que de buena fe hubiesen realizado actos de ejecución sobre bienes que fueron objeto del contrato simulado.

Los acreedores del enajenante simulado podrán hacer valer la simulación que perjudique sus derechos y, en el conflicto con los acreedores quirografarios del adquirente simulado, serán preferidos a éstos si su crédito fuese anterior al acto simulado.

Art. 1417. PRUEBA DE LA SIMULACION.- La prueba por testigos de la simulación será admisible sin limitaciones si la demanda fuese propuesta por acreedores o por terceros y cuando fuese destinada a hacer valer la ilicitud del contrato disimulado, aunque fuese propuesta por las partes.

2) En el Código Civil Argentino, Sección II que trata de los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones, se encuentra el Capítulo primero que tiene el siguiente título: DE LA SIMULACION EN LOS ACTOS JURIDICOS.

Art. 955. La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.

Art. 956. 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.

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

Art.958. 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.

Art. 959. 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.

Art. 960. Si hubiese sobre la simulación un contradocumento firmado por alguna de las partes, para dejar sin efecto el acto simulado, cuando éste hubiera sido ilícito, o cuando fuere lícito, explicando o restringiendo el acto precedente, los jueces pueden conocer sobre él y sobre la simulación, si el contradocumento no contuviese algo contra la prohibición de las leyes, o contra los derechos de un tercero.

3) En el Código Civil para el Distrito y territorios federales de México en el Título IV que trata de los efectos de las obligaciones, encontramos el Capítulo II que se denomina "DE LA SIMULACION DE LOS ACTOS JURIDICOS".

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.

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.

Art.2182. La simulación absoluta no produce efectos jurídicos. Descubierto el acto real que oculta la simulación relativa,

ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare.

Art.2183. Pueden pedir la nulidad de los actos simulados los terceros perjudicados con la simulación, o el Ministerio Público cuando ésta se cometió en transgresión de la ley o en perjuicio de la hacienda pública.

Art.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.

4) En el Código Civil Francés encontramos el Art.1321 que dice: Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes; elles n'ont point d'effet contre les tiers.

Al hacer la traducción de dicha disposición, resulta lo siguiente: "Los contradocumentos no pueden tener más efecto que entre las partes contratantes; ellos no producen efecto contra terceros".

De la disposición citada se desprende en Francia toda la teoría de la simulación, habiendo influido en varios Códigos Latinoamericanos, según veremos a continuación.

5) El Código Civil Chileno en el Art.1707 establece: "Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros. Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz

cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero".

6) El Código Civil Colombiano tiene un artículo exactamente igual al Chileno antes citado, variando sólo su numeración ya que es el Art. 1766.

CAPITULO VI

REFORMAS AL CODIGO CIVIL

Es obvio la importancia que tiene la figura de la simulación desde el punto de vista jurídico, por cuya razón estimo que siguiendo la tendencia de los Códigos Modernos, como el Italiano, el Argentino, el Mexicano, etc., debe crearse en nuestro Código Civil un capítulo especial que trate tan interesante tema.

La correcta ubicación de dicho capítulo en el Código Civil resulta difícil, pero considero que lo más indicado es ponerlo en el Libro Cuarto, Título II que trata de los actos y declaraciones de voluntad, a continuación del Art.1340.

La denominación de dicho Capítulo, según mi criterio, debe ser "DE LA SIMULACION", ya que estando comprendido en el Título que trata de los actos y declaraciones de voluntad, es evidente que se refiere a ellos.

Soy de opinión, con el objeto de que no se altere la numeración del Código Civil, que después del Art.1340, se ponga Capítulo I, "DE LA SIMULACION", a continuación seguirían las disposiciones correspondientes, basadas en los aspectos doctrinarios a que me he referido en el desarrollo de este trabajo.

Los artículos pertinentes, podrían redactarse así:

Art. 1340 A.- La simulación tiene lugar:

1º. Cuando las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o se ha convenido entre ellas;

2º. Cuando se encubre el carácter jurídico del acto que se declara, dándose la apariencia de otro de distinta naturaleza; y

3º. Cuando se constituyen o transfieren derechos a personas interpuestas, para mantener desconocidas a las verdaderamente interesadas.

Art. 1340 B.- 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.

Art. 1340 C.- La simulación absoluta no produce ningún efecto jurídico. La simulación relativa, una vez comprobada, producirá los efectos del acto jurídico encubierto, siempre que su objeto sea lícito.

Art. 1340 D.- La simulación no anula el acto jurídico cuando no tiene un fin ilícito ni causa perjuicio a ninguna persona.

Art. 1340 E.- Si la persona favorecida por la simulación ha transferido a otro sus derechos, la acción contra el tercero sólo será admisible si la transferencia tuvo lugar a título gratuito. Si la transferencia se operó a título oneroso, la revocación sólo será posible, si el subadquirente obró con mala fe.

## CAPITULO VII

### LA SIMULACION EN EL DERECHO TRIBUTARIO

Durante el régimen del Estado patrimonial, el Príncipe o Señor Feudal, obtenía abundantes rentas de la concesión de tierras, del Derecho de Peaje a través de sus dominios, de ciertas contribuciones especiales que exigía a sus vasallos, en los casos de armar Caballero a su hijo, para dotar a su hija, o equiparse para las Cruzadas, etc. De esta manera obtenía rentas suficientes para llenar sus propias necesidades; dichas rentas se caracterizaban por ser rentas patrimoniales, se daban por razón de un Derecho patrimonial que tenía el señor Feudal sobre sus bienes y por una razón de orden público. En otras palabras, durante el Estado patrimonial no existió el impuesto como actualmente lo concibe la moderna ciencia financiera.

Al iniciarse la edad moderna surgen las monarquías absolutas, siendo insuficientes las rentas del Soberano para satisfacer las necesidades del pueblo que han ido en aumento. Es precisamente en esta época cuando nace el impuesto concebido como una obligación de los súbditos de un Estado de participar en las cargas públicas.

A medida que crece el ámbito de acción del Estado, mayor es la necesidad de rentas de dinero que deben pagar los súbditos de ese Estado, para que éste pueda cumplir con sus atribuciones.

Considero necesario para los fines de este trabajo conocer a grandes rasgos el concepto de impuesto. El Código Fiscal Federal de México da el siguiente: "Son impuestos las prestaciones en dinero o en especie, que el Estado fija unilateralmente y con carácter obligatorio, a todos aquellos individuos cuya situación coincide con la

que la ley señala como hecho generador del crédito fiscal".

Analizando brevemente dicho concepto, podemos decir que al expresar que el impuesto es una prestación significa que el pago del impuesto no implica una compensación inmediata. El que paga un impuesto no recibe por ello un bien concreto, ni inmediato.

"En dinero o en especie", la forma más usual de pagar el impuesto es en dinero, pero en algunos países existe también el impuesto que se paga en especie, por ejemplo los impuestos sobre minas. El concesionario de una mina o el empresario, está obligado a pagarle al Estado una cuota de la producción.

"Que el Estado fija unilateralmente". En uso de su voluntad soberana el Estado establece el impuesto sin consultar al obligado al impuesto.

A todos aquellos individuos cuya situación coincida con la que la ley señala como hecho generador del crédito fiscal". Toda ley de impuesto prevé la realización de una situación que da nacimiento a un crédito fiscal. Por ejemplo: en la ley de gravamen de las sucesiones, el hecho generador del crédito fiscal es la transmisión de bienes.

Para entrar en materia es indispensable conocer la noción del derecho tributario. Es por ello que me permito citar el concepto que da el tratadista Mario Pugliese, quien dice: "El derecho tributario es la disciplina que se ocupa del estudio sistemático del conjunto de normas que reglamentan la recaudación de los medios económicos que necesitan el Estado y otros órganos públicos para el desarrollo de sus actividades". Como ejemplos podemos mencionar la ley

de Impuesto sobre la Renta, la Ley de Impuesto sobre Donaciones, etc.

Al enfocar el tema de la simulación en el Derecho tributario, debemos referirnos necesariamente a la evasión del impuesto.

La doctrina considera dos clases de evasión: legal e ilegal.

Se dice que hay evasión legal cuando se elude el pago del impuesto por procedimientos legales. El tratadista Ernesto Flores Zavala en su obra "Elementos de Finanzas Públicas Mexicanas", dice que en México se dio un caso de evasión legal, cuando se estableció en el Distrito Federal, el impuesto sobre artículos de lujo. Ciertas personas se trasladaban fuera del Distrito Federal y allí efectuaban la operación; la transferencia de esos artículos de lujo en esa forma no estaban obligadas a pagar el impuesto, puesto que éste sólo estaba establecido para las ventas que ocurrieran dentro del Distrito Federal.

Hay evasión ilegal cuando mediante maniobras fraudulentas se elude el pago del impuesto.

En todas partes del mundo surge el problema de la evasión de los impuestos. Estimo que la razón principal de este fenómeno es que el contribuyente al pagar el impuesto no recibe una contraprestación concreta, por cuyo motivo cree que esta haciendo un obsequio al Gobierno. Ignora o pretende ignorar que el Estado necesita el pago de los impuestos para satisfacer las necesidades de la colectividad.

El Estado trata de impedir la evasión del pago de los impuestos, dictando leyes que establecen sanciones para los infractores, especialmente multas de una cuantía considerable.

En materia de evasión de impuestos juega papel preponderante la

simulación, ya que por medio de dicha figura jurídica se pretende en gañar al Fisco para evitar el pago del impuesto. Por ejemplo, en relación al impuesto sobre la renta, Pedro le vende un inmueble a Juan en ₡75.000.00, pero hacen aparecer en el Contrato que la venta es por ₡5.000.00. Pedro al presentar su declaración de impuesto sobre la renta afirma que vendió en ₡5.000.00, cuando la verdad es que re cibió la cantidad de ₡75.000.00. El propósito que persigue Pedro, es lograr una evasión parcial del pago del impuesto aludido.

Nuestra vigente Ley de Impuesto sobre la Renta, contempla expresamente el caso de simulación en la evasión intencional, pues el Art.103 establece: "El contribuyente o tercero que intentare producir, o facilitar la evasión total o parcial del impuesto, ya sea por omisión, aserción, SIMULACION, ocultación, maniobra o por cualquier medio o hecho, será sancionado con una multa de un veinticinco por ciento a tres tantos del impuesto evadido o tratado de evadir, sin que en ningún caso dicha multa pueda ser menor de cincuenta colones.

Salvo prueba en contrario, se presumirá intención de evadir el impuesto, cuando se presente cualquiera de las siguientes circunstan cias:

- a) Contradicción evidente entre los libros, documentos o demás antecedentes, con los datos que surjan de las declaraciones;
- b) Declaraciones que contengan datos falsos;
- c) Exclusión de algún bien, actividad u operación que implique una declaración incompleta de la materia imponible, salvo cuando, atendidos el volumen de los ingresos del contribuyente y la escasa cuantía del excluído, pueda calificarse de simple olvido excusable;y

d) Suministro de informaciones inexactas sobre las actividades y negocios concernientes a ventas, compras, existencias o valuación de las mercaderías, capital invertido o cualquier otro factor de carácter análogo o similar".

En la ley de impuesto sobre donaciones hay una disposición de especial importancia para el tema en estudio. Me refiero al Art. 4o. que preceptúa: "para los efectos de esta ley se reputan como donaciones, salvo prueba en contrario:

1o. Las operaciones de compraventa que se efectúen entre ascendientes y descendientes, hermanos, cónyuges o entre parientes por afinidad dentro del segundo grado. Pero si tales operaciones se verificaran por interpósita persona, habrá presunción de Derecho de que ha habido donación para los efectos de esta ley, cuando el bien o bienes enajenados volvieren al dominio de dichas personas dentro del año siguiente a la fecha en que la interpuesta los adquirió. Si esto último tuviere lugar después de transcurrido ese año, no se cobrará impuesto de donación.

2o. La permuta de bienes entre las personas mencionadas en la fracción anterior, cuando la diferencia de valores de las cosas permutadas exceda de más de un diez por ciento del valor inferior de alguna de ellas, gravándose en este caso el exceso, deducido el diez por ciento expresado.

3o. La constitución a título oneroso de renta vitalicia o de los derechos de usufructo, uso o habitación a favor de las personas expresadas. Si para tal acto o contrato ha mediado interpósita persona, tendrá lugar la presunción de derecho establecida en el núme-

ro primero, concurriendo las mismas circunstancias y produciendo los mismos efectos.

4o. La adjudicación de bienes en la disolución de sociedades cuando los valores de los bienes que se entreguen a cada socio, deducidas las utilidades acumuladas, alteren la proporción que existió entre los aportes respectivos en beneficio de alguno o algunos de ellos.

5o. La donación en pago hecha por una persona o a nombre de ésta a favor de sus ascendientes, descendientes, hermanos, cónyuges o parientes por afinidad dentro del segundo grado; y la adjudicación en subasta judicial de bienes de una persona a favor de otra u otras de las enumeradas.

En este último caso el Juez hará constar el parentesco, en el acta de remate, conforme a las declaraciones que estará obligado a hacer el adjudicatario al pedir la adjudicación. El Registrador de la propiedad, no inscribirá tal certificación mientras no se le presente la constancia respectiva, extendida por el Delegado Fiscal de haberse satisfecho el impuesto de donaciones.

También se reputa que existe donación, cuando en la constitución de sociedades o en la modificación de ellas, se diere a una persona la propiedad de un derecho social, sin aparecer que haya hecho un aporte efectivo y real, o cuando aparezca que lo ha hecho por valor inferior al del derecho social otorgado. En este último caso el gravamen recaerá únicamente sobre la diferencia".

Es evidente que con esta disposición el legislador pretende evitar que se vulnere, en perjuicio de los intereses del fisco, la

ley de impuesto sobre donaciones.

En otras palabras, el legislador estima que los contratos onerosos que las partes dan a conocer son simulados; que en el fondo existe un contrato oculto, un contrato disimulado, que es precisamente el de donación, salvo prueba en contrario.

La presunción establecida en el artículo en estudio, ha dado lugar a múltiples controversias en nuestro medio, especialmente entre la Dirección General de Contribuciones Directas y los particulares afectados por haber sido estimado el contrato por ellos celebrado, como una donación.

La Dirección General de Contribuciones Directas estima que la forma en que está redactada la presunción contenida en el Art.4 de la Ley de Impuesto sobre Donaciones, ha vedado prácticamente la prueba en contrario que pudiera ser aportada. El legislador dijo "salvo prueba en contrario", dándole a la presunción el carácter de legal, pero ¿cómo operaría esa prueba? o diciéndolo de otra manera ¿cuál puede ser esa prueba? veamos el caso concreto: la ley establece una presunción cuyos elementos son: 1) operación de compraventa por ejemplo y 2) que ésta se verifique entre las personas enumeradas en la disposición citada. Cumplidos estos elementos ha de presumirse legalmente que hay donación. Ahora bien, si se quiere probar que, aunque se den las circunstancias enumeradas no existe donación, ¿cómo ha de hacerse?. La prueba aportada puede ser cualquiera menos aquella que afecte uno de los elementos de la presunción. Si se probara que no hay compraventa, que es el elemento número uno no operaría la presunción, pues faltaría uno de sus extremos.

Opino que la intención del legislador al dictar el Art.4 mencionado, fue evitar que por medio de contratos simulados se haga inusorio el impuesto sobre donaciones, estableciendo para el caso que las operaciones de compraventa entre parientes cercanos se presumen donaciones, y agregó la frase "salvo prueba en contrario", lo cual significa que se trata de una presunción legal, JURIS TANTUM. Lo fundamental para destruir la presunción es que la prueba que se rinda sea de tal naturaleza que haga desaparecer la posibilidad de simulación.

La argumentación de la Dirección General de Contribuciones Directas de que si se prueba que efectivamente hay compraventa, lo que se logra es reforzar la presunción, por ser uno de los extremos de la misma, me parece un sofisma, porque se daría el contrasentido que un verdadero contrato oneroso como es la compraventa, arbitrariamente se considera como un contrato gratuito como es la donación.

Reforzando mi criterio de que la presunción contenida en el Art.4 es JURIS TANTUM, me permito hacer notar que en el numeral primero de dicha disposición, el legislador establece la PRESUNCION DE DERECHO, JURIS ET DE JURE, de considerar como donación los casos en que la compraventa entre los parientes señalados, se verificaren por interpósita persona, cuando el bien o bienes enajenados volvieren al dominio de dichas personas dentro del año siguiente a la fecha en que la interpósita los adquirió.

El criterio de la Dirección General de Contribuciones Directas sería correcto, si el legislador hubiera redactado el Art.4 así:  
para los efectos de esta ley, se reputan de derecho como donaciones:

etc. etc....

El legislador no lo hizo así: porque comprendió que una disposición de tal naturaleza, vulneraría el valor JUSTICIA que debe tener toda ley.

Finalmente me permito indicar en apoyo de mi opinión, el fallo de la sala de amparos, publicado en la Revista Judicial Tomo LXV, números del 1 al 12, enero a diciembre de 1960, página 167, que dice:

#### DOCTRINA

I - La compra-venta de un inmueble entre hermanos se presume donación conforme con lo establecido en la Ley de Impuestos sobre Donaciones, pero tal presunción admite prueba en contrario; y para destruir dicha presunción, es necesario aportar la prueba necesaria oportunamente dentro de las diligencias de tasación del impuesto.

II - Si en un contrato de compra-venta de un inmueble se expresa que se paga una parte del precio en efectivo y que el resto se queda debiendo y dicho adeudo se garantiza con hipoteca en el mismo inmueble vendido, debe presumirse donación solamente por la parte del precio que se dice pagada en efectivo, pues de la parte adeudada consta del mismo documento que está pendiente de pago y que se garantiza su pago y la sentencia administrativa que declara la donación en el primer caso, es correcta.

III - No procede el amparo solicitado, si presumiéndose donación la compra-venta de un inmueble entre hermanos, se tasa el impuesto respectivo si no se aporta en las correspondientes dili-

gencias la prueba necesaria que destruya tal presunción, aunque en el juicio de amparo se presente tal prueba, pues en tal caso la autoridad administrativa ha procedido de conformidad con la ley.

IV - Hay lugar al amparo solicitado, si en el caso apuntado, la Dirección General de Contribuciones Directas impone el impuesto de donación calculado sobre el monto total de la venta del inmueble según valúo basada en un peritaje ordenado legalmente, no obstante que del mismo contrato de compra-venta consta que parte del precio se adeuda y se garantiza su pago con hipoteca en el mismo inmueble.

Sala de Amparos: San Salvador, a las diez horas del día veintidós de febrero de mil novecientos sesenta.

El presente juicio de amparo constitucional ha sido promovido por don Jorge Julio Zaldívar, mayor de edad, agricultor y del domicilio de San Miguel, contra providencias del Delegado Fiscal del departamento dicho y del Director General de Contribuciones Directas, que juzga violatorias del derecho de propiedad que le garantiza el Art. 164 de la Constitución Política. Han intervenido en el juicio, además del actor, señor Zaldívar, y de las autoridades demandadas, el Dr. Héctor Edmundo Pino, abogado de este domicio, en carácter de Fiscal de esta Corte.

Leídos los autos; y,

CONSIDERANDO:

I.- Que esencialmente, en su escrito de demanda, don Jorge Julio Zaldívar, expone: que en escritura pública otorgada en esta ciudad, ante el notario Julio César Oliva, a las once horas y me-

dia del día seis de julio de mil novecientos cincuenta y seis, com  
pró a su hermano Martín Francisco Zaldívar, mayor de edad, agricul  
tor y del domicilio de San Miguel, por la suma de doscientos cin-  
cuenta mil colones, el derecho proindiviso equivalente a la mitad  
de la hacienda rústica "San Ildefonso", situada en Concepción Ba-  
tres, departamento de Usulután; que el precio de la venta lo pagó  
así: ciento cincuenta mil colones en efectivo en el momento de fir-  
marse la escritura, suma que le fue facilitada por un crédito hipo-  
tecario, según escritura otorgada en esta misma ciudad, ante el no  
tario citado, a las once horas y diez minutos de la fecha antes di  
cha; y el resto, o sean cien mil colones, lo quedó adeudando a su  
expresado hermano, para cancelarlo en un plazo de cinco años, al  
interés del ocho por ciento anual, suma que garantizó a aquél cons  
tituyendo a su favor segunda hipoteca sobre el derecho de propie-  
dad enajenado; que en la operación dicha de ninguna manera hubo do  
nación y no obstante ello, tanto la Delegación Fiscal de San Mi-  
guel como la Dirección General de Contribuciones Directas, así lo  
apreciaron, habiéndoseles tasado un impuesto de veintiocho mil  
seiscientos cincuenta colones y cincuenta centavos; que con el  
fallo de las oficinas referidas se le causa daño a sus bienes, al  
tasársele un impuesto a todas luces injusto, pue la Ley de Impues-  
to sobre Donaciones en el Art.4º, reputa como tales las operacio-  
nes de compra-venta que se efectúen entre hermanos, salvo prueba  
en contrario; es decir, que la ley presume que dichas operaciones  
constituyen donaciones mientras los interesados no prueben otra co  
sa, admitiendo, por consiguiente de que ellas sean verdaderas com-

praventas, y que en su caso, la mejor prueba de ello la constituye el testimonio de una institución de crédito como es el Banco Hipotecario, al concederle un crédito hipotecario en escritura pública donde se hace constar que el destino de la suma mutuada es precisamente la compra del derecho proindiviso que hizo a su hermano Martín Francisco Zaldívar, lo que así ocurrió, pues el Banco exigió que tales operaciones fueran simultáneas, habiendo sido el cheque del préstamo abonado a la cuenta de su referido hermano como parte del precio de la compraventa expresada, la cual se realizó en escritura que se otorgó en esta misma ciudad, ante el mismo Notario, en el local del Banco Hipotecario, veinte minutos después de otorgada la de mutuo hipotecario a favor de dicha Institución de que antes ha hecho referencia; que como ha expresado, del precio convenido quedó adeudando la suma de cien mil colones, la cual garantizó con segunda hipoteca sobre el derecho comprado, según consta de la misma escritura de compraventa y para añadir más fuerza probatoria a la mencionada operación, consta en la celebrada con el Banco Hipotecario de El Salvador, la autorización dada por dicho Banco para que su hermano Martín Francisco pudiera venderle su derecho proindiviso y el demandante otorgarle segunda hipoteca garantizándole el saldo de la venta; que ha comprobado, pues, con instrumentos públicos, que la compraventa dicha ha sido una operación real y verdadera y por ello considera que se le ha violado la garantía establecida en el Art.164 de la Constitución Política, por lo que viene a interponer recurso de amparo contra las providencias relacionadas del Delegado Fiscal de San Miguel y de

la Dirección General de Contribuciones, solicitando, con base en el Art. 5 de la ley de la materia, la suspensión del acto reclamado, por habersele prevenido el pago del impuesto referido.

II.- Se solicitó informe a las autoridades demandadas, y el Delegado Fiscal del Departamento de San Miguel, según consta a fs. 15, 16 y 17 de los autos, manifestó que en las diligencias seguidas ante su autoridad por don Jorge Julio Zaldívar a efecto de que se declarara exenta de pago del impuesto establecido por la Ley de Impuesto sobre Donaciones la operación de compraventa del derecho proindiviso de que se hace mérito verificada a su favor por su hermano legítimo, don Martín Francisco Zaldívar, por no haber rendido aquél ninguna prueba sobre la entrega de los ciento cincuenta mil colones que en el acto de la operación dicha refirió enterar a cuenta del precio del derecho enajenado, con fecha dieciseis horas y treinta minutos del día veintiseis de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis, dictó resolución tasando en la suma de once mil trescientos seis colones la cantidad que corresponde pagar al expresado Sr. Jorge Julio Zaldívar, por ascender a ciento cincuenta mil colones la presunta donación que otorgó a su favor su hermano legítimo, don Martín Francisco de igual apellido, y la cual fue otorgada en escritura pública que autorizó el notario Julio César Oliva, el seis de julio del año expresado.

El Director General de Contribuciones Directas, a fs.19 de los autos, informó que por resolución dictada por la oficina de su cargo, al conocer en grado de revisión de la que dictó el De-

legado Fiscal del Departamento de San Miguel, se tasó en veintiocho mil seiscientos cincuenta colones y cincuenta centavos, la cantidad que corresponde pagar a don Jorge Julio Zaldívar, por ascender a trescientos mil setecientos colones el valúo verificado pericialmente del derecho proindiviso, equivalente a la mitad, sobre la hacienda "San Ildefonso" que presuntamente le donó su hermano, don Martín Francisco Zaldívar, en escritura pública otorgada el seis de julio de mil novecientos cincuenta y seis en los oficios notariales del doctor Julio César Oliva.

III.- Después de oída la opinión del Fiscal de la Corte, se suspendió el acto reclamado y se pidieron los informes correspondientes a los funcionarios demandados, habiendo el señor Delegado Fiscal Departamental de San Miguel ratificado los conceptos del que anteriormente emitió en el proceso y el cual ya ha sido relacionado, agregando que el recurrente no se preocupó en su oportunidad de comprobar en las diligencias respectivas que no se trataba de una donación, sino de una compra, y que consideraba que el amparo impetrado era extemporáneo porque el demandante, señor Zaldívar, bien pudo oportunamente apelar de la resolución dictada por él, habiendo dejado transcurrir el término que la ley franqueaba para hacerlo, como si no se hubiera tratado de sus propios intereses, que hoy, pasado el tiempo, quiere defender con ahinco.

El Director General de Contribuciones Directas manifestó que su resolución tiene fundamento en el Art.4º de la Ley de Impuesto sobre Donaciones, advirtiéndole que el actor, don Jorge Julio Zaldívar, desde cuando presentó su declaración a la Delegación Fiscal

Departamental de San Miguel, se obligó a presentar la prueba necesaria para desvirtuar la presunción de donación que estatuye la disposición legal últimamente citada, habiendo presentado a dicha oficina únicamente original y copia de la escritura de compra-venta celebrada entre él y su hermano, señor Martín Francisco del mismo apellido, de la cual no aparece que la suma de ciento cincuenta mil colones entregada como parte del precio convenido, le haya sido prestada por el Banco Hipotecario de El Salvador para tal fin, como lo alega en su demanda de amparo contitucional.

IV.- Se corrió traslado por tres días a cada una de las partes, y el Fiscal de la Corte manifestó, ratificando un escrito suyo presentado anteriormente, que era de opinión que con las escrituras públicas presentadas por el actor, éste había demostrado que al vender-debe entenderse comprar-a su hermano Martín Francisco Zaldívar el derecho proindiviso sobre la hacienda "San Ildefonso", sita en jurisdicción de Concepción Batres, Departamento de Usulután, no hizo una donación sino que una venta perfecta porque parte del precio la entregó en efectivo y el resto con garantía hipotecaria del derecho relacionado, estimando como procedente el amparo impetrado por el actor.

Habiéndola éste presentado con su demanda, se agregó, con las formalidades de ley, la copia de la escritura de compraventa de que antes se ha hecho relación, después de confrontarla con su original y en tal documento consta que de la suma de doscientos cincuenta mil colones, fijada como precio del derecho proindiviso sobre la hacienda "San Ildefonso", el vendedor de tal derecho, don

Martín Francisco Zaldívar, declaró recibir del comprador del mismo, don Jorge Julio de igual apellido, la cantidad de ciento cincuenta mil colones en el acto de formalizarse tal escritura y que el saldo de cien mil colones lo quedó adeudando el segundo de dichos señores al primero y que le garantizó su pago con segunda hipoteca sobre el derecho referido, constituida en la misma escritura en que se otorgó la compraventa del aludido raíz.

Abierto a pruebas el juicio por el término de ley, se agregó en forma debida, la certificación de fs. 34 y 35, expedida con fecha cinco de octubre del año próximo pasado por el Presidente del Banco Hipotecario de El Salvador, documento del cual consta que en acta número mil trescientos cincuenta y siete, de fecha catorce de junio de mil novecientos cincuenta y seis, el indicado Banco concedió a los señores Jorge Julio y Martín Francisco Zaldívar, un crédito hipotecario por la cantidad de doscientos veinte mil colones, a quince años de plazo, con garantía de primera hipoteca de la hacienda "San Ildefonso", sita en jurisdicción de Concepción Batres, Departamento de Usulután, destinado a cancelar el saldo del crédito hipotecario número ciento noventa y nueve, a cargo de dichas personas y de doña María Amparo Zaldívar de Mayorga y a favor del Banco y a la compra del derecho proindiviso de parte del primero al segundo de los concesionarios, el cual fue formalizado en sus oficinas centrales, en esta ciudad, a las once horas y diez minutos del seis de julio de mil novecientos cincuenta y seis, en los oficios notariales del doctor Julio César Oliva, habiendo autorizado a don Martín Francisco Zaldívar para que pudie

ra vender a su hermano don Jorge Julio del mismo apellido, el derecho proindiviso equivalente a la mitad sobre la hacienda "San Ildefonso" ya mencionada y a éste para que pudiera constituir a favor de aquél segunda hipoteca sobre la hacienda relacionada, a fin de garantizarle en parte la compra del derecho proindiviso referido. Asimismo consta del documento relacionado, que del monto del préstamo aludido, se aplicó la suma de setenta y dos mil cuatrocientos sesenta y cinco colones y cincuenta y dos centavos a la cancelación del crédito número ciento noventa y nueve, a cargo de dichos señores, y que hechas otras deducciones de trescientos cincuenta y tres colones y setenta centavos, se entregó a los señores Zaldívar, mediante el cheque de caja número diez mil ochocientos setenta y siete, la cantidad de ciento cuarenta y siete mil ciento setenta y seis colones y setenta y ocho centavos exactamente, habiéndose hecho efectivo por los mismos señores el cheque relacionado en la agencia del Banco en la ciudad de Usulután, el día siete del mismo mes de julio de mil novecientos cincuenta y seis.

Concluído el término de pruebas, se pasaron los autos a la Secretaría del Tribunal para que las partes presentaran por escrito, sus correspondientes alegatos y ninguna de ellas hizo uso de su derecho, encontrándose actualmente el asunto en estado de ser resuelto por sentencia definitiva.

V.- En razón de que el presente recurso ha sido también instaurado contra la providencia del Delegado Fiscal Departamental de San Miguel de que antes se ha hecho mérito, pareciera que por

no poder cumplirse dicha providencia, atendiendo a que ha sido mo  
dificada en grado de revisión por la Dirección General de Contri-  
buciones Directas, con legítima competencia de esta oficina, y  
que carece por consiguiente de eficacia para perjudicar los inte-  
reses del recurrente, esta Sala estudiará en el presente fallo si  
las providencias, tanto del Delegado Fiscal como de la Dirección  
General de Contribuciones que se han relacionado, son o no viola-  
torias del derecho de propiedad que nuestra Ley Fundamental ga-  
rantiza al actor, don Jorge Julio Zaldívar, precisamente porque  
la demanda se dirige contra las dos autoridades mencionadas.

Al respecto se estima por este Tribunal que la operación de  
compraventa del derecho proindiviso equivale a la mitad de la ha-  
cienda "San Ildefonso" ya relacionada, no puede presumirse como  
donación en lo relativo a la parte del precio de CIEN MIL COLONES  
que el comprador don Jorge Julio Zaldívar, quedó adeudando al ven  
dedor don Martín Francisco del mismo apellido, por haber aquél  
constituido a favor de éste, en el mismo documento en que dicho  
contrato se formalizó, garantía de segunda hipoteca sobre el dere  
cho proindiviso objeto del acto jurídico, lo cual determina que  
el precitado documento constituye un título de crédito a favor del  
referido señor Martín Francisco Zaldívar, por la indicada suma de  
CIEN MIL COLONES y tal circunstancia hace desaparecer el carácter  
de gratitud característico de la donación presunta, en esa parte  
del valor de la cosa enajenada.

VI.- El impetrante plantea su queja contra la Delegación Fis  
cal de San Miguel y contra la Dirección General de Contribuciones

Directas, y por cuestiones de método es preciso examinar la actuación de cada una de dichas autoridades, para resolver el asunto dentro de la más estricta legalidad constitucional.

El señor Zaldívar alega que el contrato de mérito no puede estimarse como una donación, por estar completamente desvirtuada la presunción que contempla el Art.4º en el ordinal 1º de la Ley de Impuesto sobre Donaciones, debido a que el Banco Hipotecario de El Salvador le concedió al actor y a don Martín Francisco Zaldívar, en conjunto, un crédito hipotecario por doscientos veinte mil colones, destinado en parte a pagar el precio de la compra del derecho sobre el inmueble citado, compra que el primero hizo al segundo y, además, en virtud de que dicho crédito hipotecario se constituyó simultáneamente al contrato de compraventa cuestionado, que las autoridades demandadas han estimado como donación presunta, una de ellas parcialmente y la otra en su totalidad, habiéndose abonado el cheque del préstamo a la cuenta del vendedor, o sea a la del señor Martín Francisco Zaldívar como parte del referido precio.

Por su parte el Fiscal de la Corte ha manifestado su conformidad con lo expresado por el actor, estimando que se ha tratado en realidad de una compra-venta, en la que no puede presumirse donación.

Al respecto este Tribunal reconoce que con la certificación de fs.34 y 35, expedida por el Presidente del Banco Hipotecario de El Salvador, se ha establecido que la Institución mencionada concedió a los señores Jorge Julio y Martín Francisco Zaldívar,

un crédito hipotecario por doscientos veinte mil colones, destinado en parte a la compra del derecho proindiviso, equivalente a la mitad del dominio sobre la hacienda "San Ildefonso", que haría el primero al segundo de los mencionados señores; cuyo crédito fue formalizado en las oficinas centrales del Banco, en esta ciudad, a las once horas y diez minutos del día seis de julio de mil novecientos cincuenta y seis, esto es, veinte minutos antes de formalizarse la escritura de compraventa en la cual las autoridades responsables han estimado presumirse donación.

Pero consta en la misma certificación de fs. 35, en su ordinal 3º, que después de aplicarse parte del préstamo a la cancelación de un crédito anterior a cargo de los expresados señores Zaldívar, cuyo monto total inicial no se declara, y después de hacerse otras deducciones, el remanente de ciento cuarenta y siete mil ciento setenta y seis colones y setenta y ocho centavos fue entregado a los señores Zaldívar mediante un cheque de caja, y que este cheque, a su vez, fue hecho efectivo por los mismos señores Zaldívar en la Agencia del Banco de la ciudad de Usulután el siete de Julio de mil novecientos cincuenta y seis.

De esta manera no consta en la escritura de compraventa tantas veces aludida que la suma de ciento cincuenta mil colones que el recurrente afirma haber pagado al vendedor, endosándole el cheque bancario mencionado, realmente le haya sido pagado en esa forma, no habiéndose producido entonces sobre esa suma de ciento cincuenta mil colones la prueba del pago efectivo, quedando únicamente al respecto la afirmación de los otrogantes al formalizarse la

escritura de compraventa. En cambio sí existe prueba- en la misma escritura- de que los cien mil colones restantes del precio pacta do de doscientos cincuenta mil colones por el derecho proindiviso objeto del contrato, el recurrente señor Jorge Julio Zaldívar se los quedó debiendo al vendedor, señor Martín Francisco Zaldívar garantizándole el pago de esa obligación con segunda hipoteca sobre el mismo bien inmueble adquirido por el recurrente mediante la escritura de mérito.

De esta manera se llega a la conclusión de que, cuando el De legado Fiscal estimó que existía donación parcial presunta en la compraventa, en lo relativo a los ciento cincuenta mil colones que no se comprobó haber sido realmente pagados por el adquirente al tradente, por cuya razón liquidó impuesto de donación en lo concerniente a dicha cantidad, lo hizo de conformidad con la ley sin violación de ninguna garantía constitucional, procediendo, en consecuencia, declarar que en este aspecto no es procedente el am paro solicitado.

En cuanto a la actuación de la Dirección General de Contribu ciones Directas, que, estimando incorrecto el valúo dado al bien objeto del contrato de compra-venta, MANDO PRACTICAR UN PERITAJE, el cual dio por resultado una estimación de trescientos mil setecientos colones como valor del derecho enajenado, es de considerar que si bien es cierto que estaba facultada por la ley para ac tuar como lo hizo, al resolver que existía donación presunta en cuanto a la totalidad del negocio jurídico, sin tomar en cuenta la deuda contraída por el adquirente por valor de cien mil colones,

la que le quedó debiendo al enajenante, como parte del precio, y de lo cual hay prueba plena en la misma escritura de compra-venta, es obvio que se excedió en el ejercicio de sus facultades legales, con violación de los artículos 119 y 164 de la Constitución Política, en cuanto a esos cien mil colones; por cuya razón procede declarar que ha lugar al amparo solicitado en ese respecto, quedando, desde luego a salvo las facultades del órgano referido para actuar dentro de la ley y determinar el monto de lo que el impetrante debe pagar en concepto de impuesto de donación.

POR TANTO: de acuerdo con las razones expuestas y los Artos. 3, 12, 32, 33, 34 y 35 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, a nombre de la República de El Salvador, DIJERON: a) declárase se que no ha lugar al amparo solicitado por el señor Jorge Julio Zaldívar contra las providencias de la Delegación Fiscal de San Miguel de que se ha hecho mérito, condenándosele al pago de las costas, daños y perjuicios que haya causado en cuento a este extremo de su demanda. b) Declárase que ha lugar al amparo solicitado por el mismo señor Jorge Julio Zaldívar contra las providencias de la Dirección General de Contribuciones Directas de que se ha hecho mérito, debiendo volver las cosas al estado en que se encontraban antes del acto reclamado.-Comuníquese esta resolución a las autoridades demandadas.-Hágase saber.

Ponente: Dr. Cordón

Rodolfo Cordón.-Francisco E. Nuila V.-Samuel A. Castro.

Pronunciada por los señores Magistrados que la suscriben.

J. MANU. MANCIA.

## CAPITULO VIII

### LA SIMULACION EN EL DERECHO PENAL

De las disciplinas jurídicas que he estudiado en el curso de mi carrera de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, siempre he sentido especial predilección por el Derecho Penal, por la razón fundamental de que ninguna otra rama del Derecho palpita con tanta realidad humana, ética, social, psicológica, etc.

El maestro don Luis Jiménez de Asúa, en el Tomo I, de su tratado de Derecho Penal, pag.31, define esta disciplina como: "El conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora".

Con este concepto don Luis Jiménez de Asúa, acepta el régimen tripartito de Delito, Delincuente y Pena.

Refiriendose a la progresión de la Justicia Penal en la época actual, el tratadista español dice: "En los días que corren la batalla de escuelas ha callado. Pero otro fragor ensordece al hombre contemporáneo. Ya no se libra la lucha en el terreno científico, sino en el político. Ahora guerrean, en todos los terrenos por alcanzar el triunfo, las concepciones liberales y las autoritarias. Es falso que éstas hayan perecido en los campos de batalla. También el Derecho Penal sufrió estos embates: parecen doblegados los Derechos Penales totalitarios de Italia y Alemania, y previve orgulloosamente el Soviético. Tratamos muchos de que la democracia sea

garantizada por un Derecho Penal Liberal. Pero ésto no sólo no es historia pasada, sino que apenas es presente. El porvenir llega y en él aguarda, seguro de su incruenta victoria, EL DERECHO PROTECTOR DE LOS CRIMINALES, que soñó Dorado Montero".

En relación al porvenir del Derecho Penal que señala don Luis Jiménez de Asúa, podemos decir que para Dorado Montero es secundaria la cuestión de la responsabilidad o irresponsabilidad del delincuente. El reo debe ser simplemente tratado como un sujeto incapaz de comportarse racionalmente y necesitado de ayuda. De aquí dimana su derecho a la protección benévola de los coasociados, que deben prestársela mediante aquellas providencias y medidas de las que pueda derivarse su mejora. En divergencia en este punto con la escuela Italiana, Dorado Montero no cree en la existencia de delinquentes incorregibles; para él se trata sólo de naturalezas especiales, que necesitan medidas particulares de curación, que la ciencia debe saber proporcionar. De este modo la justicia penal se transforma en una obra de saneamiento social. Los Jueces no son otra cosa que Médicos Sociales, no como funcionarios Públicos, sino en el ejercicio libre de una profesión. Deben abolir todas las trabas legales y especialmente los dos principios jurídicos tradicionales, el primero que prohíbe castigar por un hecho que la ley no prevea como delito y el segundo que exige que las sanciones se hallen previamente establecidas y determinadas en cantidad. Dorado Montero conviene en que no dejará jamás de existir una organización de las actividades sociales en relación con el hecho de la delincuencia, porque el hombre no dejará nunca de vivir en sociedad; pero se tra

tará únicamente de una organización para el cumplimiento de fines determinados, de acuerdo con las sugerencias de la ciencia y dotada de un mínimo de coacción.

Estimo que la concepción de Dorado Montero, conduce a la disolución del Derecho Penal, pues es más utópica que real.

Dicho lo anterior, pasemos a ver el papel que juega la figura de la simulación en el ámbito del Derecho Penal.

El estelión o salamandra, animal de colores indefinibles, pues varían ante los rayos del sol, sugirió a los romanos el nombre de estelionato como título de delito aplicable a todos los hechos cometidos en perjuicio de la propiedad ajena, que fluctúan entre la falsedad y el hurto, y que aunque participen de las condiciones de uno y otro delito, no son propiamente ni el uno ni el otro.

Según el maestro Francisco Carrara en su genial obra "PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL," volumen IV, el nombre de estelionato se mantuvo como clásico en la teoría y en la práctica, desde los tiempos romanos hasta los más recientes, para designar una forma especial de delitos contra el patrimonio económico ajeno, y que su carácter es precisamente configurar un despojo injusto de la propiedad ajena, que no es ni verdadero hurto, ni verdadero abuso de confianza, ni verdadera falsedad, pero que participa del hurto porque ataca injustamente la propiedad ajena, del abuso de confianza, por que se abusa de la buena fe de otros, y de la falsedad, porque a ella se llega mediante engaños y mentiras.

La estafa es el delito proteico por excelencia, pues cambia en todas las formas posibles, adquiere todos los matices psicológi

cos que establecen una gradación de los actos humanos que va desde el acto más inocente hasta la perfidia más sagaz.

El Legislador Español, en la VII Partida, señaló sabiamente que este delito no puede definirse, pero que si puede ejemplificársele en algunas de sus formas, para que los jueces deduzcan de ellas el criterio que debe seguirse para distinguir entre los artificios delictuosos y los admitidos en los contratos. En efecto, siendo tan infinitamente variables las astucias del hombre, es imposible enumerar taxativamente todas las maneras como puede incurrirse en este delito, al engañar a otro para inducirlo a un convenio obligatorio en su contra o por el cual renuncia a su propiedad.

El maestro Carrara en su obra citada dice que algunos autores observan que los artificios delictuosos que constituyen el estelionato pueden consistir en simular o en disimular, y que la simulación puede ser personal o real. Es personal cuando uno se finge rico, o titulado, o toma un nombre distinto del verdadero, o finge que ejerce una profesión, o que ha sufrido una desgracia, o que está provisto de un mandato, o cuando de otra manera se atribuye alguna cualidad individual que no tiene, con el fin de inducir a otro a que le entregue algo que se ambiciona. Es real cuando la ficción recae sobre una cosa o sobre alguna de sus cualidades, como cuando se vende cobre por oro, o una cosa ajena como si fuera propia.

De lo expuesto observamos, que el engaño es elemento básico, necesario, para que exista estafa. Consiste en aprovecharse del error provocado o mantenido por el agente en la persona engañada.

Debe hacerse notar, que no todo engaño es bastante para constituir este elemento del delito, es menester una presentación de hechos falsos mostrándolos como verdaderos, o una alteración o supresión de hechos verdaderos.

Es obvio que la simulación como engaño que es, constituye elemento necesario del delito de estafa en varias de sus múltiples formas.

Prueba de lo afirmado es que en el Capítulo IV de nuestro Código Penal que tiene por título De las Defraudaciones, vemos en la sección segunda que trata de estafas y otros engaños, una serie de disposiciones en que cabe perfectamente la figura de la simulación; aun más hay artículos que expresamente se refieren a ella.

El Art.492 inciso 1º. de nuestro Código Penal dice: "El que fingiéndose dueño de una cosa la enajenare, arrendare, gravare, empeñare o hipotecare, será castigado con una multa equivalente al triplo del perjuicio que hubiere irrogado, sin que pueda exceder de quinientos colones".

El tratadista español don Eugenio Cuello Calón, en su obra Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial, pag.858 dice que para la existencia de este delito es menester: 1º. Fingirse dueño de una cosa inmueble. Es, pues, preciso que el Agente no sea dueño de la cosa, sino que lo simule. La cosa ha de ser inmueble.

2º. Que no obstante no ser dueño la enajene, arriende o grave.

3º. Que se cause un perjuicio al dueño de la cosa o a tercero, pues el perjuicio es elemento integrante de toda estafa y específicamente de ésta y base para determinar su penalidad.

Su elemento interno exige en el agente además de la voluntad de enajenar, arrendar o gravar la cosa, la conciencia de no ser dueño de ella. Si obrare de buena fe en la creencia de que la cosa es suya, no existiría delito por ausencia de dolo.

El Art.493 numeral 2º. contempla el caso de la simulación expresamente cuando establece: "El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado".

Para que este delito exista es necesario: 1º. Que se otorgue un contrato; 2º. Que éste sea simulado, es decir, fingido, que no exista realmente; y 3º. Que se cause un perjuicio a tercero.

El elemento interno de este delito consiste en la voluntad de otorgar un contrato con conciencia de que es fingido y de que con él se causa un perjuicio.

El Art.494 de nuestro Código Penal establece: "El que abusando de la impericia o pasiones de un menor, le hiciere otorgar en su perjuicio alguna obligación, descargo o transmisión de derechos por razón de préstamo de dinero, crédito u otra cosa mueble, bien aparezca el préstamo claramente, BIEN SE HAYA ENCUBIERTO BAJO OTRA FORMA, será castigado con seis meses de prisión menor y doscientos colones de multa".

Claramente se observa la figura de la simulación en este delito cuando dice que el préstamo se puede haber encubierto bajo otra forma.

El Art.497 de nuestro Código Penal contempla también la figura de la simulación de una manera expresa cuando dice: "La venta simulada de toda clase de bienes, y cualquier otro acto o contrato

simulado que tienda a defraudar los derechos de tercero, SE CALIFICA DE ESTAFA, y su comisión se castigará de manera siguiente:

1º. Si el valor del contrato, inmueble u objetos vendidos no excede de doscientos colones, la pena será de veinte meses de prisión mayor;

2º. Si no excede de mil colones, la pena será de tres años de prisión mayor; y

3º. Si excede de mil colones, la pena será de cinco años de presidio.

El Art.498 establece: "Se presume que la venta es simulada, siempre que el vendedor sea insolvente y concurra, en la celebración del contrato, cualquiera de las siguientes circunstancias:

1º. Si se verificare noventa días antes de que se venza el plazo para el cumplimiento de alguna obligación;

2º. Si la venta se efectuare cuando se ha presentado demanda ejecutiva contra el deudor;

3º. Si después de celebrada la venta, en cualquier tiempo que se haga, el vendedor fuere el que cuida, administra o usufructúa la cosa vendida, o se entiende directa o indirectamente con la administración o cuidado de ella;

4º. Cuando el Notario y los Testigos que intervinieron en la escritura de venta, no presenciaron que ante ellos se haya entregado al vendedor, el precio de la cosa en moneda efectiva; y

5º. Cuando siendo casado el vendedor, se hubiere promovido contra él el juicio de divorcio o de separación de bienes.

Lo dispuesto en este artículo se refiere también a todo otro

acto o contrato simulado que tienda a defraudar los derechos de tercero".

El Art.500 del Código referido establece: "En las ventas simuladas, el vendedor es considerado autor del delito de estafa; y el comprador tendrá la responsabilidad criminal que le resulte en la secuela del asunto;

En la misma responsabilidad criminal de estafa el tenor del artículo 497 de este Código incurrirán los que celebren todo acto o contrato simulado que tienda a defraudar los derechos de tercero".

La figura de la simulación también encuentra terreno propicio en los delitos de alzamiento, quiebra e insolvencia punibles.

1) Alzamiento de bienes. El Art.478 del Código Penal establece: "El que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores será castigado:

- 1º. Con seis años de presidio si fuere comerciante;
- 2º. Con tres años de presidio si no lo fuere".

El delito de alzamiento se constituye por a) ocultación de los bienes del deudor; y b) dicha ocultación debe hacerse con ánimo de defraudar a los acreedores.

En relación al primer requisito podemos decir que es preciso que el culpable oculte o haga desaparecer sus bienes y que quede a consecuencia de esta ocultación, en situación de insolvencia; puede consistir en la ocultación material de los bienes, o en su venta fraudulenta o simulada, o en la adquisición fraudulenta de obligaciones civiles que se traten de hacer efectivas sobre aquellos.

El delito también existe aun cuando los bienes no se oculten o se hagan desaparecer, basta sustraerlos del alcance del acreedor, siendo indiferente el medio empleado para la desaparición de los bienes.

En cuanto al segundo requisito, la ocultación o desaparición de los bienes debe realizarse con el propósito de defraudar a los acreedores, no es pues bastante, que el deudor quede insolvente ni que perjudique a sus acreedores, debe hacerse insolvente con ánimo de defraudarlos. Por consiguiente el elemento interno de este delito está constituido no sólo por la voluntad de ocultar o hacer desaparecer los bienes, sino por un dolo específico integrado por el ánimo de perjudicar a los acreedores.

2) Quiebra. El Art.479 del Código Penal preceptúa: "El quebrado que fuere declarado en insolvencia fraudulenta conforme al Código de Comercio, será castigado con tres años de presidio.

El delito esta constituido por dos elementos: a) un estado de quiebra. Quiebra según el Art.770 del Código de Comercio es el estado del comerciante que cesa en el pago corriente de sus obligaciones. b) Que el quebrado sea declarado en insolvencia fraudulenta con arreglo al Código de Comercio; observamos que el Art.479 del Código Penal al mencionar este delito no emplea la expresión "el que incurriere en insolvencia fraudulenta", sino que dice "el que fuere declarado en insolvencia fraudulenta", lo que significa que todo procedimiento en esta materia, ha de ser precedido por la declaración de insolvencia fraudulenta, hecha por el Juez Civil competente. El quebrado será declarado culpable de quiebra fraudulenta

cuando se hallare en alguno de los casos expresamente contemplados en el Art.795 del Código de Comercio.

3) Quiebra Culposa. El Art.480 del Código Penal establece: "El comerciante que fuere declarado en insolvencia culpable, será castigado con dos años de prisión mayor".

Sujeto activo de este delito son solamente los comerciantes: el sujeto pasivo es la masa de acreedores.

Este delito, de igual manera que la quiebra fraudulenta requiere: 1º. Un estado de quiebra; y 2º. Que el quebrado sea declarado en quiebra culpable por el Juez de lo Civil correspondiente. Este declarará culpable la quiebra cuando el quebrado se hallare en alguno de los casos taxativamente enumerados en los artículos 793 y 794 del Código de Comercio.

CAPITULO IX

LA SIMULACION EN EL DERECHO DEL TRABAJO

La definición de Justiniano sobre la Justicia: "DAR A CADA QUIEN LO QUE LE PERTENECE" ha caído en crisis, porque según ella la misión del derecho parece consistir en fijar las pertenencias de los hombres y en defenderlas, dando la impresión de ser una fórmula defensora de patrimonios, que ha descuidado proteger la vida humana.

Creo, siguiendo al tratadista don Mario de la Cueva, en su obra "Derecho Mexicano del Trabajo", Tomo I, que la fórmula futura de la justicia no será un producto de la razón filosófica, sino de la vida. Será una justicia vital y tendrá una expresión sencilla: "DAR A CADA QUIEN LO QUE NECESITE". Y su fundamentación es igualmente simple: la persona humana es una finalidad y tiene derecho a vivir una existencia digna.

El derecho del trabajo se presenta como la iniciación de un nuevo orden, que se afirma y descansa en el nuevo concepto de la justicia. Su idea es dar satisfacción a las necesidades del hombre que trabaja; pero no sólo se limita a las necesidades materiales del hombre sino que reclama también las libertades del espíritu.

El mundo actual se transforma vertiginosamente, debido a los grandes adelantos de la técnica; cambian las leyes y los usos sociales, pero el derecho del trabajo se afirma vigorosamente. Es mi anhelo más ferviente que los trabajadores avancen en sus conquistas para que disfruten de una vida mejor en armonía con su

dignidad de personas.

En relación al concepto del derecho del trabajo, me permito citar al Dr. Rafael Caldera, quien en su magnífica obra "Derecho del Trabajo", pag.76, dice: como ciencia nueva que es, no se ha generalizado todavía una definición del derecho del trabajo. Algunos autores rehuyen definirlo. Se limitan a describir su contenido. Pero con ello su objeto queda expresado en forma imprecisa y mudable, porque el contenido del derecho del trabajo varía según las circunstancias y el grado de desarrollo de las nuevas formaciones jurídicas. Al principio su objeto casi se limitaba a la reglamentación de las condiciones de trabajo y al estudio teórico del contrato de trabajo, que para la mayoría de los legisladores seguía siendo arrendamiento de servicios; hoy abarca instituciones que no se refieren al trabajo en sí, sino a la protección del trabajador más allá del trabajo. Tal sucede con el Seguro Social; pero aún suponiendo que la seguridad social llegue a constituir una rama distinta, es palpable que en otros aspectos el campo del Derecho Laboral aumenta: así, en algunos casos invade la regulación del trabajo independiente, mientras que en la concepción clásica, la materia sólo se refería al trabajo subordinado. Es preferible, pues intentar una definición conceptual y no limitarse a una delimitación descriptiva. Sin hacer un largo recorrido por las diversas definiciones propuestas, me he atrevido a formular una que quizás comprende todo el objeto propio de esta rama jurídica: DERECHO DEL TRABAJO ES EL CONJUNTO DE NORMAS JURIDICAS QUE SE APLICAN AL HECHO SOCIAL TRABAJO, TANTO POR LO QUE TOCA A LAS RELACIONES ENTRE

QUIENES INTERVIENEN EN EL Y CON LA COLECTIVIDAD EN GENERAL, COMO AL MEJORAMIENTO DE LOS TRABAJADORES EN SU CONDICION DE TALES".

Expuesto lo anterior, veamos como se proyecta la figura de la simulación en el derecho del trabajo.

Sabemos que el Código del Trabajo establece diversas medidas de protección en favor de los trabajadores, que se traducen no sólo en cargas económicas sino en limitaciones de la libertad de acción para el patrono, lo cual hace frecuentes las tentativas de evadir sus normas.

El procedimiento que se emplea es el siguiente: el patrono trata de encubrir la existencia real del contrato de trabajo con la apariencia simulada de otro contrato diferente.

Por ejemplo en el caso de los Agentes Vendedores, algunas veces los patronos tratan de hacer aparecer el contrato de trabajo como un contrato de naturaleza mercantil. Si los servicios del trabajador se ejercitan vendiendo al público productos de una empresa determinada, se pretende dar al contrato la forma simulada de una comisión mercantil. Si se analizan las modalidades de ese contrato simulado, en especial que el trabajador estuvo constantemente bajo la dirección y dependencia directa de la Gerencia de la Compañía en el desempeño de sus labores, no cabe otra conclusión que admitir la existencia de un verdadero contrato de trabajo, ya que la subordinación es elemento fundamental que sirve para distinguir al contrato de trabajo de las otras clases de contratos.

El caso más frecuente es dar al contrato de trabajo la apariencia de un contrato de sociedad. Se simula una sociedad dentro

de la cual una de las partes aporta el Capital y la otra el Trabajo. Se asigna al socio industrial una participación en las utilidades, y a veces se le va anticipando mes a mes una cuota fija a cuenta de las utilidades futuras; además se establecen otras cláusulas tendientes a disimular el hecho real de la prestación de servicios. Es evidente que muchas veces en la práctica resulta difícil distinguir si hay sociedad o contrato de trabajo, siendo la prueba de la subordinación la que servirá para demostrar el fin realmente perseguido por las partes.

También aparece la simulación en los contratos que celebran los empresarios de automóviles de alquiler con los motoristas, haciendo aparecer que dan en arrendamiento los vehículos, cuando en la realidad se trata de verdaderas relaciones de trabajo.

Otro caso se da en los negocios de barberías, cuando el dueño celebra con cada barbero lo que se ha denominado contrato de arrendamiento de silla, en virtud del cual pagan al dueño con la mitad de lo que reciben de los clientes por los servicios que les prestan. En realidad si se comprueba la supervisión que hace el dueño, mediante órdenes que deben acatar los barberos, medidas disciplinarias etc., debemos concluir que se trata de verdaderos contratos de trabajo.

En el ramo de la construcción, es frecuente presentar como contratista o subcontratistas a verdaderos trabajadores, con el propósito de burlar en caso de reclamo el pago de las prestaciones a que tienen derecho los perjudicados.

Es evidente, que si en el juicio correspondiente se comprue-

ba que en el fondo del asunto existe un verdadero contrato de trabajo, tendrá que declararlo el Juez y condenar en consecuencia al patrono al pago de las prestaciones correspondientes.

No debe olvidarse que las Normas del Código de Trabajo son de orden público; y su imperio interesa a la colectividad y al régimen jurídico, debiendo por ello aplicarse sin temores ni vacilaciones, al ser infringidas.

BIBLIOGRAFIA

- DERECHO CIVIL FRANCES - Planiol-Ripert
- DOCTRINA GENERAL DEL CONTRATO - Francesco Messineo
- DE LOS CONTRATOS - Arturo Alessandri Rodríguez
- APUNTES SOBRE LA TEORIA DE LAS OBLIGACIONES - Adolfo Oscar Miranda
- CODIGO CIVIL ANOTADO - Jorge Ortega Torres
- TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES - G. Marty
- EXPLICACIONES DE DERECHO CIVIL CHILENO Y COMPARADO - Luis Claro Solar
- NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA - Carlos E. Mascareñas
- DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO - Ignacio de Casso y Romero, Francisco Cervera y Jiménez Alfaro
- ELEMENTOS DE FINANZAS PUBLICAS MEXICANAS - Ernesto Flores Zavala
- NOTAS ACERCA DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA - Alfonso Moisés Beatriz
- PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL - Francisco Carrara
- DERECHO PENAL - Eugenio Cuello Calón
- TRATADO DE DERECHO PENAL - Luis Jiménez de Asúa
- DERECHO DEL TRABAJO - Rafael Caldera
- DERECHO MEXICANO DEL TRABAJO - Mario de la Cueva