

APORTACIONES HISTORICAS A LA
TEORIA DE LA SIMULACION



T E S I S
Que para obtener el Título de
Licenciado en Derecho
P r e s e n t a
JOSE LANDERO SIGRIST.

MEXICO, D.F.

1 9 6 7



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A MIS PADRES:

SR. RICARDO LANDERO CEBALLOS
SRA. ELISA SIGRIST DE LANDERO

Con profundo cariño, admiración, respeto
y gratitud como humilde recompensa a sus
sacrificios.

A MI HERMANO:

LIC. RICARDO LANDERO S.
Quien ha sido mi guía moral en -
la vida, y a quien debo mi forma
ción profesional.

PARA MIS HERMANOS

AGUSTIN --
MA. DE LOS ANGELES
Y JESUS.

Para todos mis familiares con-
discípulos y amigos, afectuosamente.

AL DR. GUILLERMO FLORIS MARGADANT.
Con el sincero reconocimiento y ---
respeto que merece, quien se ha en-
tregado en cuerpo y alma a servir a
la "Facultad de Derecho", y en agra-
decimiento a la inapreciable ayuda
que me ha brindado.

PROLOGO.

Este trabajo que viene a constituir la terminación de mi carrera profesional, versa acerca de una de las figuras de -- más difícil interpretación en nuestro derecho: "La simula- -- ción".

Esta figura ha sido ya tratada infinidad de ocasiones en diversas tesis profesionales, que la enfocan casi siempre desde el mismo punto de vista, por lo que el objeto de este sencillo trabajo es darle un cariz distinto; en consecuencia decidí concretarme a estudiarla exclusivamente en cuanto a sus antecedentes históricos; es por ello que me he permitido titularla "APORTACIONES HISTORICAS A LA TEORIA DE LA SIMULACION".

En relación con los períodos preclásico, clásico y post-clásico del derecho romano, la simulación ha sido analizada seriamente por multitud de autores. No puede decirse lo mismo de la etapa del derecho comprendida entre el Corpus Iuris y la oleada de las grandes codificaciones (Una etapa caracterizada por los glosadores, postglosadores, autores renacentistas y Usus Modernus Pandectarum, dejándose en esta tesis a un lado el derecho canónico y el Jusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII). Es por este motivo que me he preocupado por realizar un trabajo más a fondo sobre éstas diversas fases, a fin de que en el supuesto de que futuros investigadores se interesen en proseguir su estudio, se les facilite su labor.

Como encontré que un elemento básico para el desarrollo de la teoría de la simulación, había sido el Consilium 65 de Bártolo, he analizado sobre todo este dictamen medieval con todo detalle en la presente tesis.

Siendo la historia de la cultura una eterna cadena de re habilitaciones y redescubrimientos, creo que ahora les toca su turno, en nuestra especialidad a los autores medievales, -- tan famosos durante tantos siglos, y ahora tan olvidados. Es pero haber demostrado con esta tesis que el análisis histórico-dogmático de las instituciones jurídicas se enriquece considerablemente, trayendo a colación a dichos autores, que -- figuran en nuestras bibliotecas en numerosas buenas ediciones.

APORTACIONES HISTORICAS A LA TEORIA DE LA SIMULACION.

(desde el derecho romano hasta llegar a las codificaciones modernas)

S U M A R I O

- a) DERECHO ROMANO PRECLASICO.- b) DERECHO ROMANO CLASICO.- c) DERECHO ROMANO POSTCLASICO.- d) DERECHO JUS TINIANEO.- e) DERECHO MEDIEVAL.- f) DERECHO RENACENTISTA g) LA FASE POSTRENACENTISTA HASTA LAS CODIFICACIONES CIVILES.- h) LA PANDECTISTICA ALEMANA.

a).- DERECHO ROMANO PRECLASICO. En el derecho romano pre clásico no encontramos reglas o normas sobre la simulación -- tal como ahora la entendemos, ya que en aquél período era necesario recurrir a las formas establecidas por la Ley o la -- costumbre para realizar los negocios. Una vez que la forma -- del negocio estuviera perfecta, el negocio valía. Los elementos más subjetivos, como son: el consentimiento y la causa, -- no jugaban papel alguno al lado del elemento objetivo de la -- forma. Inclusive si bajo esta forma se disfrazaba la intención de esconder un negocio que no correspondía, típicamente, a tal forma, no por ésto se consideraba el negocio como inválido.

Esto nos lleva al tema de los "negocios aparentes" : debido, en aquél entonces, a la escasez de los medios jurídicos para realizar las operaciones, a menudo las partes debían hacer uso de ellos fuera de su función común y corriente. Los romanos se valían entonces de un subterfugio que, a primera vista, se parecía a la simulación, con el fin de conseguir un resultado jurídico deseado. Sin embargo, cuando durante el siglo pasado, el derecho romano fué estudiado en Alemania con una intensidad excepcional, los pandectistas de allí no querían dar el calificativo de "simulación" a tales actos, ya -- que faltaba el deseo de engañar al público, o al Estado; no -- había una fachada jurídica detrás de la que se escondiere una realidad distinta, ya que todo el público comprendía, por -- ejemplo, que la "in jure cessio" no era un proceso nacido de una controversia, ya que el testamento mancipatorio no era -- realmente una compraventa. Para estos casos la doctrina alemana del siglo pasado acuñó el término de "nachgebildete -- -- Rechtsgeschäfte", o sea "negocios que para su forma exterior imitan el aspecto de otro negocio típico". En este trabajo lo traduciremos por "negocio aparente".

Por lo dicho anteriormente vemos que en el primitivo derecho romano existían determinadas formas jurídicas como la -

mancipatio y la in jure cessio, que daban lugar a "actos aparentes", teniendo validez en tanto que ningún impedimento legal se opusiera a él en un caso concreto.

Así podemos observar como la mancipatio, que en sus orígenes había sido la forma típica para la compra-venta de ciertos objetos (res mancipi), posteriormente fué utilizada como un medio para donar (mancipatio nummo uno o sea "mancipatio por un centavo"), o con fines de garantía (mancipatio con pacto de retroventa al deudor después de la liquidación del adeudo), e inclusive para formalizar un testamento (testamento --mancipatorio).

Otra figura, también, muy usada, era la in jure cessio, -- consistente en un proceso ficticio desarrollado ante el Magistrado, teniendo el efecto, --deseado por las partes-- de hacer --constar la razón del actor (comprador), y la pérdida del derecho que el demandado (vendedor) pudiere haber tenido sobre el objeto de este ficticio pleito. Este proceso era utilizado --con relativa frecuencia, para transferir la propiedad de derechos reales, para la liberación de esclavos, la cesión de una tutela etc.

El "acto aparente" fué una creación del comercio jurídico así como de la jurisprudencia, una forma práctica aceptada por la costumbre e impuesta por las necesidades de la época. Había empero, ciertas restricciones al "acto aparente": la --apariciencia no podía entrar demasiado descaradamente en conflicto con el fin, el objeto perseguido; se debía guardar --cierto respeto a la naturaleza jurídica interna del acto celebrado bajo la forma aparente y no aplicarlo en negocios en --los que fuese imposible gozar de los beneficios resultantes --del acto formalmente celebrado: por ejemplo, no se podía aplicar la in jure cessio a actos en los cuales era imposible una reivindicación. Como puede observarse: era necesario conciliar hasta cierto grado la forma y la naturaleza jurídica del acto realmente deseado por las partes.

El "acto aparente" no persigue más que un fin puramente técnico, el de obtener un resultado aprobado por el derecho - mismo mediante la aplicación, un tanto forzada, de los medios existentes; es un recurso ideado por la necesidad, una tentativa de dar más flexibilidad a la práctica jurídica, sin aumentar el arsenal de los escasos negocios típicos, sino permitiendo la utilización de éstos fuera de sus límites originales; es el producto de un desequilibrio entre el ritmo de desarrollo de la vida jurídica real y el de los medios jurídicos normales. El traje de los medios jurídicos formales le queda chico a la realidad crecida.

Además de estos "actos aparentes" podía presentarse, en tiempos preclásicos, una verdadera simulación. Así vemos en el siglo IV a. c. que Licinio, para evitar el impacto de sus propias leyes agrarias, repartía concesiones entre sus hijos, con el fin de que su "domus" se quedara con ventajas superiores a las que correspondían al máximo legal (cf. la práctica actual de proteger un latifundio mediante distribución ficticia entre muchos miembros de una familia). Tales actos fueron considerados como anulables, a causa del evidente "fraude a la Ley".

Sin embargo, no llegó a formarse una verdadera teoría de la simulación, antes de la fase clásica.

b).- DERECHO CLASICO. Debido a las Leyes Caducarias de la época del Emperador Augusto, en las que se castigaba la soltería y falta de hijos, se buscó la manera de eludir las sanciones legales que este estado de cosas ameritaba, lo cual originó una gran cantidad de adopciones y matrimonios simulados. Además, como ya estaba desapareciendo el rigor formalista del derecho primitivo, y se iba ampliando el arsenal de los medios jurídicos que se encontraban a la disposición del público, ya no había tanta necesidad de utilizar, a causa de una escasez de formas jurídicas, ciertos negocios formales fuera de su natural campo de acción, de manera que si ahora -

vemos que se utiliza formalmente negocio A, deseando celebrar realmente negocio B, casi siempre se trata de una tentativa de burlar la Ley o engañar a personas ajenas al negocio.

Los juristas romanos habían elaborado toda una teoría sobre los casos de discrepancia entre voluntad y declaración; sin embargo, veían claramente que, en caso de simulación, se trataba de algo muy distinto: de una discrepancia entre realidad y apariencia, o sea entre sustancia y ficción. Constantemente los textos del Corpus Iuris sobre nuestro tema establecen una diferencia entre "quod actum est", "quod gestum est", por una parte, en oposición a la "scriptura" y los "verba", - por otra; y la cuestión consistía en determinar cuales efectos debían atribuirse al acto disfrazado, disimulado. En general encontramos la tendencia clásica de resolverse en favor de lo "actum" sobre lo "dictum", o de la "rei veritas" o la "substantia" sobre la "scriptura". En otras palabras, se encuentra la tendencia de favorecer lo realmente querido, pero con una restricción: que esta verdadera "substantia" reúna todas las condiciones necesarias para su validez. Si la simulación, como generalmente era el caso, tenía por objeto el eludir la Ley, muchas veces la "substantia" descubierta detrás de la fachada del negocio simulado, carecía de un elemento de validez, de manera que el negocio simulado no valía por ser simulado, y el negocio disimulado no valía por carecer de un elemento esencial o por violar alguna ley. Por lo tanto, después de descubrirse la simulación, muchas veces todo lo actuado venía abajo, lo simulado y lo disimulado. Pero, desde luego podía suceder que lo realmente querido reunía todos los requisitos legales, en cuyo caso quedaba el negocio disimulado como residuo, plenamente eficaz. Ejemplos: el derecho romano declaraba nulas las donaciones entre conyuges; por lo tanto, tal donación a menudo se disfrazaba como compraventa. Descubierta tal simulación, no quedaba ni compraventa, ni donación. Por otra parte, si hago a una amiga una donación, y la disfraga

zo de compraventa por convenir mejor a su reputación, descubierta la simulación puede quedarse una donación válida, siempre que no hayamos excedido el límite por encima del cual una donación, para ser válida, debe ser registrada públicamente - (requisito de la "insinuatio", precursor del actual requisito de una escritura notarial para importantes donaciones).

En el derecho romano también se hacía mención al caso de la interposición de una persona, a la que denominaba "supposita" o "subiecta" y que se caracterizaba por colocarse entre ambos contratantes, obrando por alguno de ellos como "hombre de paja".

En materia de interposición, se han establecido cierta cantidad de divisiones inútiles: Ferrara (1) después de rechazar las divisiones de Bechman (en cuatro figuras) y de Forrer (en tres) simplifica esta materia al máximo, proponiendo una división en dos figuras: la interposición real (lícita o fraudulenta) y la simulada. Una vez más, la terminología es pésima; toda interposición de un hombre de paja es simulada - como el mismo Ferrara la reconoce (pag. 344).

Ferrara dice que en el primer caso, la persona interpuesta adquiere una investidura jurídica, convirtiéndose en propietario, o en acreedor, según el caso, aunque sea en forma transitoria. Estamos cercanos al concepto anglosajón del trustee. En el segundo caso tenemos la presencia típica del hombre de paja, y según Ferrara, los resultados del negocio simulatorio se producen directamente en el patrimonio del verdadero contratante, no del hombre de paja.

Cada autor es libre para hacer sus propias distinciones; pero Ferrara no debe pensar que con la suya haya agotado el problema. En el derecho romano, es verdad que "plus valet -- quod agitur, quam quod simulate concipitur", de manera que, a

(1).- Francisco Ferrara, la simulación de los negocios jurídicos, traducción de Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, pag. 138.

primera vista, los resultados del negocio simulatorio, efectivamente, se producen en el patrimonio del verdadero contratante, y no en el del hombre de paja; tanto el verdadero contratante como cualquier tercero que tenga interés, pueden tratar de comprobar que se trataba de simulación, y que, por lo tanto, el negocio convirtió al verdadero contratante en propietario, respectivamente acreedor. Sin embargo, otros terceros, - que tuvieran precisamente interés en que los resultados del negocio simulatorio se produjesen en el patrimonio del hombre de paja, pueden insistir en la validez de lo simulado, y en caso de conflicto entre el grupo de terceros que desea ver -- los resultados producidos en el patrimonio del verdadero contratante, y otro grupo de terceros que tienen interés en mejorar la solvencia del hombre de paja, el segundo grupo triunfa en igualdad de circunstancias, o sea si ambos grupos de terceros son de buena fé. Por lo tanto, la situación que resulta -- del derecho romano no es tan sencilla como Ferrara la presenta. También terceros de buena fé que hayan comprado del hombre de paja, habrán efectuado una compraventa válida, y triunfarán sobre el "verdadero contratante" y sus causahabientes - (véase Dernburg, Pandectas, par.100, notas 6 y 7).

c).- DERECHO POSTCLASICO. En la literatura clásica, como la conocemos por los fragmentos conservados en el Digesto, la "simulatio" figura frecuentemente en relación con otros temas, pero uno no recibe la impresión de que haya sido objeto de tratamiento monográfico. Así en el Digesto, la "simulatio" no merece título especial; los casos de simulación se encuentran dispersos entre muchos títulos de esta obra. El Postclásico Código de Teodosio tampoco le dedica un sector propio, y es sumamente raquítico en cuanto a este tema. Una vez se menciona la "simulatio", en Cf 9. 41.1, a causa de un error de -- transcripción (la palabra debería ser "insimulatio", o sea -- acusación ante un tribunal imperial, como señala Godofredo en su todavía famosa edición renacentista de esta obra); una se-

...

gunda y última vez se menciona allí la simulatio en CT - - - 12.1.33, una norma que echa una luz no muy favorable sobre la condición política del Bajo Imperio; Constancio, en esta constitutio, se queja de que muchos ciudadanos tratan de evadir - las molestas funciones municipales, y decreta que cualquier - ciudadano con más de 25 "iugera" de tierra debe estar a la -- disposición para ser consejero municipal; ¡y que no trate de escaparse mediante simuladas ventas!, ya que, en tal caso, el fisco tomará lo que haya sido vendido sin verdadera intención de trasladar el dominio. Cabe notar que esta constitutio no - ha sido trasladada al Codex de Justiniano (véase la primera - nota a esta norma, por Godofredo). Así debe considerarse como una innovación cuando Justiniano, por encima de la dispersión que caracteriza a este respecto al Digesto, y el casi silen - cio del Codex de Teodosio, dedica a nuestro tema un título es - pecial, el C.4.22.

d).- EL DERECHO JUSTINIANO. En C.4.22, la "sedes mate-- riae", encontramos en orden cronológico cinco citas, una de - Valeriano y Galieno (259) y cuatro de Diocleciano y Maximia - no, las cuatro de 294 d.C. En C.4.22.1 Valeriano y Galieno -- nos enseñan que "en los contratos hay que fijarse más bien en la verdad de las cosas que en lo escrito", es decir: si la fa - chada del texto contractual disimula una relación jurídica -- distinta, ésta merece la preferencia sobre aquélla.

C.4.22.2 y 3 se refieren a típicos casos concretos de si - mulación. Primero se analiza el caso del marido que quiera ha - cer una donación a su esposa, en contravención de la prohibi - ción legal respectiva y que hace figurar a su esposa como com - pradora en una compraventa en la que él mismo es el verdadero comprador; Diocleciano y Maximiano recomiendan que el "prae-- ses provinciae" investigue los hechos y que en caso de compro - barse la situación descrita, de la preferencia a la "substan - tia veritatis", que no puede ser cambiada por "acta simulata". El próximo caso es el de un contrato de prenda, disfrazado co

mo compraventa con pacto de retroventa. Para saber si deben aplicarse las reglas de la compraventa o de la prenda, los Emperadores recomiendan que se fije el juzgador en lo "gestum", y no en lo "scriptum". Este caso debe haber alcanzado más importancia, una generación después, cuando Constantino suprimió el "pactum commissorium", medida que debe haber animado a muchos acreedores para disfrazar contratos de prenda como contratos de compraventa con pacto de retroventa.

C.4.22.4 se refiere al "hombre de paja", en cuyo caso -- "plus actum quam scriptum valet" o sea, las consecuencias se realizan en el patrimonio del verdadero, escondido, contratante y no en el patrimonio del que figura como contratante según el texto del contrato.

Finalmente, C.4.22.5 se refiere a un tema ajeno al nuestro; confiado, un propietario firma un contrato que se le somete, pensando que es un contrato de arrendamiento, mientras que, realmente, se trata de una compraventa. El contrato firmado no vale ahora, ni como arrendamiento ni tampoco como compraventa, por falta de "consensus". Es evidente que este caso pertenece, no a la simulación, sino al tema del error in negotio.

e).- EL DERECHO MEDIEVAL.- Una fase generalmente descuidada de la historia del derecho, es la del derecho romano medieval. Por haber encontrado en el seminario respectivo algunas fuentes que precisamente nos permiten hacer sobre esta -- etapa un trabajo, en cierto sentido original, le dedicaremos más espacio de lo que es normal en un estudio sobre la simulación. El lector habrá notado que, en cambio hemos tratado con mayor brevedad las fases del derecho romano clásico y bizantino, ya tantas veces analizadas por otros autores.

El derecho romano medieval pasa por dos épocas, separadas por la "Gran Glosa". La primera es la de los glosadores, desde 1090 (redescubrimiento del Digesto, en Pisa, por Irnerio) hasta 1227 (fecha probable de la primera publicación de

la Gran Glosa de Acursio, compilación de los principales comentarios que los glosadores habían producido sobre el Corpus Iuris).

Para tener una idea del pensamiento de los glosadores sobre la simulación, hemos analizado, por lo tanto, la Gran Glosa, que tenemos en el Seminario en una pulcra edición de 1550 de Lyon. Cabe notar que, por sus abreviaturas, es algo difícil de leer. Hemos limitado nuestro análisis a las glosas, -- allí mencionadas, al C.4.22.

Acursio primero cita el principio general de que "in contractibus rei veritas potius quam scriptura perspici debet" e ilustra éste mediante un claro ejemplo: para eludir la restricción a las donaciones entre cónyuges, compro un terreno con mi dinero, pero hago formular la escritura como si mi esposa hubiera comprado. ¿Que prevalece ahora? ¿La realidad o la escritura?. Evidentemente la realidad; por lo tanto, la operación no vale. Luego, en la segunda glosa, "in contractibus", Acursio cita varios lugares del C.J. que confirman este principio, pero también algunos lugares donde la regla no ha sido aplicada por los clásicos resp. bizantinos ("fallit haec regula ..."). Por lo tanto, los glosadores se dieron cuenta de la prudencia casuística que mostraron los antiguos a este respecto: la predominación de la veritas sobre la scriptura no era un principio mecánico que ciegamente se aplicaba.

Las glosas "Acta simulata", "Emptione" y "Si quis" dan claros ejemplos didácticos sobre la simulación, sin añadir -- sorpresas. Interesante, empero, es el hecho de que la simulación de una compraventa para esconder un contrato de prenda -- relacionado con un préstamo con intereses usurarios, no vale, no por tratarse de un acto simulado, sino por tratarse de una situación que, en su fondo, es antijurídica, y por lo tanto, por tratarse de un contrato "in fraudem legis" (Glosa -- -- "Emptione"). Los glosadores sintieron, por lo tanto, que el --

...

simple argumento de simulación no era, per sé, suficiente para la anulación de un negocio, por lo cual Acursio, en este caso, prefiere referirse al "fraus legis", más bien que alegar simplemente que "plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur".

La glosa comenta aún el curioso caso de C.4.22.5 en el cual, como ya señalamos mi apoderado me hace firmar un contrato de compraventa de una casa, haciéndome creer que se trata de un contrato de arrendamiento. ¿Que vale ahora? ¿La compraventa o el arrendamiento? ¡Ninguno de los dos!. No vale la compraventa, ya que falta el consentimiento; y no vale el arrendamiento, ya que el texto del contrato no corresponde a él. Estamos en presencia de un caso de simulación sin intención de presentar una fachada distinta de una realidad, y la dogmática romanista actual preferiría tratar este ejemplo bajo el tema de "consentimiento y sus vicios" (error), más bien que en relación con la simulación.

En cuanto a la fase de los postglosadores, (1227 hasta el renacimiento), aunque esté representada en la biblioteca del seminario por varios autores, no era difícil escoger al escritor que sería el punto de partida de la investigación: en toda la literatura renacentista encontramos, para nuestro tema, referencias al Consilium 65 del primer tomo de los Consilia de Bártolo, un Consilium que localizamos en la página 17 reverso del tomo 10 de las Obras de Bártolo, edición veneciana de 1596.

Primero unas palabras sobre la personalidad de este jurista, tan famoso en su época y aún durante varios siglos después. Nacido de familia humilde, en 1314, en Sassoferrato (Ancona), se fué a estudiar en la Universidad de Perugia, bajo el famoso y culto postglosador Cino. Este profesor le enseñó, de la manera de los postglosadores, a mirar más allá del Corpus Iuris y de la Gran Glosa, y a mezclar la enseñanza del derecho justiniano con costumbres contemporáneas, la legisla

ción medieval, e ideas propias. Después de completar sus estudios en Bologna, todavía la mejor facultad de Derecho de -- aquél entonces, se doctoró en 1334, a la edad de 20 años. Luego trabajó unos años en el poder judicial y en la enseñanza, en varias ciudades; en 1343 Bártolo fué nombrado catedrático en la floreciente ciudad de Perugia, donde vivió hasta su -- muerte en 1357, a la edad de 43 años. Las autoridades locales y el mismo Emperador lo colmaron de honores y privilegios, y sus obras alcanzaron autoridad de Ley en varios países. Estas obras comprenden: sus "Commentaria", interpretaciones y glosas respecto de varias citas del Corpus Iuris, producto de su labor didáctica; sus "Quaestiones", resultados de un análisis público de citas controvertidas, de las que el autor desarrolló cada vez los dos aspectos opuestos, optando finalmente -- por una de las dos soluciones y justificando su opción; varios "Tractatus", monografías sobre temas de derecho público y privado (aquí encontramos su "Tratado de los Ríos", con complicadas indagaciones matemáticas sobre la repartición de la isla nacida en el río, y su pintoresco "Proceso entre el Diablo y la Virgen"); y sus "Consilia", dictámenes rendidos a petición de algún juez o de particulares. Eliminéndose las duplicaciones, conocemos unos 350 consilia de Bártolo. Cada vez se relatan primero los hechos del caso, y luego, después de -- una frase de índole religiosa, vienen los argumentos que favorecen a cada una de las partes, con amplia referencia al Corpus Iuris y otras fuentes; luego sigue la decisión que Bartolo recomienda.

Ya lo hemos dicho: básico para el estudio de la simulatio en la segunda vida del Derecho Romano es el Consilium 65, del primer tomo de estos Consilia. Al comienzo el editor resume las cuestiones aquí tratadas en 7 puntos:

1.- Que el contrato haya sido hecho fraudulentamente, es algo que no puede alegar un heredero extraneus, pero sí el -- acreedor de uno de los contratantes.

...

2.- El heredero del donante y el donante mismo pueden -- alegar que la donación ha sido simulada,

3.- ¿Cuáles clases de contratos simulados existen?

4.- Cuando se alega que un contrato es simulado, debe indicarse también de cuál clase de simulación se trata, y cuál haya sido la causa de la simulación.

5.- No se puede concluir que una acta de donación es simulada por el simple hecho de que el donante haya quedado en posesión de las cosas donadas.

6.- ¿En qué casos elimina una cláusula contractual la -- presunción de ficción o simulación?

7.- ¿Cuando queda eliminado el argumento de que hubo simulación, por la renuncia a la exceptio simulationis?

Luego viene el Consilium mismo, en el cual el editor ha indicado con cifras 1-7 en qué lugar quedan tratados los puntos arriba mencionados. Se trata de un Consilium, probablemente dirigido a un juez o árbitro. Como de costumbre, Bartolo nos explica primero los hechos del caso.

"La situación facticia es la siguiente: Pedro Nicolae donó a Nicolás Cechi, su nieto carnal, ciertas propiedades y -- tierras, mencionadas en una acta de donación, que se encuentra en poder de usted, escrita con la mano de Mateo Bello.

Sin embargo, después de esta donación, Pedro conservaba en su poder aquellas mismas tierras, y las poseía como uno -- guarda y posee sus propias cosas, lo cual ha sido comprobado mediante testigos.

Luego, después de la muerte de dicho Pedro, el mencionado Nicolás tomó aquellas cosas en posesión, y ahora les guarda y posee.

Luego viene, empero, Sanctes Vitii, también un nieto carnal de Pedro, diciendo que es coheredero ab-intestato de Pedro, y pidiendo que Nicolás le transfiera la mitad de los bienes contenidos en el precitado documento, atribuyéndoles a él en perjuicio del multicitado Nicolás. Ahora surge el problema

...

de saber hasta qué grado vale el mencionado documento y si debe considerarse jurídicamente eficaz, o si debe presumirse -- que se trata de un documento ficto. Después de leer el documento de dicha donación y de meditar sobre el derecho de ambas partes --in nomine Domini amen-- y después de estudiar la exposición de los hechos del caso me encuentro con una duda -- sobre el problema propuesto, en relación con D.20.6.8.7 (* a), de cuyo texto vemos que, si el vendedor o donante queda en posesión de la cosa enajenada, se presume que el contrato es -- ficticio o fraudulento".

La cita en cuestión reza:

"No tiene gran objeto examinar si el terreno hipotecado en forma especial haya sido vendido con consentimiento del acreedor, en caso de que el terreno haya quedado entre las manos del mismo deudor hasta el momento del ejercicio de la acción hipotecaria. Es verdad que podría darse el caso de que el deudor haya vendido el terreno -- con consentimiento del acreedor y que luego lo haya comprado de nuevo, de buena fé, del comprador o de su causahabiente; también es posible -- que el deudor haya llegado a ser el heredero del comprador. Sin embargo, si el deudor no ha liquidado su deuda original, se sospecha que obró de mala fé --una mala fé, consideramos, que perdura hasta el momento del ejercicio de la acción hipotecaria-- de manera que el acreedor podrá oponer la replicatio doli mali".

(* a) citamos el Digesto aquí en forma moderna: por la ausencia de ediciones estandarizadas, Bartolo cita por las primeras palabras de los títulos y luego "fragmentos" -- del C.J. de manera que cada una de sus citas da lugar a una pequeña tarea de investigación.

...

Explicación nuestra: A recibe una garantía hipotecaria de D(deudor); D le pide permiso de vender el terreno hipotecado a C(comprador), purgando la hipoteca y prometiendo que con el producto de la venta le liquidará el adeudo. A, bon dadosamente, dá su consentimiento. D nunca le paga. Luego A ejercita la acción hipotecaria, descubriendo que D continúa poseyendo el terreno como antes. D opone como excepción el argumento de que A mismo dió su consentimiento para la venta, de manera que la hipoteca quedaba purgada. Sin embargo Marciano ofrece al perjudicado A, la replicatio doli mali, diciendo que, si D continuaba en posesión del terreno, hay una probabilidad tan grande que se trataba de una venta simulada entre D y C, que no tiene gran objeto averiguar si A dió o no dió su consentimiento para dicha venta. Desde luego, Marciano reconoce la posibilidad de que D se haya comportado en forma limpia, volviendo a comprar el terreno de buena fé, o resultando ser heredero de C; pero se trata de una eventualidad bastante remota (en caso de que el Praetor recibiese la impresión de que esta -- eventualidad se presentaba en el caso concreto, siempre podría negar dicha replicatio, o hacer - su eficacia condicional mediante la añadidura de una replicatio, concedida a D).

Conclusión: efectivamente, la continuación - del terreno en manos del "vendedor" crea la presunción de que la venta haya sido simulada.

Continuemos con el Consilium de Bartolo.

"Sobre este primer punto debe decirse que si alguien - quiere alegar que el contrato haya sido hecho fraudulentamente, pero esta persona es el mismo donante o enajenante, no se

...

debe escucharlo, como podemos ver en C.8.56.4, donde se habla de este caso, y en C.7.8.5."

La busca de estas citas ilustra las dificultades con que se enfrenta el investigador de la literatura jurídica medieval. Para la primera cita, -- Barloolo nos refiere a un título del Codex que es "d. dona. que sub mo", algo que evidentemente -- significa "de donationibus quae sub modo vel conditione vel certo tempore conficiuntur" o sea C. 8.55. En este título debemos buscar, según Bartolo, la cita que comienza con "Cum confitearis". Tal cita no existe. Sin embargo, el próximo título, "De revocandis donationibus" contiene una cita que comienza por "cum profitearis", y, efectivamente, esta cita se refiere a nuestro problema ¿Como explicarse esta anomalía? La confusión entre "confitearis" y "profitearis" es explicable: los dos términos significan lo mismo, y por el abundante uso de abreviaciones en los manuscritos medievales es posible que el ejemplar del Codex que Bartolo tuvo a la vista realmente habló de "profitearis"; también es posible que el mismo Bartolo se equivocó. En cuanto a la confusión entre título 55 y 56 del octavo libro del Codex, es posible que el título 56 comenzó a mediados de una página, de manera que, a la cabeza de la página figuraba el nombre del título 55, y Bartolo, por inadvertencia, nos mandó así al título equivocado. En cuanto a la cita C.7.8.5, Bartolo nos manda buscar una "Lex" que comienza con las palabras "si ex creditoribus". Tal "Lex" no existe: pero si existe una "Lex"-- y es la que se refiere a nuestro caso-- que comienza por "si credito

...

ribus". En este caso se trata claramente de un error de Bartolo: la añadidura de "ex" no hace sentido, y no puede haber figurado en el manuscrito que él haya utilizado.

Las citas en cuestión rezan:

C.8.56.4: "si alegas que has donado algo en fraude de un tercero, comprendes que tu argumento contiene un elemento deshonesto, de manera -- que, en relación con tal donación no puedes re-- clamar la revocación, diciendo que te arrepientes de tu acto". Encontramos aquí, por lo tanto, una ilustración del principio de que "nemo auditur propriam turpitudinem allegans"; uno tiene -- que presentarse ante la justicia con las manos -- limpias, "with clean hands": véase la "cause cé-- lébre" de C.4.7.5.

C.7.8.5. : "si los acreedores han recibido -- satisfacción, las esclavas que habían sido manu-- mitidas a pesar del hecho de que servían de ga-- rantía de las deudas, quedan libres, y si el pro-- pio ex-dueño se atreve a decir que les había ma-- numitido para defraudar a sus acreedores, tratan-- do de obtener así la anulación de la manumissio, no hay que escucharlo, ni tampoco a sus herederos". Por lo tanto, otra ilustración del "nemo -- auditur", esta vez reforzada por el principio -- del "favor libertatis" (una situación jurídica -- controvertida siempre debe interpretarse a favor de la libertad, no de la esclavitud). En este úl-- timo caso, el obstáculo del "nemo auditur" ¡es -- "expressis verbis" extendido a los herederos! He aquí el problema que se presenta ante Bartolo: -- Un heredero es normalmente identificado a tal -- punto con la situación jurídica del de cuius, --

que no puede alegar que un acto simulado, realizado por el de cuius debe anularse: si el de cuius tenía "las manos sucias", el heredero también queda oloqueado por el "nemo auditur". Sin embargo, Bartolo no quiere dar un alcance demasiado absoluto a este principio, como veremos en seguida.

"Pero si el heredero del donante o del enajenante quiere venir con tal argumento para la anulación, y si se trata de un heredero a quien el de cuius debía dejar algo (como un patrón, heredero respecto de su liberto, que es el de cuius") - entonces queda admitido para alegar la revocación de lo fraudulentamente efectuado, comprobando lo necesario. Véase C.6.5. 2. y fíjese allí en la glosa a la palabra revocaré".

"No.gl." podría ser: "nuestra glosa"; sin embargo, como Bartolo no hace ninguna glosa en su comentario al Codex, a este término especial, preferimos traducir "no.gl." por "nota glossam", o sea: "fíjese en la glosa", lo cual nos refiere a "la glosa", o sea la de Acursio que si tiene un comentario especial a dicho término.

La cita del Codex reza: "cuando el liberto - ha muerto, el patrono que le sucede ab-intestato puede revocar las enajenaciones hechas en defraudación suya, mediante la actio calvisiana; pero como en este caso el patrón ha ratificado la donación hecha por el liberto, después de la muerte de éste, los herederos del patrón de ninguna manera pueden ir en contra de la voluntad de éste".

De esta cita vemos claramente que el patrón, aunque heredero del liberto, no siempre tiene -- las "manos sucias" donde el liberto (de cuius) - las tenía, conclusión confirmada también por la

glosa de Acursio, a la que Bartolo se refiere expresamente, que dice: "en este caso, por lo tanto, el heredero puede hacer algo que el difunto no podía hacer, etc."

Bartolo continúa: "si, empero, se trata de un heredero a quien el difunto no tenía el deber de dejar algo, entonces el heredero no puede ir en contra del acto simulado efectuado por el de cuius, exactamente como el mismo de cuius no podía hacer anular tal acto, como se dice en tal Ley".

¿ A cual "Ley" se refiere Bartolo? A C.6.5.2, según creemos, (véase nuestra traducción antecedente) y se basa probablemente en la última frase de dicha "Ley", interpretando el "aius" como referido al liberto y no al patrón. Así llega a la conclusión de que los (demás) herederos del liberto no podrían ir en contra de la donación; en cambio el patrón sí. ¿Porqué? Porque el patrón tiene siempre derecho a la herencia; los demás no necesariamente. Salta a los ojos que esta distinción nace de una equivocada traducción de -- C.6.5.2.

Traducción Correcta

Pero, como en este caso el patrón ha ratificado la donación hecha por el liberto, después de la muerte de éste, los herederos del patrón de ninguna manera pueden ir en contra de la voluntad de este patrón.

Traducción que Bartolo parece adoptar

Pero, como en este caso el patrón ha ratificado la donación hecha por el liberto, después de la muerte del liberto los demás herederos de éste (sc. no teniendo derecho a una portio legítima) no pueden ir en contra de la -

...

voluntad del de cuius.

Debemos reconocer, empero, que Bartolo hace un -- uso muy hábil de su equivocada traducción, llegando a conclusiones recomendables, aunque no contenidas en el Corpus Iuris.

Continúa Bartolo: "Ahora bien, en el caso concreto, el mencionado nieto carnal Sanctes Vitii del mencionado Pedro, el donante, no pertenece a una clase de herederos a quienes el difunto hubiera debido dejar algo, ya que es un "extraño" (extraneus) de manera que no tiene derecho de alegar que la donación haya sido efectuada con fraude; --es evidente--. Pero si un tercero, en vista del perjuicio que haya sufrido, quisiera alegar que hubo simulación fraudulenta, creo que se le debe escuchar, si es -- acreedor, siempre que logre comprobar los elementos requeridos en D.42.8, ("lo que se hizo en defraudación de los acreedores"), y así lo confirma D.20.6.8.7.

Sin embargo, de acuerdo con lo anterior, en mi opinión ésta Ley no es aplicable al caso concreto; en éste, un heredero (sin derecho a portio legitima) sale perjudicado, y en el supuesto -- de dicha Ley, un acreedor".

Obs. ¿Como es posible que un nieto carnal sea un "extraneus", en vez de ser un "heres suus"? Es evidente que se trata, aquí, de nietos ilegítimos, y que el término de "carnal" es utilizado por Bartolo en el sentido de "ilegítimo" (cf. la distinción, tan cara a siglos pasados, entre "lo natural" y "lo jurídico", a la que aún debemos el desagradable término de "hijo natural"; la carne es un elemento tan típico de lo natural, que la utilización de "carnal" en sentido de "natural" no es sorprendente).

Como el segundo nieto "carnal" reclama la mitad de la herencia ab-intestado, parece que en -- tiempos de Bartolo los descendientes ilegítimos --

podían reclamar una sucesión, por vía legítima, - pero no gozaban de una "portio legítima", en caso de testamento.

"Veamos ahora el segundo punto: I) ¿Puede realmente alegarse que la donación estaba simulada? Y, en caso afirmativo, II) ¿En que forma debe presentarse entonces este argumento? ¿Es suficiente comprobar que el donante siguió poseyendo el objeto donado, posteriormente a la donación? (III) Pero, además, debemos ver si en caso de contestar afirmativamente a la pregunta anterior, tal presunción queda quizás sin efecto si el donante hace constar que está poseyendo a nombre del donatario. IV). Además debemos ver cuál es el efecto de una cláusula contractual en la que el donante renuncia de antemano a toda excepción de simulación.

En cuanto al primer punto, no hay problema: tanto el perjudicado como sus herederos pueden alegar que hubo simulación - - (véase C.4.22, D.18.1.55, D.50.17.16, C.8.28.10, D.39.3.12, - - C.4.50.4, C.4.50.5)".

Obs: pero no el heredero de la persona que provocó la simulación, a no ser que se tratara de un heredero con portio legítima, como hemos visto.

"En cuanto al punto II) ¿En qué forma debe presentarse el argumento de que hubo simulación? Cabe saber al respecto, que la simulación toma tres formas:

A.- En realidad, las partes quieren obtener el resultado traslativo que también surge del contrato simulado (cf. C.4.22, todo del título C.4.38.9). En tal caso, el que recibe, realmente adquiere en caso de que la causa del contrato permite tal -- traslado de dominio, como confirma C.4.38.9.

Obs. : Bartolo quiere decir, evidentemente que el efecto traslativo de dominio, que corresponde al contrato-fachada también corresponde al contrato oculto, disimulado, que está conforme con la verdadera voluntad de las partes. Ejem.: una dona

ción es disfrazada de compraventa.

"B.- Se considera como una segunda forma de simulación la que se presenta cuando el contrato es real, pero solo debe durar poco tiempo (por ejem. cuando el comprador se obliga a volver a vender inmediatamente: véase D.40.1.4.2)".

Obs. Bartolo se equivoca con la cita; se refiere a D.40.1.2.2, pero la cita correcta es evidentemente D.40.1.4.2.: 2 y 4 se confunden fácilmente en la escritura antigua.

"Y, como dicha cita señala, es de la naturaleza de esta -- forma de simulación que debe constar en forma expresa en un pacto simulatorio".

"C.- La tercera forma de simulación que se menciona, se -- presenta en el caso de contratos aparente celebrados, mientras que la mente de los contratantes no colabora. En tal caso, nada sucede. De este supuesto habla la mencionada "Lex nuda" y la -- "Lex imaginaria", además de D.23.2.30. y D.39.3.12. En mi opinión, los contratos de esta clase tratan de provocar una apariencia (como en caso de que una parte tema a un tirano o alguna medida de una democracia, o cuando se trata de evitar una -- carga etc.). El típico caso es el de que uno vende sus bienes, o parte de ellos, a otro mientras que en realidad se conviene que no habrá traslado de dominio, sino solo una apariencia de -- tal traslado.

Resulta de todo lo anterior, --a causa de las múltiples -- formas que puede tomar la simulación-- que cualquier persona -- que afirme que un contrato fué simulado, en su acción o en su -- excepción, debe decir también de cuál clase de simulación se -- trata. De lo contrario, su afirmación sería demasiado vaga; si el interesado no hace una aclaración adicional respectiva, la -- parte contraria será absuelta de la acusación de haber simulado (D.2.13.3 pr., & Lex Pomponius scribit in fine, De Rei Vend.). Estas citas hablan de la acción, pero lo mismo pueden decirse -- de la excepción como resulta de D.43.12.1.16 y de D.3.5.17. --

(véase también D.39.1.8.5.), y además de la glosa sobre la palabra "Probaretur" (Acursio).

Así, si una parte dice que el contrato está simulado, y no indica de cuál clase de simulación se trata, es como si no dijera nada.

En segundo lugar, las afirmaciones sobre la simulación de un acto jurídico con el fin de hacer aparentar algo o de esconder algo, deben ser acompañadas de la indicación de una causa.

A primera vista, la afirmación ya sería suficientemente concreta si se dice que se trata de la tercera forma de simulación; pero no es así! También debe indicarse cuál es la causa concreta del temor, de la sospecha etc. que indujo a las partes a simular la donación; es que la simulación no se presume mientras que no aparezca su causa (D.25.2.21 pr, D.40.9.14.5, donde se señala que no puede decirse que una donación haya sido efectuada por miedo a la muerte si no hubo realmente un peligro inminente; D.39.5.1,2). De lo anterior resulta que no puede decirse que una donación se hizo en disimulación de otra realidad, si no se hace una aclaración en el sentido arriba explicado.

Conclusión: si se afirma que un acto es simulado, debe indicarse a) su clase y b) su causa.

Por lo anterior resulta que del solo hecho de que el donante quedó en posesión del objeto donado después de la donación, no debe concluirse que se trata de un acto simulado, ya que del simple hecho de tal posesión perpetuada no podemos ver la causa de la simulación que debe ser presentada por el que pide la anulación del acto, para que realmente compruebe su afirmación. Ninguna objeción al respecto puede derivarse de D.20.6.8.7. por que allí se comprende claramente cual haya sido la causa: la venta fué evidentemente simulada para perjudicar a un acreedor, y ésto es algo que alega el mismo acreedor, y no el vendedor o sus herederos, como ya hemos señalado. Para todo lo anterior también puede consultarse lo que escribí como comentario a D. 39.5.15, o sea que siempre debe aparecer la causa por la que se

presume la simulación de una donación.

En cuanto al tercer punto, o sea la cuestión de saber si la cláusula de que el donante seguirá poseyendo precariamente el objeto donado, elimina toda objeción contra la realidad de la donación, debemos contestar que sí: C.8.54.28, D.6.1.77, - - - D.41.2.36/37, donde se expresa, correctamente según mi opinión, que tal cláusula hace inatacable la situación si no aparece ninguna causa por la que pudiera haber ficción o simulación; pero todo cambia si aparece tal causa: entonces se presume la simulación del acto por el cual el enajenante se transformó de propietario en poseedor (constitutum possessorium) como sucede no solo en la compraventa y donación, sino también en otros contratos (C.4.3.1.2), y debe seguir una entrega corporal. En dicha cita hubo precisamente el temor de simulación, y se quiso evitar que el pobre cliente prometiera demasiado o prometiera en condiciones indebidas al abogado; por ésto precisamente se requirió la entrega real, corporal".

Obs.: lo que quiere decir Bartolo es que una cláusula que hace constar el constitutum possessorium no protege necesariamente el contrato contra la acusación de ser simulado. Si no habría ninguna causa visible por la que las partes simularían algo distinto de lo que estaban haciendo, tal cláusula es inobjetable; pero si existe tal causa, la cláusula del constitutum possessorium no salva el contrato.

"En cuanto al cuarto punto, de la relevancia o irrelevancia de la renuncia anticipada a la exceptio simulationis, he contestado que la declaración de que se afirmara que el contrato no es simulado, es una declaración que no carece de interés; sin embargo, si resulta que hubo simulación de acuerdo con el derecho arriba expuesto, entonces, por la misma razón por la que se considera comprobada la simulación de la substancia del contrato, también se debe considerar comprobada que la renuncia es --

afectada por simulación (D.46.2.19. tercera frase a partir de - "diversum").

Conclusión: no se puede decir que hay fraude o simulación - en el caso presente aunque se hubiere tratado de una donación - de todos los bienes, y esto a pesar de lo que dice D.42.8.17.1."

— o —

Otras observaciones acerca de la simulación se encuentran - en el comentario de Bartolo al Codex, al título 4.22.

Allí no considera que toda simulación produzca necesariamente la nulidad de lo simulado, como veremos.

Primero habla del caso de que por error de ambos contratantes exista una discrepancia entre lo escrito y lo real. Uno puede objetar que en este caso no se trata de simulación; sin embargo, Justiniano añadió a los casos de simulación estudiados - en C. 4.22, la constitutio # 5 de este título, que se refiere - al propietario que firma una escritura de compraventa, pensando que se trataba de un contrato de arrendamiento. Así introdujo, para los romanistas medievales, una confusión entre el moderno (y probablemente clásico) concepto de simulación, y el concepto de dolo o error. Como los pensadores medievales trataban los -- textos de autoridad con gran respeto (independientemente que se tratase de Aristóteles, el Corpus Iuris o la Biblia), no puede esperarse de Bartolo una actitud suficientemente crítica frente al Codex como para separar de su tema de simulación, un caso -- que según Justiniano pertenecía al mismo.

Si ambas partes se equivocaban en la expresión escrita, pero estaban de acuerdo respecto de lo que realmente sería el objeto del contrato, su error no tenía importancia y la realidad prevalecía sobre lo escrito, según la opinión correcta de Bartolo.

El próximo ejemplo que Bartolo allí pone, tampoco se refiere, para nosotros, a la simulación, sino más bien al dolo (hemos visto, empero, que el Corpus Iuris ofrece bases para confundir estos dos conceptos). Se trata de un contrato que dice algo

...

distinto de lo que realmente se hace, por dolo de alguna de las partes, de manera que la otra parte se equivoca (recuérdese que el dolo tiene la consecuencia de que la parte contraria incurra en un error provocado). Ahora opina Bartolo que el contrato vale, no según lo escrito, sino según lo que realmente las partes han convenido.

Luego Bartolo se pregunta cuáles son ahora las consecuencias de un contrato que dice algo distinto de lo que realmente se hace, por consentimiento entre ambas partes. Con esta hipótesis entramos en un tema que, también para nosotros, los moder--nos, es el de la simulación.

La solución que propone Bartolo, no es simplemente que lo --real vale, y lo simulado es nulo. Nos presenta una solución --tripartita.

- a). En primer lugar puede ser que lo real es ilegal, y necesita la fachada protectora del negocio simulado. En tal caso, ni lo que se simula, ni tampoco lo que realmente corresponde al consentimiento de las partes, vale. Como ilustración, Bartolo toma --C.4.7.1: A debe a B una recompensa por un homicidio que B (pistolero) ha cometido por instrucciones de A. Como A no tiene el dinero en efectivo, B le hace firmar un pagaré, como si B le hubiere --prestado dinero a A.

Descubierta la verdadera situación, A no debe nada a B; ni por el documento, ya que el préstamo es algo simulado; ni tampoco por la realidad de lo actuado, ya que se trataba de una fuente ilegal de obligaciones.

- b). En segundo lugar, puede ser que lo realmente actuado es perfectamente legal, y da el mismo resultado como el negocio simulado. En tal caso Bartolo propone que el negocio-fachada valga, suponiéndose --que se haya tratado de una novación. Así, si A com

pró de B un objeto que produce frutos, y no paga - el precio a tiempo, nada se opone a que B exija, - además del precio, unos réditos moderados. Si ahora B obtiene que A firme un pagaré por el capital más réditos no-usurarios, y en el texto se afirma que se trate de un préstamo, Bartolo considera que por novación hipotética, el negocio simulado vale, y no el negocio verdadero. Para esta opinión se refiere a C.4.2.6 y no se mete en la complicación de que su interpretación nos obliga a aceptar una novatio sin el obligatorio que animus novandi sea -- claramente expresado.

- c). En tercer lugar, puede ser que el negocio simulado no tendrá el mismo resultado material como el disimulado. Si ahora el disimulado no es ilegal, la -- realidad de lo actuado será lo que vale, y no lo -- escrito, lo simulado.

El resto del comentario respectivo de Bartolo se refiere a cuestiones probatorias, siempre muy delicadas en materia de simulación. Llega a la conclusión de que, aún tratándose de presunciones iuris et de iure, que normalmente no admiten pruebas contrarias, en el caso especial de una pretendida simulación, - cualquier parte interesada en comprobarla será admitida a presentar sus pruebas. La simulación no podrá esconderse ante los ojos de la justicia, con ayuda de tecnicismos artificiales como el carácter iuris et de iure de alguna presunción (véase el párrafo cinco del comentario de Bartolo a C. 4.22, segunda glosa "in contractibus").

Una rica cosecha de casos de simulación nace, en la edad media, de la dogmática y anti-realista prohibición de intereses. Para eludir tales restricciones se recurrió, por ejemplo, al -- contractus mohatrae. Este nombre árabe se refiere a todo contrato de préstamo de consumo que pasa a través de la entrega de un bien específico. Una de sus formas (entrega de un anillo al mu-

tuario para que éste, en caso de necesidad, lo venda para consi-
derar el precio obtenido como valor del préstamo) no puede ser-
vir para burlar las leyes contra los intereses; pero otra de --
las conocidas formas del contractus mohatrae era muy útil para
tal fin, y fué prohibida expresamente por el Papa Inocencio --
XII. Se trata del contrato en el cual el prestamista vende a --
crédito un objeto, para volver a comprarlo (a menudo a través --
de persona interpósita) al contado, por un valor más bajo. La --
diferencia entre los dos valores corresponde, entonces, a los --
intereses por el plazo previsto en la primera compraventa. (véa
se al respecto: Dernburg, Pand., II, par. 86, nota 7; Windscheid,
Pand., 3a. ed. II. 261, 8, y- en forma muy clara, con referen--
cia a D.12.1.11. pr. y 15,- Holzschuher, Gem. Civilrecht, - - -
Leipzig, 1858, III. Pag. 445, nota 2).

Es un típico caso de simulación, ya que los contratantes --
nunca querían realmente realizar una operación de compraventa;
la compraventa combinada con retroventa solo era la fachada, el
negocio simulado, mientras que el negocio disimulado era un con-
trato de mutuo con réditos.

La práctica medieval desarrolló otro típico caso de simula-
ción en el contractus trinus, combinación de tres convenios con
el fin de disfrazar un mutuo con intereses. Cámara (2) escri-
be lo siguiente sobre el contractus trinus: " el mecanismo
del contractus trinus era más complicado, denominándose así por
componerse de tres operaciones, en el siguiente proceso: 1o.) -
un contrato social entre dos personas, aportando por ejemplo --
uno. treinta mil pesos y el otro diez mil, es decir, que al se-
gundo le corresponde la cuarta parte de la sociedad; 2o.) un --
contrato de seguro, por el cual el primer comerciante asegura -
al otro el capital de diez mil pesos, obligándose a devolverlo
a su vencimiento, con el cargo de que le cederá una parte de --
sus ganancias al otro socio es decir, si el capital le produce
un quince por ciento, le dará seis por ciento; 3o.) un contrato
de venta, según el cual el segundo socio transfiere al otro su

capital asegurado mediante la suma de diez mil pesos, comprometiéndose a abonarle el precio al vencimiento del contrato, con más la suma de quinientos...."

Pero esta explicación no es ni lógica ni clara: se trata -- evidentemente de una transcripción o traducción mutilada. Afortunadamente el Cardenal de Luca, famoso autor italiano del siglo XVII, explica más claramente de qué se trata, en el discurso # 1 de su Tratado "de usuris et interesse", que se encuentra en la biblioteca del Seminario de Derecho Romano. Allí se trata de un pleito entre los herederos de un prestamista, Benettus, y los herederos de unos hermanos comerciantes. Benettus quería cobrar intereses, por lo cual había celebrado con los hermanos en cuestión un pacto de "sociedad"; sin embargo, no quería perder su capital en caso de malos negocios de los hermanos; por lo tanto, paralelamente con el contrato de sociedad, los hermanos le garantizaban la devolución de su aportación a la sociedad, mediante un pacto especial, independientemente del resultado de las operaciones de la sociedad. Como contraprestación, Benettus renuncia a su cuota en las ganancias si éstas excedieran de cierto mínimo que, en cambio, los hermanos "co-socios" le habían garantizado (independientemente del resultado de los negocios).

Resultado real: un préstamo con intereses, prohibido por la tradición bíblica (cuando menos en relación con préstamos entre hebreos, aunque éste principio se había generalizado dentro de la comunidad cristiana medieval). ¿Valía ahora este contractus trinus, o no? ¿Los hermanos habían pagado los "réditos" desde hace muchos años!

Si se considerara ahora que el contractus trinus no valía, dichos réditos habían sido pagados sin causa, de manera que este enriquecimiento sin causa de Benettus podía compensarse con

(2).- Hector Camara, La simulación de los Actos Jurídicos, -- Editorial Depalma, Buenos Aires Argentina, año 1958, -- pag. 70.

lo que los hermanos le habían debido, y los herederos de los -- hermanos ya no debían nada a los herederos de Benettus. Además, si los dos pactos adicionales se anulaban en virtud de la descubierta simulación, no quedaría más que un contrato de sociedad común y corriente; y como los hermanos habían tenido poco éxito en sus negocios, las pérdidas por malos deudores y otras causas harían ilusorio el derecho de los herederos de Benettus de recuperar su participación en una sociedad fracasada: Benettus hubiera perdido su capital y debería quizás devolver, como pagos efectuados sin causa, todos los réditos ya recibidos. El Cardenal de Luca defendió a los herederos de los hermanos en cuestión y llega con muchas citas de la literatura medieval y renacentista que niegan validez al contractus trinus; sin embargo - se nota que varios autores no hacen afirmaciones condenatorias muy categóricas al respecto, y que inclusive el mismo de Luca - está dispuesto a reconocer validez al contractus trinus en ciertas circunstancias (véase el número 20 del citado "Discursus").

Por lo tanto, para utilizar la clara terminología de Daniel Concina (Véase abajo) podemos decir que el contractus trinus es una triada de tres contratos, a saber: (1) Un contrato de sociedad, (2) Un contrato por el cual un socio asegura a otro la devolución de toda la inversión de este y (3) una "venditio lucri majoris pro lucro minori sed certo" - un cambio de la perspectiva de una ganancia mayor, por la seguridad de una ganancia menor-.

Ambos contratos, el contractus mohatrae y el trinus, fueron muy discutidos en la edad media y en la doctrina jurídica renacentista. En nuestra biblioteca tenemos una monografía sobre este último por Daniel Concina, "Usura contractus trini", Roma, - 1748, obra polémica, escrita para combatir las opiniones tolerantes de Nicolaus Broedersen, manifestadas en un libro "De Usuris licitis et illicitis". Este movimiento más moderno, de tolerancia frente al fenómeno de los intereses, también cuenta con eminentes juristas (en parte teólogos al mismo tiempo) como Lu-

go, Gibalini, Raynaudo y Lessio; precursor de esta tolerancia - corriente que indigna profundamente a Daniel Concina - es un -- cierto Tamburino, con una obra "De contractibus", que aún no lo calizamos entre los pergaminos de nuestra biblioteca.

Una tercera forma de simulación, en la edad media, también con el fin de eludir las restricciones eclesiásticas respecto - de los intereses, fué la compra de censos redimibles. El censo era el derecho de recibir una renta periódica, generalmente - - anual. Hubo censos personales (que gravaban a una persona o sus herederos) y reales (que gravaban al titular de cierto terreno y encontraban, de paso, una garantía real en este). El siguiente ejemplo ilustra como podían utilizarse estos censos para dis- frazar un mutuo con intereses: El prestamista compraba un censo que gravara un fundo de la propiedad del mutuuario; el precio -- servía como capital prestado; las anualidades estaban calcula- das de tal manera que servían de intereses; y, por estipularse que se tratase de un censo redimible, en caso de devolverse el capital (original precio del censo) al prestamista, se extin- guía la relación jurídica creada.

Durante la edad media española, en la parte reconquistada - del país, encontramos una mescolanza de derechos locales, fora- les, en los que predominaba la influencia visigótica, de dere- cho canónico y--por el florecimiento de las universidades, a par- tir del siglo XII,--de derecho romano. La influencia romanista - creció notablemente y se manifiesta en forma clara en las Siete Partidas de Alfonso el Sabio (1257-1263), originalmente una co- dificación "platónica", - un buen consejo, nada más--pero desde el Ordenamiento de Alcalá (1348) cuando menos derecho supleto- rio.

Encontramos en ellas una referencia a la simulación en P.5. 11.40, donde se habla de "engaño", por contraposición a la ver- dad. Allí se prohíbe que la usura tome la forma de una garantía que produzca frutos, los cuales se quedarán en poder del acree- dor: "Otrosi dezimos que todo pleyto o postura que sea fecha an-

...

te testigos o por carta o por engaño de usura que non deve ser guardada. E esto sería como quando aquel que presta los dineros en verdad toma por ellos algún heredamento en peños, e faze -- nuestra de fuera fazendo ende faze carta de vendida porque puede ganar los frutos y que no sean demandados por usura. E por -- ende dezimos que tal engaño como este non deve valer, seyendo -- provado tal pleyto, que verdaderamente fuesse préstamo, e la carta de la vendida fuesse fecha por enfinta".

Otra disposición del antiguo derecho español, referente a -- la simulación, se encuentra en las Ordenanzas Reales de Casti--lla y es comentada por Covarrubias en su Variae Resolutiones, - 3.8.6. Su autor es el "Rey Alfonso" y es evidente que se trata de Alfonso XI. Con un texto ligeramente más arcaico, esta dispo--sición también figura en el Ordenamiento de Alcalá, 1348, tit. 23, ("De las usuras"), Ley 1 ("De las penas con que se sancio--nan a los cristianos usureros"). Por lo pintoresco del estilo, y por tratarse de una norma sobre la simulación que no hemos en--contrado aún en la literatura consultada sobre la historia espa--ñola de esta figura (Camara), nos permitimos citar esta ley en su totalidad traduciéndola al español moderno.

"El Rey don Alonso en Alcalá, año de 1386:

La codicia, raíz de todos los males, de tal manera ciega -- los corazones de los codiciosos que, sin temer a Dios y sin tener vergüenza ante los hombres, practican escandalosamente la -- usura, con peligro de su alma y daño para nuestros pueblos. Por lo tanto ordenamos que cualquier cristiano o cristiana de cual--quier estado o condición, que practique la usura, perderá todo el préstamo en beneficio del deudor y será multado por otro tan--to, de cuya multa una tercera parte será para el denunciante y las dos terceras partes para nuestro erario; y si después de ha--ber sido condenado con esta pena, se le encuentra de nuevo prestando a rédito, perderá la mitad de sus bienes (una tercera -- parte para el denunciante y las dos terceras partes para nuestro erario), y si después de tal segunda condena, se encuentra que

otra vez haya prestado a rédito, perderá la totalidad de sus -- bienes, que se repartirán en la forma arriba indicada".

Resulta que el Rey comprendía no deber dar efecto retroactivo a esta ley; sin embargo, consideraba que podía reglamentar - los contratos ya celebrados pero no totalmente liquidados, continuando:

"En los contratos de préstamos con réditos ya efectuados, - pero en este momento aún no liquidados, si los prestamistas han recibido el valor nominal del préstamo o más (en cuyo último caso les queda un beneficio), de manera que resulta que ya han recibido el valor del préstamo, entonces no podrán exigir más".

Ahora nos acercamos al problema de la simulación:

"En vista de que algunos no prestan descaradamente a rédito, sino que hacen otros contratos, disimulando los réditos, deci-- mos que si alguien vendiera a otro una cosa con el pacto de retrocompra facultativa por cierto precio, dentro de un plazo determinado (Nota: el deudor vende un terreno por \$100,000.00, valor del préstamo, y puede volver a comprar el terreno dentro de un año por \$ 120,000.00, de manera que se trata en realidad de un préstamo de \$ 100,000.00 por un año con 20% de réditos y con garantía de una hipoteca sobre un terreno, combinada con pacto comisorio) o con el pacto de que no puede volver a comprar el - objeto sino después de cierto plazo y entretanto el comprador - se queda con los frutos y productos de la cosa vendida (Nota: - el deudor vende un terreno por \$ 100,000.00 con el pacto de volver a comprarlo por \$ 100,000.00 dentro de un año, pero se trata de un terreno productivo y el comprador - o sea prestamista- recibirá durante este año los productos del terreno, por concepto de réditos) entonces tal contrato deberá ser entendido como préstamo de usura. Por lo tanto ordenamos que en caso de comprobarse por el vendedor que existía entre éste y el comprador un pacto como los arriba descritos, el vendedor podrá recuperar la cosa que había vendido, devolviendo el precio que hubiera pagado por ella".

Nota: aquí vemos algo ilógico: el deudor, comprobando que hubo préstamo con usura, ya no debe nada al acreedor, como hemos visto arriba. ¿Por qué, en caso de disfrazarse el préstamo con usura en forma de una compra venta con pacto de retroventa, deberá entonces devolver el precio recibido, que en realidad no es más que el valor nominal del préstamo? Significa dar al contrato simulado un tratamiento menos favorable que al visible -- préstamo con réditos.

La única ventaja de que goza ahora el "vendedor" (en realidad deudor) es que en caso de una venta por \$ 100,000.00 con pacto de retrocompra por \$ 120,000.00, podrá recuperar la cosa mediante pago de \$ 100,000.00.

Pasando ahora a la segunda forma del contrato simulado, la ley continúa:

"El vendedor que recupere su cosa podrá descontar del precio que deberá devolver al comprador, el importe de los frutos y productos obtenidos entre la compraventa y la restitución".

Nota: Ahora la ley pasa al delicado problema de la prueba de la simulación.

"En vista de que los usureros celebran sus contratos en forma simulada, por falta de prueba a menudo no puede descubrirse la verdad. Ordenamos ahora que se pueda comprobar la simulación de la manera siguiente: si hay dos o tres o más testigos, que vinieran a declarar, jurando sobre la biblia que hayan recibido un préstamo con réditos, deberá valer su testimonio aunque cada uno declare sobre un hecho suyo". (Nota: el sentido de esta frase no es muy claro; puede ser que Alonso permite aquí expresamente que el denunciante, personalmente interesado en el resultado de su denuncia, figure al mismo tiempo como testigo, de manera que estamos en presencia del caso anómalo de un denunciante-testigo, o sea de un testigo respecto de un "hecho suyo" o sea un hecho en el que está vivamente interesado; también puede ser que Alonso quiere decir que el deudor no tiene las manos -- limpias, pero, aunque el hecho que está denunciando es también

un "hecho suyo", se le admite su denuncia y testimonio, sin - - aplicar el principio de que "nemo auditur propriam turpitudinem allegans"). "Los testigos deben ser tales, que el juzgador pueda comprender que son fideidignos. Además debe haber presunciones y circunstancias por las que el juzgador puede ver que es ver--dad lo que dicen. Sin embargo, para que los hombres no se vean impulsados por la codicia a dar testimonio contrario a la ver--dad, ordenamos que tales testigos no reciban ninguna recompensa por su testimonio, a no ser que hayan presentado una prueba - - irrefutable; y la multa fijada en el derecho será para nuestro erario y el denunciante".

Nota: la última frase no es lógica. En la frase "qui si fue ren dos o tres o más" etc., la ley en cuestión sugiere que los mismos testigos sean los deudores perjudicados, y en tal ca so, de todos, modos, gozan de la ventaja de que queden libera--dos de su deuda.

Por lo tanto, una "recompensa" no queda excluída. Esta últi ma frase, en mi opinión, se limita a la multa. Así, el acusador recibirá su participación de una tercera parte, pero no podrá - dar subparticipaciones a los testigos. Por otra parte, como el mismo acusador es testigo, el significado exacto de esta última frase no queda muy claro.

Como vemos, estas disposiciones legales monárquicas españo las se dirigen contra el fantasma de la usura, y están penetra das de ideas bíblicas (ya que el antiguo testamento tiene una - actitud contraria a la usura, que de ninguna manera corresponde a las necesidades de la vida práctica), más bien que de un espí ritu técnicamente jurídico.

Es sorprendente que después del florecimiento jurídico de - la antigüedad mediterránea, pudo haber tanta pobreza dogmática, en una obra jurídica, inspirada por la contemporánea escuela de Bolonia.

Para la vida jurídica española era muy importante el influjo de la superior literatura de los postglosadores; los comenta

rios de Bartolo, Baldo, Juan Andrés y Panormitano inclusive obtuvieron autoridad de derecho supletorio. Así, no es sorprendente que en la literatura española jurídica renacentista, pocos autores se ocupan del derecho monárquico, tan inferior, a veces infantil, al lado de la especulación jurídica medieval, en su forma canónica o romanista. Es verdad que, por ejemplo, Covarrubias dedica un párrafo al análisis de la mencionada ley de Alfonso XI, pero esta referencia al derecho monárquico es insignificante al lado de la abundancia de referencias al derecho romano y las opiniones de glosadores y postglosadores, que encontramos con este mismo autor. El derecho era una ciencia supranacional, en aquel entonces, y cada autor español está muy consciente de la existencia de los postglosadores y humanistas. Así, la teoría renacentista española de la simulatio coincide con el coro de los autores no-españoles que ya hemos estudiado, y la añadidura que viene de normas positivas medievales o renacentistas que emanan de la Corona española, es más bien una quinta rueda al carro.

f).- EL DERECHO RENACENTISTA.- El Renacimiento es, también en relación con el derecho, una reacción contra la Edad Media. Los autores renacentistas tratan de comprender, de nuevo, el derecho romano a la luz del pensamiento de sus creadores (los clásicos) o sus compiladores (los bizantinos), y muestran a menudo un profundo desprecio por las interpretaciones de los glosadores y postglosadores. Sin embargo, esta actitud universitaria, erudita y filológica frente al derecho romano (el "mos gallicus", ya que sus defensores trabajaban, sobre todo, en universidades francesas) no trascendió hacia la vida forense; allí continuaba el "mos italicus", la tradición basada en Acursio, Bartolo y Baldo, aunque con añadiduras nuevas y en mezcla con una creciente cantidad de normas legisladas locales.

Importantes autores del Mos Gallicus fueron Cuyacio, Donelo y Fabre. Además deberemos mencionar a Dumoulin, interesante figura intermedia entre el derecho romano y los derechos consuetu

dinarios del norte de Francia.

En cuanto al principal de los juristas humanistas, el gran Cuyacio, su aportación respectiva era modesta. En su comentario a C.4.22 ilustra la regla de "plus valere etc." mediante unos ejemplos claros, pero sin apartarse de las líneas tradicionales.

Finalmente, se lanza a una investigación filológica, para rechazar una tentativa de Haloander de leer el texto de C.4.22. 5, de un modo distinto del tradicional (por la dificultad de -- leer los pergaminos antiguos, y a causa de discrepancias entre varias copias que nos llegaron del Codex, a veces existen varias posibilidades de leer un mismo texto).

Donelo, (Doneau) el adversario de Cuyacio, en su comentario "De iure civile", XV, cap. 41, 12 y 13, primero trata de atacar la correcta opinión de Labeon de que puede existir dolo sin simulación, pero de paso nos comunica, --y ésto es un acierto-- que no siempre debe reprobarse la simulación (Nota #8), de manera -- que puede haber simulación sin mala fé. Si Donelo hubiera aceptado la opinión de Labeón, en vez de atacarla, entonces esta -- combinación entre Labeón y la mencionada nota de Donelo nos hubieran llevado hacia el moderno resultado correcto, de que dolo y simulación, aunque tengan una zona en común, son conceptos a tal punto distintos que puede haber solo sin simulación, y también simulación sin dolo.

Una interesante aportación al tema, se debe --como tantas veces-- al humanista francés Antonio Faber (Favre), Presidente del Tribunal de Chambéry, a fines del siglo XVI. En su comentario -- al Codex, 4.17, nos presenta 8 "Definitiones" en relación con -- la simulación, basandose en el Corpus Iuris y en la jurisprudencia de su propia época.

En primer lugar se adhiere a la opinión general de que el -- contrato simulado, por no corresponder a la verdadera voluntad de las partes, que es el alma de todo contrato, es tan nulo que ni siquiera merece el nombre de contrato. Por lo tanto, se aparta de la opinión de Bartolo de que, a veces, por la ficción de

una novación, tiene validez el negocio simulado. Luego observa que la simulatio es de difícil comprobación, de manera que muchas veces el juez tendrá que contentarse de "presunciones humanas", sobre todo si se trata de personas sospechosas, de cláusulas insólitas, de retención de posesión a pesar de un contrato traslativo de dominio, y otras circunstancias concretas, debiendo quedarse toda esta materia confiada a la discreción judicial: el legislador no puede fijar muchas reglas al respecto.

Después afirma que cualquier causahabiente, a título universal o particular, podrá aportar pruebas de la simulación, y que inclusive terceros interesados pueden hacerlo, pero el que aporte tales pruebas no podrá hacerlo con el fin de comprobar que haya adquirido algo por el negocio simulado, sino solo para comprobar que el otro no haya adquirido nada (Véase nota # 3 a la Definitio II).

Luego Favre se adhiere a la opinión corriente de que el negocio disimulado vale, siempre que pueda valer por sus propios méritos. Así, si el marido vende a la esposa (negocio simulado) para efectuar en realidad una donación (negocio disimulado), no vale ni el negocio simulado (que ni siquiera merece el nombre de contrato, según Favre, por carecer de consentimiento), ni tampoco el negocio disimulado, ya que donaciones entre conyuges no valen: el contrato disimulado, en este caso, no puede existir por propios méritos.

Mientras que se investigue si hubo simulación o no, provisionalmente el negocio produce sus efectos, desde luego, y si la simulación llega a comprobarse, el negocio simulado cae por su base, retroactivamente, con todas aquellas cláusulas que no tuvieron una relación directa con dicha simulación. Finalmente Favre considera un precio insuficiente o un pacto de retroventa como presunción de simulación, aunque un precio módico por una cosecha futura no cae bajo tal sospecha, a causa del riesgo especial de este negocio.

Es curioso que ninguno de estos autores parece haber visto

que el negocio simulado no puede declararse, sin más ni más, -- "nulo", en caso de comprobarse la simulación, ya que terceros - de buena fé merecen protección: si ellos se hayan basado en el negocio simulado, sería una evidente injusticia hacer prevalecer la "realidad" sobre la fachada, lo disimulado sobre lo simulado.

Carlos Dumoulin, el famoso, tan neurótico, jurista del siglo XVI, gran conocedor del derecho consuetudinario del norte - de Francia, del derecho feudal, y del derecho romano, trata de la simulatio en su comentario al Codex, en relación, desde luego con libro IV, título 22.

Tiene el mérito de ver que no todo lo que Justiniano hizo - colocar en este titulo, pertenece al tema de la simulación.

Primero habla de una discrepancia entre el contrato y la -- realidad, nacida de un error; prevalece entonces la realidad; - sin embargo, se trata más bien del tema del error que de la simulatio.

Luego habla de una discrepancia entre contrato y realidad, nacida del dolo de uno de los contratantes; entonces prevalece, desde luego, la realidad, pero, de nuevo, no se trata de simulatio, sino de un caso de dolo. Y finalmente habla del caso de -- que la discrepancia entre contrato y realidad es algo expresamente deseado por ambas partes, y esto "vocatur vere simulatio" esto es lo que realmente lleva el nombre de simulación.

No todo lo que Dumoulin escribe, empero, es tan impecable - como el mismo siempre afirmaba: después de las correctas opiniones anteriores equipara la simulatio con fraus ("committitur - autem illa simulatio vel fraus tribus modis"), mientras -- que hemos visto que esta íntima unión entre fraude y simulatio es solo un hecho sugerido por la frecuencia estadística con la que estos dos conceptos andan juntos, pero de ninguna manera es algo necesariamente inherente a la definición de la simulación: puede haber simulación con motivos muy nobles (quiero regalar - algo a una señorita, y para que la gente no hable mal de esta -

donación, la disfrazamos de compraventa, por ejemplo).

Las tres formas de simulatio que Dumoulin propone son:

a) de re ad rem. Dumoulin ilustra esta forma mediante - - - D.14.6.7.3. El SC Macedoniano declara que las obligaciones nacidas de préstamos concedidos a filiifamilias, no son plenamente válidas para el ius civile (en realidad, solo nacen obligaciones naturales de tales préstamos). Ahora bien: el SC Macedoniano únicamente se refiere a préstamos en dinero.

¿Puede ahora eludirse este SC por el hecho de que el prestamista preste trigo, vino o aceite al filiifamilias, para que éste lo venda y devuelva al acreedor, posteriormente, el valor comercial de estas materias? No, contesta Ulpiano, ya que sería un caso de "fraus senatusconsulto", fraude cometido en perjuicio del derecho legislado. Y Dumoulin toma ahora esta decisión como ejemplo de una simulatio "de re" (dinero) "ad rem" (trigo, vino, aceite). Añade que los judíos de su propia época recurren frecuentemente a tales formas de simulación.

b) De contractu in contractum: como un contrato determinado queda prohibido, se disfraza tal contrato mediante otro, lícito. Así, el derecho postclásico romano (y el derecho actual) prohíben el pactum commissorium en materia de prenda: el acreedor no puede pactar que se convertirá en propietario de la prenda en caso de incumplimiento del deudor. Ahora, el "acreedor" podría comprar al "deudor" un objeto de éste, por \$ 100,000.00, añadiendo un pacto de retroventa por \$ 110,000.00, válido por un año. Si el deudor quiere recuperar su prenda pagará \$100,000.00 (en realidad reembolso del préstamo) más \$10,000.00 (intereses al 10%); pero si deja transcurrir dicho plazo, el "acreedor" -- (en realidad "comprador") queda definitivamente como propietario de la "prenda". (■ b)

(x b) aunque en el ejemplo arriba descrito, me refiero a pesos, la actualidad mexicana no nos mostraría fácilmente una -- simulación como la descrita, a causa de la prohibición -- del pacto de retroventa del artículo 2302 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.

Este convenio sería inválido por simulación "de contractu" (préstamo con prenda, combinado con pactum commissorium) "ad -- contractum" (compraventa con pacto de retroventa).

c) De persona ad personam. Ejemplo: el extranjero, que no puede comprar un terreno en la "zona prohibida", lo hace adquirir por un mexicano, con dinero de este extranjero, y toma una hipoteca sobre el terreno por un valor muy superior al precio de la compraventa, de manera que hay simulatio, "de persona" -- (el extranjero) "ad personam" (el mexicano). Un ejemplo de derecho romano, mencionado por Dumoulin, es D.24.1.3.9: las donaciones prohibidas entre marido y esposa, continúan siendo inválidas si se efectúan mediante un tráfico triangular, con ayuda de personas interpuestas.

La dificultad de comprobar la simulación queda bien ilustrada por el siguiente caso, que relata Dumoulin en su libro sobre los feudos, Tit. 1, par. 33 bajo el número 93. Parece que él tuvo conocimiento personal de los hechos, pero discretamente, cambia los nombres.

Titio tiene algunos feudos, y también algunas deudas apremiantes.

Quiere vender un feudo, con el pacto de que el comprador liquide a todos sus acreedores de acuerdo con una lista, cuya veracidad garantiza, pagándole a Titio únicamente el saldo. Gayo, propietario de un castillo cercano, se interesa mucho por el feudo, y logra eliminar a los demás interesados por el hecho de que, aunque el precio de cuatro mil libras que él ofrece es ligeramente inferior al de los demás, la operación que él propone le saldrá de todos modos mejor a Titio: es que, gracias a una simulación, Gayo ayudará a Titio a evitar el pago del veinte por ciento del precio al jefe feudal (para cada venta de un feudo, este jefe feudal tenía derecho a un veinte por ciento del precio). La operación se hizo, luego, en la forma siguiente:

Gayo permutó un terreno suyo por el feudo de Titio. Este terreno de Gayo había sido comprado de Sempronio, con facultad de

redención por parte de Sempronio, el cual, durante dos años podría recuperar el terreno mediante pago de cuatro mil libras.

Ya había transcurrido un año; dentro de otro año más, Titio recibiría, por lo tanto, una suma de cuatro mil libras, según toda probabilidad. Pero Titio no quería tomar otro terreno; Titio necesitaba dinero, y urgentemente (no dentro de un año).

Por lo tanto, un vecino y amigo de Gayo, es presentado a Titio y comprará dicho terreno redimible por cuatro mil libras, - un día después de la permuta del feudo.

Como el veinte por ciento arriba mencionado, solo se debe - por una venta, y no por una permuta, el resultado real de todo lo anterior es, que Gayo paga, a través de su amigo, hombre de paja, cuatro mil libras a Titio, el cual puede pagar ahora sus deudas; y el terreno redimible que antes pertenecía a Gayo queda a nombre del hombre de paja de Gayo, el cual lo había comprado con cuatro mil libras recibidas de Gayo. Después de un año, el tercero redimirá su terreno, pagando al hombre de paja la -- cantidad de cuatro mil libras; este transmitirá el dinero a Gayo, y así todos estarán felices..... menos el señor feudal, -- que ha sido engañado por ochocientas libras.

Este último ataca la situación, alegando simulación (una -- combinación de una simulatio "de contractu in contractum" y "de persona ad personam"). Ganó. Sin embargo, Dumoulin nos cuenta - que el simple hecho de que Titio primero permutó un feudo y luego vendió, a un amigo de Gayo, el terreno recibido, no hubiera sido suficiente para obtener la victoria procesal del jefe feudal. El juez tuvo que tomar en cuenta:

a). Que Titio, desde hace algunos meses, trataba de vender el feudo, algo que constaba al público en general;

b). Que Titio necesitaba urgentemente dinero para pagar deudas;

c). Que a pesar de querer vender un terreno, y no adquirir otro terreno, efectuó finalmente una permuta;

d). Que otros interesados, que habían ofrecido mejores con-

diciones que Gayo, fueron eliminados en beneficio de éste;

e). Que el segundo terreno fué vendido el día después de la permuta;

f). Que el comprador de este terreno fué un vecino e íntimo amigo de Gayo;

g). Que uno de los testigos era un hermano de Gayo, cosa no totalmente prohibida, pero una pequeña añadidura más a los diversos argumentos que hablaban en favor del jefe feudal, en este proceso.

Como la buena fé se presume, era solo la suma de estos indicios que finalmente dió por resultado una sentencia que declaraba que hubo simulación en este caso.

Hemos visto que la edad media española, aunque haya producido sus Siete Partidas, no ha sido tan importante para el desarrollo de la ciencia jurídica, como la edad media italiana (Bologna, Perugia etc.) o la edad media francesa (Montpellier). -- Sin embargo, durante el Renacimiento la ciencia jurídica española logró hacer interesantes contribuciones originales, con la escuela teológica--jurídica, (Suarez, Molina y otros). En su obra más jurídica (De Legibus ac Deo Legislatore), Suarez trata de la simulatio en relación con la fingida participación de -- Cristo y los apóstoles en los ritos judíos, (9.17. 14), un tema que no contribuye mucho a nuestro estudio; más importante es el jesuita Molina, a este respecto, frecuentemente citado en relación con la simulatio, sin que yo haya logrado localizar las -- opiniones respectivas de este autor.

El famoso autor español renacentista, Juan del Castillo, estudia la simulación extensamente en el Libro 2.25 de sus Controversias, dedicando a ella ochenta y cuatro pequeños párrafos, - con abundantes referencias bibliográficas, sobre todo al procesalista Mascardo (a causa de la importancia del tema de las presunciones en materia de simulación) y a Menochio (De Praesumpt., 3,122 Nr.1 y ss).

Sin embargo, su explicación se limita al problema de descu-

brir una simulación, destinada a disfrazar un mutuo con intereses como una compraventa con pacto de retroventa.

Así, el prestamista podía comprar un terreno de un millón por medio millón, permitiendo al "deudor" que volviera a comprar el terreno por medio millón después de siete años; durante este plazo cobraría la renta o los frutos naturales del terreno (los cuales constituyen "intereses" bastante elevados por la -- discrepancia entre el valor del préstamo y el valor de la prenda), y si el deudor no pudiera volver a comprar el terreno, el acreedor además recibiría "la demasía" como ganancia extraordinaria.

Juan del Castillo Sotomayor no es excesivamente severo en el tratamiento de los contratos sospechosos. Defiende su validez contra la opinión de algunos de los autores, que quieren -- considerar todo contrato de venta con pacto de retroventa como nulo, y que esquivan la autorización de C.4.54.6 con una sofisticada, pretendida, distinción entre retroventa y restitución, cuya distinción nunca existió y que, de todos modos, no habría sobrevivido a Partida 5.5.42, según del Castillo.

Castillo también combate la opinión de los que consideran que dos elementos son suficientes para completar la comprobación: la existencia del pacto de retroventa y la "modicitas -- pretii"; él exige, cuando menos, un elemento más, la reputación que tiene el "comprador" de ser un prestamista. No va tan lejos empero, como el derecho canónico (C.ad nostram, de emptione & venditione) que exige la acumulación de cinco presunciones (1. que el vendedor buscó en balde un préstamo; 2. que el vendedor haya declarado que en realidad se trataba de un mutuo; 3. que el contrato contiene un precio muy bajo junto con un pacto de retroventa; 4. que el derecho de retrocompra queda suspendido por siete años, cuando menos, y que 5. el contrato utilizará el término de "restituere", que "huele a mutuo", en vez de "volver a vender").

Sin embargo, Castillo considera que su requisito de tres --

elementos para configurar una presunción válida no es más que - un buen consejo; es mejor dejar al juez totalmente libre respecto de la valorización de las presunciones (par.22 y, sobre todo par.77). Una mayor fuerza en uno de los elementos de la presunción puede compensar debilidades en otros.

En su introducción al tema, del Castillo menciona a un cierto Berous, quien propone cinco clases de simulación, y al cual no hemos podido localizar entre los pergaminos de nuestra Facultad; en cambio, Menochio, quien propone cuatro clases y Mascardo, con tres, figuran en nuestra biblioteca, de manera que continuaremos con estos autores renacentistas.

El italiano Jacobo Menochio ("Libri Consiliorum sive Responsorum", 1708,) dedica a la simulatio su Consilium 109, relacionado con una complicada constelación de cuatro contratos que parecen disimular un préstamo usurario. De su análisis quiero - acentuar los siguientes puntos. En el par. 17 considera que el juramento, añadido al contrato, de que este contrato no es simulatorio hace más sospechoso el contrato, en caso de duda. En el par. 21 presume que una compraventa es simulatoria si el comprador no ha visto el objeto que compra, y en el par. 22 alega que hay presunción de simulación si alguien compra un objeto, mientras que, al mismo tiempo, está tratando de vender o hipotecar objetos semejantes - una cuestión que ya jugó cierto papel, como hemos visto, en el dictamen de Dumoulin que hemos resumido - anteriormente, en esta tesis-.

También es importante de Menochio, según vemos por su repercusión en la literatura posterior, su análisis de la simulatio en el tomo III, # 122, de su obra De Praesumptionibus, pero de ésta solo encontramos el cuarto tomo en la biblioteca de la Facultad.

En materia procesal, el autor que más prestigio tuvo en las generaciones del Renacimiento y la primera fase postrenacentista en Italia, fué Jose Mascardo.

En su obra "De Probationibus" dedica a la simulación los pá

rrafos I.438-448. De éstos quiero subrayar los siguientes puntos. Si se descubre un préstamo usurario disimulado, los réditos pagados deben aplicarse al capital; en cambio si se encuentra otro contrato disimulado, deberá corregirse la situación jurídica mediante los principios del enriquecimiento ilegítimo -- (438.13). El hecho de que un importante objeto comprado dura poco tiempo en poder del comprador, crea una presunción de simulación (438.15). De 439.16 resulta que el derecho canónico postrenacentista impulsaba el deber de añadir una causa expresa a los contratos con el fin de poder descubrir más fácilmente la simulación.

El hecho de que el enajenante conserve la posesión puede -- constituir una presunción de simulación, cuestión detallada y -- casuísticamente tratada en el par.439. El par.440 trata del pacto de retrocompra como presunción de simulación, y el par.441 -- considera que especialmente el pacto de retroventa con plazo -- suspensivo es una añadidura muy sospechosa a un contrato de compra-venta. El par.442 señala que es presunción de simulación que el objeto vendido sea luego arrendado al vendedor por una renta muy baja, y en el par.443, sobre ventas psicológicamente inverosímiles encontramos, en el # 7, la venta por menos de la mitad de valor como venta presuntamente simulatoria. En el par.444 el autor habla de cláusulas que van en contra del espíritu típico del contrato, como presunciones de simulación, y en el par.445 considera especialmente sospechoso el contrato de compra-venta, combinado con arrendamiento al vendedor y un oculto pacto de retrocompra. El par.446 habla del carácter presuntamente simulatorio de algunos contratos entre conyuges o entre el padre y sus hijos ilegítimos. El par.447 habla en forma especial de la simulación del contrato de préstamo a réditos, aquel contrato que -- tan enérgica y tan inútilmente combate el derecho medieval y algunas ramas tradicionalistas y canonistas del derecho renacentista y postrenacentista. Este párrafo es sumamente amplio, y -- cuenta con 55 subdivisiones. Por un error de imprenta el próxi-

mo párrafo recibió el mismo número de 447. Allí se considera como presuntamente simulado el contrato de compraventa, seguido por un arrendamiento al vendedor, del objeto "comprado", si la renta corresponde más bien al precio de la venta que al valor comercial del objeto (véase el punto 7).

Finalmente, el par.448 habla del *onus probandi*, en relación con la simulación. Aquí encontramos todavía la regla Bartoliana de que también la "species" de la simulación debe indicarse y comprobarse (punto 6).

g).- LA FASE POSTRENACENTISTA HASTA LAS CODIFICACIONES CIVILES. La fase comprendida entre el renacimiento y la oleada de las modernas codificaciones (desde 1794, el Código Prusiano, y 1804, el Código Napoleón), muestra, en la vida forense, una mezcla del *mos italicus* con nuevas disposiciones jurídicas de índole local o regional a la cual se da a menudo el nombre de "*Usus Modernus Pandectarum*".

También sobrevive el "*mos gallicus*", pero más bien en las universidades, entre las que sobresale, al respecto, la de Leyden (Holanda). Como es natural, la enseñanza universitaria también influyó en medida variable en aquel *Usus Modernus Pandectarum*. En la biblioteca del Seminario, Italia está representada, en relación con esta etapa, por dos Cardenales, el de Mantica (S.16) y el de Luca (S.17).

Según de Mantica (De Tac. & Ambig. Conv., II.13.35.18), hay que tomar en cuenta más bien la situación jurídica preexistente al contrato pretendidamente simulado, que la situación que posteriormente se desarrolló (así, una quiebra posterior, no previsible en el momento del contrato, no es indicio de simulación). Además, la declaración en el contrato de que este contrato no está simulado, es indicio de simulación, a no ser que un juramento intervenga al respecto (II.13.35.15).

En cuanto al delicado caso de la retención de la posesión en caso de un contrato de enajenación, un constitutum possessorium expreso elimina la presunción de simulación, en opinión de

Mantica (l.c. II.13.36.9), algo que ilustra mediante ejemplos - sobre pleitos entre vendedores y compradores, o donantes y donatarios, sobre la validez o simulación del contrato, entre ellos mismos celebrado; en cambio, si algún tercero tiene interés en comprobar que hubo simulación, un constitutum possessorium expreso no sirve para eliminar la mencionada presunción.

Lo anterior es una ilustración de la regla de que la comprobación de la simulación exige menos elementos si la simulación es alegada por terceros y no por una de las partes.

De Mantica repite claramente la opinión de Bartolo de que, en caso de simulación dolosa, sólo terceros interesados pueden alegar la nulidad ("nemo propriam turpitudinem allegare potest"): l. c.13.37.3.

Pasemos al Cardenal de Luca. Su obra "Theatrum Veritatis et Justitiae" tiene un carácter distinto: es una serie de dictámenes surgidos de la práctica, y metódicamente colocados en un -- sistema general de derecho.

De Luca menciona tres casos concretos de simulatio en los que intervino: 7.2., de empt.& Vendit., disc. 43, y los disc. - 77 y 78 de 8. de Cred et Deb.

Los problemas que ahí trata son, sobre todo, de índole procesal: ¿que medios probatorios bastan para comprobar la simulación?

No hay reglas fijas al respecto, pero de Luca nos dá algunos indicios. Así, cuando las partes, o una de ellas, de un contrato pretendidamente simulado, tenía una clara causa para simular, una probatio imperfecta ya basta, como en caso de una "venta" por un deudor insolvente, a un íntimo amigo. (l.c.77.6); la retención de la posesión por el vendedor o donante, que según - Bartolo no bastaba para comprobar la simulación, fué declarada presunción de simulación por la legislación local de unas ciudades italianas, como señala de Luca (7.2.43); si el crédito es verdadero, y hay duda respecto de la simulación de una substitución de acreedor, que no empeore la posición del deudor, lo que

ha sucedido debe interpretarse más bien como novatio que como simulatio (de Luca, 8.77.9).

Otras consideraciones de los autores postrenacentistas italianos se refieren a la mayor facilidad probatoria que se concede al comerciante.

En Francia, esta fase intermedia entre el Renacimiento y Napoleón es representada, en nuestro seminario, por dos importantes autores, Domat(s.XVII) y Pothier(s.XVIII).

Domat añade otra interesante consideración a nuestro tema. Hasta ahora se había estudiado la validez o invalidez de lo simulado o disimulado entre las partes y sus causahabientes, pero Domat toma en consideración a los terceros que tienen un interés indirecto, por repercusión, en el negocio, por ejemplo los acreedores del hombre cuyo patrimonio parece aumentarse por un acto simulado, o cuyo patrimonio sería solvente en caso de obtener una declaración de validez del acto disimulado.

Su solución es que "les contre-lettres ne peuvent nuire aux tièrces personnes" (Les Loix Civiles, III 2.15). Si A, insolvente, pareció vender a B, insolvente, un terreno, y existe una -- contre-lettre de que se trata solo de una garantía para B, a -- quien A debía dinero, entonces, por este principio de Domat, -- los acreedores de B tienen sobre este terreno una preferencia, en perjuicio de los acreedores de A.

Según Domat, por lo tanto, el negocio-fachada tiene preferencia sobre la realidad, el acto simulado sobre el disimulado, la scriptura sobre la veritas, cuando se trata de terceros interesados en la validez de la fachada.

Pothier, posterior a Domat, tan importante como preámbulo del derecho napoleónico, no parece haberse ocupado de nuestro tema: ni en el índice alfabético de sus obras completas (* C), ni tampoco en el índice especial de su comentario a las Pandec-

(* C) Pothier, "Oevures" Novena edición, 1827.

tas, encuentro mención de la simulación. Como él había analizado las Pandectas (Digesto) y no todo el Corpus Iuris, y como sólo el Codex de Justiniano contiene un título especial sobre la simulación (C. 4.22), parece que no se fijó en este tema.

Aunque el derecho canónico medieval, aplicado a los asuntos de la Iglesia, de clérigos, de viudas, huérfanos, cruzados etc., disponía de una teoría general de obligaciones, contratos, derechos reales, sucesiones etc., no recibo la impresión de que haya elaborado una teoría propia de la simulación. De todos modos en los diversos diccionarios de derecho canónico que consulté (* D), no encuentro este vocablo.

El Usus Modernus Pandectarum ha producido algunas monografías sobre nuestro tema. Encuentro referencias a una obra de -- Schubart, la Disputatio de Contractu Simulato, Jena, 1692, y -- otra del famoso Coccejo, padre del consejero de Federique el -- Grande, la Dissertatio de Simulatione, su tesis profesional, -- 1693, Franckfurt. Además, en varias obras panorámicas, que en parte tenemos en nuestra biblioteca, el Usus Modernus Pandectarum explicó nuestro tema (las "Controversias" de Coccejo, 18.1.52; Los Libri Duo Subtilium Enodationum, de Constantinaeus, que tenemos como parte del Thesaurus Ottonianus, 4. pag. 508; Van de Water, Observ. Iuris Romani, 3.11. pag. 330, que no hemos localizado en la biblioteca; Majansius, Comment. ad 30 Ictor. Omnia -- Fragn. pag. 327; Brenkmann, Diatr. de Durematicis, 12, pag. 258; D'Avezant, Contractuum, liber II, Tract. I, que localicé en el Thesaurus Meermannius de nuestro Seminario, 4. pag. 80; y la "Meditatio" de Leyser; a la que haré una referencia más amplia; menciono estas diversas fuentes, que encontré citadas durante mis propias investigaciones, para facilitar las tareas a eventuales futuros estudiosos de la simulación.

(* D) Don Isidro de la Pastora y Nieto, Diccionario de Derecho Canónico, Tomo Primero, Madrid 1847-1848.

Además, en la biblioteca de nuestra Facultad se encuentra, sorprendentemente, una colección de centenares de tesis profesionales de derecho de la última fase del Usus Modernus Pandectarum. Entre ellas encontramos una Dissertatio de 1748 (Jena) - "sobre la simulación de contratos en Alemania, que se ha puesto de moda pero que es ilegal" presentada por Cristóforo Stockio, y defendida por él ante un jurado presidido por el famoso - - - Struvio (cuyo libro de texto dominó durante algunas generaciones la enseñanza del derecho romano en Alemania).

Su clasificación de la simulación es decepcionantemente sencilla: (a) simulación fraudulenta y (b) simulación no fraudulenta.

En los capítulos V y sobre todo VII encontramos un catálogo de casos frecuentes de simulación en tiempos de esta disertatio. En las páginas 46 y siguientes, se mencionan en forma especial los casos de simulación en materia mercantil, y las medidas tomadas al respecto por famosas ciudades dedicadas al comercio, como Lubeck, o por la liga Hanseática.

También menciona la tesis, desde luego, el delicado problema probatorio, aunque no con la amplitud que encontramos con Mascardo.

En la última página de la tesis, la Editorial (Heller, Jena) pone unos anuncios respecto de tesis que todavía están allí en venta. Allí encontramos la mención de una disertatio por - - - Ziegler, De Mohatra Contractu (véanse las páginas 22 y 23 de la presente tesis). No hemos localizado esta obra en la biblioteca de la Facultad, entre los "pergaminos".

El industrioso Glück, con su inmenso e inconcluso comentario a las Pandectas (en realidad un comentario al comentario de - - - Hellfeld sobre las Pandectas) representa una cristalización final del Usus Modernus Pandectarum. Conoce toda la literatura relevante desde el renacimiento, y por otra parte ya se refiere a las obras del joven Savigny.

Trata de la simulación en el párrafo 302 de su obra (1796).

Las reglas que establece son:

a). Si hay simulación absoluta (no utiliza este término, pero define bien el concepto) y si ésta puede comprobarse, nada - habrá cambiado en el mundo jurídico, a no ser que la ley otorgue ciertos efectos al negocio en cuestión. En relación con esta última salvedad, nos presenta un ejemplo poco acertado: el caso de D.23.3.66.

b). Si hay simulación relativa (es decir si un negocio se esconde detrás de la fachada de otro negocio), se aplica el principio de que "plus valet id quod agitur quam quod simulate concipitur", siempre que el negocio escondido logre sobrevivir por propios méritos.

Hasta aquí encontramos una clara explicación de las conquistas de siglos anteriores. Pero hay una innovación: así como Domat en Francia, también el Usus Modernus Pandectarum del centro de Europa, en su última fase, parece haber descubierto, por fin, el problema de la posición de terceros de buena fé frente al negocio simulado. Es fácil decir que el negocio disimulado debe tener eficacia, y que el simulado desaparece del mundo jurídico; pero ¿no cometemos una injusticia para con terceros que hayan basado su actuación, de buena fé, en la fachada aparente?

Leyser, en sus famosas *Meditationes ad Pandectas*, Spec. 42, med. 5, se ocupa de esta cuestión, y Glück lo cita con aprobación. Se trata del siguiente caso: un joven, intentando animar a una muchacha rica para que se case con él, pide a su madre -- que declare oficialmente que le entregará a él, en caso de su matrimonio con la anhelada, determinados bienes. Al mismo tiempo entrega a su madre una declaración de que nunca le reclamará esta donación. Poco después del matrimonio, él se muere, y luego la madre. La viuda reclama los bienes; los herederos de la madre muestran la "contre-lettre" y alegan que nada ha cambiado desde el punto de vista jurídico; sin embargo, los tribunales otorgaron los bienes a la viuda, ya que ella, de buena fé, había confiado en la fachada simulatoria. Aquí encontramos un con

flicto de intereses entre personas interesadas en lo disimulado. (la nada, jurídicamente hablando, ya que se trata de simulación absoluta) y otra persona interesada en lo simulado. Perdieron - las primeras; pero no debe olvidarse que ellas eran, al mismo - tiempo, los herederos de una persona que había colaborado con - la simulación, y, en cierto sentido, como tales herederos, esta - ban identificados con la situación jurídica, no muy limpia, de la difunta. Es quizás a causa de ésto que la viuda ganó. Hubiera sido interesante ver un caso en el cual unas personas de buena fé, no herederos, hubiesen basado su actuación en la realidad de lo disimulado, y otras, también de buena fé, en la realidad de lo simulado. Desgraciadamente, Glück no nos presenta este caso. Leyser quizá si, pero hasta ahora no hemos podido localizar las Meditaciones de Leyser, aunque se trata de una obra - frecuentemente citada durante el Usus Modernus Pandectarum.

Personalmente creo que si dos grupos, de buena fé, están interesados, el uno en la realidad del negocio disimulado, y el otro en la del negocio simulado, debe aplicarse la regla papiniana, de que merece preferencia el que trate de evitar una -- pérdida, y no el que trate de conservar una ganancia, principio consagrado por el artículo 20 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales. Si, por ejemplo, la madre hubiera muerto en estado de insolvencia, la posición de sus acreedores merecería más protección que la de la viuda del hijo.

Sin embargo, no siempre se trata de tales conflictos, asimétricos a la luz de este principio papiniano; a menudo ambas -- partes tratan de evitar un perjuicio, o de conservar u obtener un lucro. En tal caso de empate hay dos soluciones: (a) la de -- otorgar mejor derecho al poseedor, como a menudo se hace cuando uno no encuentra ningún otro argumento jurídico para evitar el empate (in pari causa, possessor potior haberi debet: Paulo, D. 50.17.128); (b) aplicar el principio de la predominación de la realidad sobre la apariencia, y colocarse del lado de aquellos terceros de buena fé que basen sus esperanzas en la realidad de

lo disimulado, no en la fachada de lo simulado.

Estas dos reglas no siempre darán el mismo resultado ¿Cuál deberá preferirse? En mi opinión, la primera regla es de carácter general; la segunda es de índole especial, es decir, solo se refiere a la materia de la simulación. Dentro del campo de una figura especial, las reglas especiales predominan sobre las generales, de manera que, sostengo la prioridad de la segunda regla.

Así llegamos a las siguientes conclusiones:

a) Si un tercero basa sus esperanzas, de buena fé, en la realidad de lo simulado, y una persona que colaboró con la simulación o sus herederos están interesados en la realidad de lo disimulado, lo simulado predominará sobre lo disimulado: véase el caso de Leyser;

b) Si personas de buena fé basan sus esperanzas en la realidad de lo disimulado, y otras personas de buena fé que no sean causahabientes a título universal de una persona que colaboró con la simulación, están interesadas en la realidad de lo simulado, preferiremos a los que traten de evitar un perjuicio, y no a los que intenten obtener o conservar una ganancia (Papinia no; artículo 20 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales);

c) En el supuesto anterior, si ambos grupos tratan de evitar un perjuicio o de conservar un lucro, lo disimulado debe predominar sobre lo simulado;

d) Si lo disimulado, en el caso anterior no puede subsistir por propios méritos, la situación de ambos grupos deberá considerarse a la luz del supuesto que "nada" ha sucedido.

H) LA PANDECTISTICA ALEMANA. La pandectística alemana, analizó, desde luego, la simulación de acuerdo con su método de dogmatizar los textos del Corpus Iuris, armonizándoles y haciéndoles utilizables para la práctica jurídica del siglo pasado, sin preocuparse por la circunstancia de que dichos textos habían significado a menudo cosa muy distinta en su contexto ori-

ginal. Clarividencia dogmática y voluntaria ceguera histórica, es lo que caracterizaba a los pandectistas.

Un estudio importante de aquella escuela, sobre nuestro tema, era la de Kohler, "Mental-reservation und Simulation", que salió en los Iherings Jahrbücher, 16.2. y 16.7. Pero también el gran jurista alemán que había dado el impulso para la pandectística (aunque el mismo todavía equilibraba los puntos de vista - históricos y dogmáticos), Savigny, trata de nuestro tema en el párrafo 134 del tercer tomo de su sistema del Derecho Romano Actual. Allí, después de analizar el consensus tacitus y el - - - consensus fictus, llega al tema de la declaración jurídica sin voluntad, como ejemplo de la cual se refiere al testamento mancipatorio en su calidad de mancipatio --una compraventa sin la voluntad de celebrar tal contrato-- de manera que comprende en esta categoría varios casos que la pandectística posterior considera como "Nachgebildete Rechtsgeschäfte", y termina su párrafo respectivo con observaciones sobre la simulación que define como una declaración de voluntad entre dos o más personas, que están de acuerdo en que su declaración tendrá otra consecuencia que la común y corriente, en cuyo caso la verdadera intención - valdrá, y no la intención sugerida por las palabras. En su nota h) Savigny reconoce que no siempre hay motivos deshonrados en la simulación, y finalmente ofrece la conocida división de (1) una simulación que corresponde a la verdadera intención de no - realizar negocio alguno; (2) la simulación en la cual un negocio aparente disfraza otro negocio verdadero, y (3) la simulación en la cual una o más personas figuran como sujetos aparentes, estando de acuerdo conque los derechos o deberes recaerán sobre otras personas, realmente intencionadas como sujetos.

Todo esto, por lo tanto, no añade nada nuevo a la discusión.

En la pandectística posterior encontramos la discusión sobre la posición que ocupa el tercero de buena fé que derive su situación jurídica de un negocio simulado (véase Windscheid, -- I.75. nota 3, versus Dernburg, par.100).

Las conclusiones finales de la pandectística alemana pueden resumirse de la manera siguiente: en la simulación, los contratantes están de acuerdo en que no quieren lo que parecen querer; hay una diferencia entre (1) "Nachgebildete Rechtsgeschäfte", - (2) "reservatio mentalis", (3) "negocios fiduciarios" (en los cuales el negocio tiene hacia afuera aspectos de derecho real, y hacia dentro no, como en el caso en que traspaso la propiedad de ciertos bienes temporalmente a un amigo de confianza, para que les administre durante mi ausencia), y (4) simulación; las partes no pueden apoyarse en el negocio simulado, y cualquier tercero interesado puede hacer constar que se trata de un caso de simulación; inclusive los contratantes del negocio simulado pueden hacer valer entre ellos que se trataba de una simulación (para esta conclusión acerca de un tema que desde el Consilium 65 de Bartolo había movido tantas plumas, se basan en D.44.7.54 y C.4.50.5. y 6); también el contratante de un negocio simulado puede hacer valer el argumento de simulación frente a terceros que hayan derivado sus derechos del negocio simulado, sabiendo que se trataba de una simulación. En cambio, triunfó la opinión de Dernburg de que terceros de buena fé, que se apoyen en un negocio simulado, no pueden ser derrotados por los contratantes - en cuestión, ni tampoco por terceros de buena fé, interesados - en la existencia del negocio disimulado. Un caso especial, empero, fué encontrado en el matrimonio simulado; Kohler y otros -- consideraron que, en este caso, una "contre-lettre" no tendría ningún efecto, mientras que Dernburg y otros no admitirían, por ejemplo, reclamaciones sucesorias basadas en un matrimonio simulado. El Código Civil Alemán se puso, finalmente, de lado de -- Kohler.

La pandectística influyó, desde luego, considerablemente en el Código Civil Alemán de 1900. Allí encontramos la materia de la simulación en el artículo 117. La jurisprudencia Alemana excluye empero las normas de este artículo respecto de (a) declaraciones ante autoridades (reconocimiento de hijo, por ejemplo),

ya que la autoridad no puede válidamente entrar en un pacto simulatorio (contre-lettre etc.), y la colaboración simulatoria -- del funcionario en lo personal es un asunto privado de él, que no vale respecto del Estado; (b) ofrecimientos unilaterales (ya que el pacto simulatorio requiere bilateralidad; (c) matrimonios --excepción confirmada por la legislación-- ya que para la anulación de un matrimonio el derecho ha establecido un numerus clausus de causas, entre las cuales no figura la simulación. -- Además, la jurisprudencia alemana limita la figura de la simulación a la apariencia falsa de una voluntad, y no la extiende hacia la indicación falsa de un hecho (cf. la práctica de postdatar ciertos documentos), solución discutible: el acuerdo de no tomar en serio ciertos hechos, indicados para despistar a terceros, no deja de ser una voluntad simulatoria, un elemento jurídico, no simplemente facticio. La utilización de un negocio para alcanzar los efectos que normalmente corresponden a otro, no es "simulación", ya que el negocio utilizado ha sido realmente deseado. Para todo lo anterior, véase el comentario de Palland al artículo 117 BGB.

El BGB prevé el problema de la protección de terceros de -- buena fé, que se apoyen, sea en el negocio simulado o disimulado, que lleva hacia el super-problema de un conflicto de intereses entre un grupo de terceros, interesados en el negocio simulado, y otro grupo en el negocio disimulado, siendo ambos de -- buena fé (recuérdese nuestro análisis del caso presentado por -- Leysser); sin embargo, para todo esto, el derecho alemán se refiere a sus reglas sobre la protección de terceros de buena fé: no incorporará este tema en sus normas sobre la simulación.

La jurisprudencia alemana considera la simulación como indivisible; es decir, si A celebra un negocio con B y C, celebrando solo con B un pacto simulatorio (contre-lettre), no se puede alegar que se trata de un negocio simulado con B y no simulado con C, sino que todo el negocio es simulado.

Un interesante rasgo del derecho alemán es que, según la ju

jurisprudencia, si el negocio necesita la autorización estatal, - una autorización para el negocio simulado no se traslada automáticamente, descubierta la simulación, hacia el negocio disimulado. Ilustremos este caso con un ejemplo mexicano: para que un extranjero, inmigrado, compre un terreno, se necesita una autorización de la Sría. de Rel.Ext. Obtenida la autorización, el extranjero compra, haciendo figurar en la escritura como precio la cantidad de ciento cincuenta mil pesos pero pagando doscientos mil pesos. Normalmente, descubierta la simulación, el negocio simulado (compra por ciento cincuenta mil pesos) se anula y el negocio disimulado (compra por doscientos mil pesos) entra en su lugar, en caso de poder subsistir por propios méritos; en este caso la compraventa disimulada vale, pero, como hubo fraude fiscal, hay que liquidar las sanciones impositivas, algo que no afecta a la validez de la compraventa. Sin embargo, según la jurisprudencia alemana, en tales casos, la autorización estatal se esfumó junto con el negocio simulado, de manera que el negocio disimulado (compraventa de un inmueble por un extranjero) - de pronto carece de un elemento de validez. Así, el negocio simulado se anula, y el negocio disimulado no puede entrar en su lugar, por no poder subsistir por propios méritos.

¿Sería aplicable este razonamiento a los casos de compraventa de inmuebles por extranjeros, en México? En mi opinión no es así, ya que la Secretaría de Relaciones Exteriores otorga los permisos sin indicación del precio de venta, de manera que, automáticamente, puede trasladarse el permiso desde el negocio simulado (que se derrumba) hacia el disimulado (que entra en su lugar).

Sin embargo, tratando de demostrar como la pandectística -- alemana se reflejó en el Código Civil Alemán, me he dejado -- arrastrar a problemas interpretativos y jurisprudenciales relacionados con el derecho codificado, y como mi tesis trata de la historia de la simulación hasta las modernas codificaciones, es tiempo de terminar el presente trabajo.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En el derecho romano preclásico abundan los casos de "Nachgebildete Rechtsgeschäfte", a causa de la escasez de -- instituciones jurídicas de aquel entonces: por otra parte, casos de verdadera "simulación" no faltan por completo (cf. el caso de Licinio, en materia agraria).

SEGUNDA.- En el derecho clásico, la legislación caducaria - (Augusto) y la prohibición de donaciones entre cónyuges dieron lugar a casos de auténtica simulación. También a causa del desarrollo de la economía, la tentativa de engañar a los acreedores tuvo este efecto. El derecho clásico analiza los problemas que se presentan al respecto, con método casuístico, sin que podamos encontrar en el Digesto una clara teoría sobre la simulación.

TERCERA.- En el derecho postclásico, la "économie dirigée" y la dictadura fiscal que invaden el Imperio, traen consigo todo un arsenal de prácticas evasivas, por parte del público, a la que también pertenecen procedimientos simulatorios.

El problema de la simulación parece recibir ahora un tratamiento monográfico, de manera que en el Codex de Justiniano -- (que, sobre todo, contiene derecho postclásico) encontramos un título especial (C.4.22) sobre la simulación, mientras que el Digesto (que, sobre todo, contiene derecho clásico) carece de tal título.

CUARTA.- C.4.22 contiene cuatro citas de la segunda mitad del Siglo III sobre la simulación, mientras que la quinta cita se refiere a un caso que la dogmática moderna clasificaría entre los "errores in negotio". Las cuatro citas que se refieren a la simulación en sentido moderno, subrayan que lo disimulado predomina sobre lo simulado, pero por lo demás no tienen mayor relevancia: lo interesante del tratamiento que da el Corpus Iuris a la simulación reside más bien en los múltiples casos, dispersos en el Digesto, que en los cuatro casos mencionados en -- C.4.22.

QUINTA.- Acursio (primera mitad del siglo XIII) parece con-

siderar que la comprobación de la simulación no es, en si mismo, un argumento para la anulación del negocio simulado, sino que se necesita, además, un aspecto antijurídico en la simulación en cuestión.

SEXTA.- Básico para el desarrollo de la teoría continental de la simulación, ha sido el Consilium 65 del Primer Tomo de -- Consilia de Bartolo de Sassoferrato (mediados del siglo XIV).

SEPTIMA.- En dicho Consilio, se trata, inter alia, del problema de si el heredero de una persona que participó en una simulación puede o no atacar ésta. Bartolo distingue, al respecto, entre el heredero que salió perjudicado en cuanto a su portio legítima, y el heredero al cual el derecho no garantice una cuota mínima de la herencia del de cuius. Solo el primero puede -- atacar una simulación, perjudicial a su portio legítima, en la que interviniera el de cuius. En los demás casos, el de cuius no hubiera podido atacar la simulación ("nemo auditur propriam turpitudinem allegans") y el heredero, por su identificación -- con la posición jurídica del de cuius, sufre las mismas limitaciones que éste.

Bartolo no distingue empero entre una simulación que disminuyera la herencia a tal punto que el heredero no recibiese su portio legítima, y la simulación, que, aunque perjudicial al heredero, le dejara de todos modos la portio legítima.

Esta distinción, sin embargo, queda tácitamente implícita en su argumentación.

OCTAVA.- Una equivocada traducción de C.6.5.2 ayuda a Bartolo a llegar a conclusiones más prácticas, al respecto, de lo -- que permitió el texto original.

NOVENA.- Bartolo establece en dicho Consilium el principio, que es acatado durante varios siglos siguientes, de que la persona que alegue que hubo simulación, debe señalar a cual de los siguientes tres casos pertenece: (a) tanto el negocio simulado como el disimulado trasladan el dominio; (b) el negocio simulado solo tendrá eficacia durante un lapso muy breve; (c) las par

tes no quieren que el negocio simulado tenga eficacia.

DECIMA.- En dicho Consilio, Bartolo también exige que la -- persona que alegue que hubo simulación, explique la causa de la simulación (el motivo psicológico determinante).

DECIMA PRIMERA.- El derecho canónico, por su insistencia en la mención de la causa en todo convenio, en combinación con este requisito establecido por Bartolo y aceptado como necesario por la práctica de los próximos siglos, hizo más difícil el uso de la simulación.

DECIMA SEGUNDA.- Bartolo no concede importancia a la renuncia anticipada a la facultad de tildar un convenio de simulado. Por otra parte, niega que un negocio aparezca como simulado por el simple hecho de que una traslación de dominio, que hubiera sido normal en este negocio, no haya sido llevada a cabo (un ex preso "constitutum possessorium" no es necesario para proteger el negocio contra la acusación de ser simulado, aunque sí puede ayudar al respecto).

DECIMA TERCERA.- Según Bartolo, la simulación no significa necesariamente que lo simulado debe anularse (no toda simulación es anti-jurídica).

En caso de antijuridicidad, empero, lo simulado cede ante - lo disimulado, si éste puede existir por propios méritos; si no, tanto lo simulado como lo disimulado deben anularse.

DECIMA CUARTA.- Según Bartolo, una presunción iuris et de iure no es un obstáculo para la facultad de los interesados de comprobar que hubo simulación.

DECIMA QUINTA.- La lucha contra los intereses, inspirada en textos bíblicos, dió, durante la edad media, lugar a una amplia práctica simulatoria, que tomó la forma, inter alia, de (1) con tractus mohatrae, (2) contractus trinus (3) la compra de censos redimibles.

DECIMA SEXTA.- Un texto, omitido en la literatura contemporánea que hemos consultado sobre historia de la lucha contra la simulación en materia de intereses, es la Ordenanza Real de Cas

tilla que fué publicada como 23.1 del Ordenamiento de Alcalá. - Hemos demostrado que un análisis cuidadoso de este texto revela algunos aspectos ilógicos.

DECIMA SEPTIMA.- El renacimiento produce una detallada investigación de los aspectos probatorios de la simulación, que finalmente cristalizará en la gran obra de Mascardo, "De Probationibus". Se llega a la conclusión, entre otras, de que la comprobación de la simulación exige menos elementos si ésta es alegada por terceros, y no por una de las partes (Cardenal de Mantica). Además, el renacimiento nos trae una nueva división de los casos de simulación, de Dumoulin (de re ad rem; de contractu in contractum; de persona ad personam).

DECIMA OCTAVA.- En la fase postrenacentista, Domat parece haber visto el grave problema del conflicto de intereses entre dos grupos de terceros de buena fé, de los cuales unos están interesados en la eficacia del negocio simulado, y otros en la del negocio disimulado. Leyser, autor del Usus Modernus Pandectarum, ilustra este problema con un pintoresco caso, tratado en esta tesis, sin que dicho autor analizara el tema hasta sus últimas consecuencias.

DECIMA NOVENA.- La pandectística alemana distingue claramente entre el consensus tacitus, el consensus fictus, el "Nachgebildete Rechtsgeschäft", la "reservatio mentalis", el negocio fiduciario y la simulación, y establece la preferencia por terceros de buena fé, interesados en el negocio simulado, sobre terceros de buena fé, interesados en la eficacia del negocio disimulado. No se llega a una communis opinio respecto de las consecuencias de una "contre-lettre" en materia de matrimonio (¿ineficacia total de la "contre-lettre", o eficacia reducida a cuestiones patrimoniales?).

BIBLIOGRAFIA

Fuentes

- Alfonso el Sabio.- Siete Partidas, 1257-1263.
Alfonso XI.- Ordenamiento de Alcalá, 1348.
Código Civil Alemán, 1900.
Código Civil del Distrito y Territorios Federales, 1928.
Justiniano.- Codex. 4.22 y Digesto (varias citas).
Teodosio.- Código, 9.41.1

COMENTARIOS.

- Acursio.- La "Glosa Ordinaria" publicada como parte de la edición del Corpus Iuris, Lyon, herm. Senneton, 1550.
Bartolo de Sassoferrato, Opera, Venecia, 1596.
Cardenal de Luca, Joh. Baptista.- Theatrum Veritatis et Justitiae, Nápoles, 1758.
Cardenal de Mantica, Fco. María.- Vaticanæ lucubrationes de -
tac. et amb. conv. Roma,
1609
Camara, Héctor.- La simulación de los Actos Jurídicos, editorial Depalma, Buenos Aires, 1958.
Concina, Daniel.- Usuræ contractus trinus, Roma, 1748.
Cuyacius, Jacobus.- Opera, París, 1874.
Del Castillo Sotomayor, Juan.- Controversiæ, Col. Allobrogorum,
1727.
Dernburg, H.- Pandette, trad., Torino, 1906.
Domat,- Les Loix Civiles, París, 1777.
Donelo, Hugo.- Opera, Florencia, 1840.
Favre, Antonio.- Codex Fabrianus, Ginebra, 1640.
Ferrara, Francisco.- La simulación de los Negocios Jurídicos, -
traducción de editorial revista de derecho
Privado, Madrid, 1953.
Gluck, Federico.- Comentario alle Pandette, trad., Milán, 1888.

Mascardo, José.- De Probationibus, Venecia, 1593.

Menochio, Jacobo.- Libri Consiliorum sive Responsorum, Francfur
to, 1628.

Molinaeus, Carolus (Dumoulin).- Opera, París, 1612.

Savigny, C. F. .- Sistema del Derecho Romano Actual, trad., - -
Madrid, 1878.

Stochio, Cristóforo.- De Simulatis Contractibus Germanis, Jena,
1748.

Suarez, Francisco.- De Legibus ac Deo Legislatore, Venecia, 1740.