

EL ACUERDO SIMULATORIO: NOCIÓN, IMPORTANCIA Y EFECTOS

por ENRIQUE CARLOS MÜLLER

SUMARIO: 1. Noción. a) El acuerdo de partes que le sirve de causa. 2. Naturaleza del acto simulatorio. 3. Diferencia con otras figuras. 4. Negocios indirectos y fiduciarios. 5. Simulación y reserva mental. 6. Formas. 7. Importancia. a) Entre las partes. b) De los terceros. 8. Efectos. a) Entre las partes. b) En relación a terceros.

1. Noción

Podemos señalar que "simular" significa representar o hacer aparecer alguna cosa fingiendo o imitando lo que no es, y "disimular", ocultar lo que es, teniendo en ambos casos el mismo objetivo: el engaño, afirmando que el acto simulado consiste en el acuerdo de partes, de dar una declaración de voluntad o designio divergente de sus pensamientos íntimos, con el fin de engañar inocuamente o en perjuicio de la ley o de terceros¹.

El fin de la simulación es pretender hacer aparecer *erga omnes* un negocio distinto del realmente concluido. Éste, el negocio querido, es el negocio disimulado.

Se ha dicho que el negocio simulado resulta un medio para alcanzar un fin distinto al que su causa representa².

En este sentido podemos observar claramente dos aspectos bien diferenciados en el acto simulado. Por una parte tenemos el "negocio simulado", que es la parte visible, la que los contratantes hacen os-

¹ CÁMARA, *Simulación en los actos jurídicos*, 1944, ps. 28 y 29.

² BETTI, *Teoría general*, p. 50, en COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *El negocio jurídico*, Astrea, 1992, p. 311.

tensible, y por otra parte tenemos el "acuerdo simulatorio", que es aquello que quedará oculto y será conocido sólo por los interesados.

De aquí que existirán dos realidades jurídicas, una que será la conocida por todos y otra que encubrirá lo que en realidad quieren los contratantes. Si nos preguntamos cuál de las dos declaraciones es querida por las partes, la que corresponde al negocio simulado o la pertinente al acuerdo simulatorio, debemos concluir que ambas son queridas, que no hay divergencia entre la voluntad y lo declarado.

Es que un mismo hecho origina una doble relación: la relación interna y la relación externa, y las divergencias mencionadas antes surgen de no diferenciar lo suficiente la relación interna y la externa, lo equivalente a "partes" y "terceros".

De lo dicho anteriormente, y en consonancia con la mayoría de la doctrina, podemos afirmar que el acuerdo simulatorio es uno de los elementos necesarios para configurar un negocio simulado. En este sentido se ha manifestado la jurisprudencia nacional: "No es posible declarar una presunta simulación si no se acredita la existencia del acuerdo simulatorio".

"El acuerdo simulatorio de las partes otorgantes del acto constituye uno de los requisitos de la simulación".

Así encontramos también necesario que se configuren en todo negocio simulado:

- La contradicción consciente entre la voluntad interna y la declarada, y
- el propósito de engañar, ya sea inocuo o en perjuicio de terceros o de la ley.

a) *El acuerdo de partes que le sirve de causa*

Es condición primordial para la simulación la conformidad de todas

³ CNCiv., sala C, 18-3-97, "Fernández, Noemi c/Agesta, Domingo s/Simulación", sum. SAJ N° C0039782.

⁴ CNCiv., sala A, 25-11-92, "Centro de Suboficiales Retirados del Ejército y Aeronáutica y Rubén José Lugón e Hijos SA c/Lugón, Rubén José y Centro de Suboficiales Retirados del Ejército y Aeronáutica s/Cobro de sumas de dinero", sum. SAJ N° C0009776.

las partes contratantes. No basta que alguna manifieste la declaración en desacuerdo con su íntimo pensamiento, sino que es imprescindible que el otro contratante formule la suya igualmente fingida y en inteligencia con el primero. La ficción supone una relación bilateral entre los que efectúan el negocio, quienes cooperan juntos en la creación del acto aparente, en la producción de la falsa imagen constitutiva del acto simulado.

Compagnucci de Caso nos dice que al acuerdo simulatorio se lo denomina "contradeclaración" o "declaración secreta" (*contre-lettre* en la doctrina francesa) y consiste en un convenio que las partes celebran para dar significación real al acto simulado, y en los supuestos de simulación relativa, el acuerdo sirve para dar realce al disimulado. Con el acuerdo simulatorio, los contratantes hacen vivir un negocio aparente con todo su viso de certeza.

En doctrina, por su parte, se han seguido diversas tesis, informándonos Zannoni acerca de la naturaleza de este acuerdo. En la *francesa clásica* y aún moderna, ha prevalecido el criterio de que ese acuerdo y el negocio simulado son dos actos jurídicos diferentes, que se vinculan con el sentido de que aquél, el acuerdo simulatorio, modifica, altera o suprime los efectos del negocio simulado. En cambio, la *doctrina germánica* ha considerado que el acuerdo simulatorio y el negocio simulado integran, en realidad, un acto único, cuyo contenido se neutraliza, como lo sostuvieron, por ejemplo, Rover, Schlossmann y Köhler.

En nuestra doctrina, Mosset Iturraspe considera que el acuerdo simulatorio es un momento prenegocial del negocio simulado en sí (algo así como un contrato preliminar o preparatorio) que obliga a las partes a concluirlo y simultáneamente, vincula a las partes al negocio oculto, cuando lo hay⁵.

Ferrara a su vez indica que existe un acuerdo para emitir la declaración deliberadamente divergente. La simulación supone un concierto, una inteligencia entre las partes; éstas cooperan juntas en la creación del acto aparente, en la producción del fantasma jurídico que

⁵ ZANNONI, Eduardo, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 353, notas 7 y 8.

constituye el acto simulado. Sin el concurso de todos, la simulación no es posible; no basta con el propósito de uno solo, pues con ello se tendría una reserva mental, no una simulación. El acto será válido entre los contratantes y ninguno de ellos podrá creerse no obligado por su intención unilateral de obrar en apariencia⁶.

Conceptualizado el mismo, concordamos con Compagnucci de Caso en que uno de los problemas que ha preocupado a la doctrina es si el acuerdo solamente es realizable en los actos bilaterales como producto de un concierto de voluntades, o bien, como excepción, puede sin previo acuerdo emitirse una declaración de voluntad unilateral recepticia suficiente para que el destinatario pueda conocer la anormal significación de la declaración.

Ferrara, en punto a ello, nos dice que, respecto de los actos unilaterales, la simulación no se distingue de la reserva mental y son infundadas las diferenciaciones que han querido establecer Scheiff y Köhler. Este último autor trata de iluminar la antítesis con un ejemplo. Si entrego al ministro una escritura de fundación, y contemporáneamente, en un segundo escrito, declaro que mi voluntad no es seria, existe simulación; si por el contrario, me limito a confiar a un amigo esta voluntad contraria, existe reserva mental. Pero Köhler olvida que en la primera hipótesis del ejemplo citado no hay simulación, sino un acto revocatorio de la declaración, porque falta el ánimo de engañar, que es requisito esencial de la conducta simulada. Y decir, como ha dicho Scheiff, que la reserva consiste en dejar una parte de la voluntad sin declarar, y la simulación en provocar un error, es jugar con un concepto demasiado restringido y gramatical de la reserva, sin que ello, por otra⁷ parte, conduzca a ningún resultado jurídico. Si yo declaro fingidamente que instituyo por mi heredero a tal o cual persona, o confiero sólo en apariencia un poder, esta simulación unilateral mía se considera, frente al derecho, como una reserva que, en general, es cualquier divergencia intencional de la declaración emitida por una sola de las partes, dirigida a engañar a los demás. La simulación —con-

⁶ FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1953, p. 44.

⁷ FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos cit.*, p. 47.

cluye— es el resultado de un acuerdo entre los contratantes y sale, por lo mismo, del campo de los actos unilaterales.

Hoy, sin embargo, se acepta que en algunos actos unilaterales se posibilita el acuerdo simulatorio; tal como lo destaca Mosset Iturraspe cuando afirma compartir el distingo que formula la doctrina moderna entre negocios unilaterales recepticios y no recepticios (o dirigidos o no dirigidos), entendiendo por los primeros aquellos que para su existencia y la producción de efectos deben comunicarse a determinado sujeto exclusivamente interesado en él, y por los segundos, los que carecen de un destinatario exclusivamente interesado y, por ende, no pueden ni deben ser dirigidos a persona alguna. En los negocios unilaterales recepticios se da, en alguna medida, una cooperación entre el sujeto que declara su voluntad y el destinatario de esa declaración. Y esa cooperación, al decir de Messina, es la que posibilita la existencia de un acuerdo simulatorio. Otro tanto ocurre con la renuncia de un derecho, que si bien es un acto jurídico unilateral que produce sus consecuencias jurídicas por la sola voluntad del renunciante, debe ser aceptada como requisito de irrevocabilidad o irrectractabilidad (art. 868, parte segunda) sea que el destinatario rechazando la declaración tenga el poder de impedir la formación del negocio, lo cierto es que una u otra actitud posibilitan arribar al entendimiento simulatorio⁸.

Como señala Larenz, “se llama acuerdo simulatorio cuando las partes, de común acuerdo, producen solamente la apariencia externa de la conclusión del negocio jurídico, y, en cambio, no quieren dar lugar al efecto jurídico conectado al respectivo negocio”. “En el negocio simulado el significado atribuido de común acuerdo es que no debe tener lugar un efecto correspondiente a la declaración”⁹.

Es condición primordial para la simulación la conformidad de todas las partes contratantes. La ficción supone una relación bilateral entre los que efectúan el negocio, quienes cooperan juntos en la creación

⁸ MOSSET ITURRASPE, *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, Ediar, 1974, ps. 60 y 61 y notas 4, 5 y 6.

⁹ ZANNONI, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos cit.*, p. 352.

22

del acto aparente, en la producción de la falsa imagen constitutiva del acto simulado. Las dos partes deben resultar de acuerdo con lo querido.

La *causa simulandi* es el principio determinante a que han obedecido las partes ya que no es lógico que obren sin razones; es el primer signo revelador de la ficción, su intención final, sirviendo de orientación o brújula para la pesquisa¹⁰.

La *causa simulandi* es lo que permite valorar el negocio desde el punto de vista de la licitud o ilicitud. Además establece una relación intelectual por cuanto los contenidos del acuerdo son determinados por ella.

Tanto el acto simulado, aparente, como el disimulado cuando éste existe (simulación relativa), se cohesionan a través del acuerdo simulatorio en función de una causa fin o finalidad¹¹. Por su parte, desde la jurisprudencia se ha dicho: "Para que se configure la simulación de los actos jurídicos constituye requisito indispensable la conformidad o acuerdo de todas las partes otorgantes del acto"¹².

"El acuerdo libre de los contratantes es un requisito de la simulación, en tanto el negocio simulado se quiere, aunque como medio, es decir, existe una divergencia deliberada y consciente entre la voluntad y su declaración. Cuando, por el contrario, la declaración emitida no es consecuencia de la libertad contractual, sino que el negocio ficto es producto del dolo, violencia o abuso de un cocontratante, no puede hablarse de acto querido sino de negocio involuntario.

"El acto viciado propiamente de simulación es siempre y para todos los otorgantes, un acto voluntario, y si puede ser anulado no es por razón de la voluntad, sino simplemente porque no es un acto real y sincero, en todo o en parte"¹³.

"Constituye requisito para que se configure la simulación de los actos jurídicos la conformidad o el acuerdo de entre todas las partes

¹⁰ CÁMARA, *La simulación en los actos jurídicos* cit., p. 199.

¹¹ VALENTE, *Correspondencia intelectual o funcional entre la causa simulando y el acuerdo simulatorio*, en D. J. 1998-D-389.

¹² CCCom. de Santa Fe, sala 3ª, 6-5-88, "Banco de Londres y América del Sur s/Gozaín, Carlos y otros", *Juris*, Nº 7, 230, t. 1.

¹³ CCCom. de Paraná, sala 2ª, 30-4-86, "Cappelino, Ferdinando c/Trossero, Pablo s/Escrituración", *Zeus* 42-R-4.

otorgantes del acto, y en la hipótesis de la interposición real de personas, ese requisito está ausente"¹⁴.

2. Naturaleza del acto simulatorio

Acerca de la naturaleza jurídica del acto simulado, encontramos dos posturas:

- a) Es un acto inexistente.
- b) Es un acto nulo.

Para la tesis *del acto inexistente*, que cuenta entre sus seguidores a Liambías, Acuña Anzorena, Raffo Benegas, Massot, Colmo, De Gáspari y Morello, consideran como tal al negocio simulado, en razón de que no hay una manifestación de voluntad de quienes intervienen, ni mucho menos consentimiento, ya que el acuerdo fue para construir la apariencia, no para realizar un acto eficaz; frente a lo cual nos dice Rivera que el acto simulado no es un acto real provisto de un vicio que pueda invalidarlo, sino una mera apariencia, dada su falta de sinceridad.

No se trataría entonces de invalidar el acto viciado para extinguir sus efectos, sino simplemente declarar que tal presunto acto no existe y que se está frente a una simple apariencia.

La inexistencia del acto acarrearía la imprescriptibilidad de la acción de simulación, y según algunos, al menos, que el subadquirente a título oneroso y de buena fe no estaría amparado por la regla del artículo 1051, que se aplicaría (según esta tesis) sólo a los supuestos de adquisición causada mediante acto nulo o anulable. Por lo demás, el acto tampoco sería confirmable¹⁵.

Para la tesis que considera al *acto simulado como nulo* (criterio que sigue la mayoría de la doctrina nacional: Salvat, López Olaciregui, Maset Iturraspe, Salas, Cifuentes, Borda, Cortés, Llerena, Cámara, Segovia, etc.), como nos refiere Compagnucci de Caso, lo dispuesto en los artículos 1044 y 1045 del Código Civil dan apoyo suficiente para argumentar la nulidad; se trata de simulación lícita o ilícita, pues

¹⁴ CNCiv., sala F, 27-8-82; E. D. 103-150.

¹⁵ RIVERA, *Instituciones de Derecho Civil y leyes complementarias*, 1995, p. 862.

la invalidez surgirá por la falsa causa, o bien por la falsa realidad de un acto en sus características objetivadoras¹⁶.

Autores que a su vez nos dicen que cuando la simulación se encuentra presumida por la ley, el acto es nulo; así lo dispone el artículo 1044: "Son nulos los actos jurídicos en que los agentes hubiesen procedido con simulación o fraude presumido por la ley", por ejemplo en los casos previstos en los artículos 1297, 3604, 3741 del Código Civil¹⁷.

En cambio, será anulable cuando el vicio que afecte el acto no se encuentre en una presunción legal, o sea necesaria una investigación de los hechos para llegar a ese resultado. Ya que, en este caso, el juez necesita determinar mediante la relevancia de las apariencias, que el acto no es real. Las pruebas que atañen al acuerdo sospechoso y no manifiesto llevan a la anulabilidad, que será relativa si los intereses comprometidos en la cuestión son meramente privados. Y, por el contrario, la nulidad será absoluta si están en juego leyes imperativas o la defensa de intereses generales superiores.

La cuestión es trascendente, pues la acción de simulación es prescriptible si la nulidad es relativa. Pero es imprescriptible si la nulidad es absoluta, como refiere Mosset Iturraspe.

3. Diferencia con otras figuras

El acto simulatorio presenta, en relación a otras figuras, las diferencias siguientes:

a) *El error y el dolo*: Tales vicios del acto voluntario nos revelan

¹⁶ COMPAGNUCCI DE CASO, *El negocio jurídico* cit., p. 332; JORDANO FRAGA, *Falta absoluta de consentimiento*, p. 216; RUIZ SERRAMALERA, *El negocio jurídico*, 1980, p. 297; MACHADO, *Exposición y comentarios del Código Civil argentino*, 1898, t. III, p. 307; ST de Santa Fe, sala II, *Juris* 15-108; SCJBA, E. D. 143-41.

¹⁷ COMPAGNUCCI DE CASO, *El negocio jurídico* cit., 1995, nota 79; ZANNONI, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos* cit., p. 382, nota 115, efectúa una importante aclaración al señalar que para que el acto sea nulo es necesario que la presunción legal sea *iure et de iure*, porque si lo es *iuris tantum*, hay que pensar en su anulabilidad, y acota para el caso de los arts. 1297 y 3741 que hay autores que sostienen el carácter *iure et de iure* de la presunción.

una contradicción entre lo expresado y lo realmente querido, pero lo que los diferencia de la simulación es que tal discordancia no es consciente ni acordada.

- b) *Violencia*: Aquí también la contradicción antes apuntada existe, pero es el caso de que el sujeto del cual surge la declaración, si bien sabe de la misma, no la consiente libremente.
- c) *Fraude*: La diferencia fundamental que existe entre el negocio jurídico fraudulento y el simulado es que el primero es un acto real, mientras que el segundo es pura apariencia, una ficción, una irrealdad creada para engañar a terceros. Una segunda distinción es que es de la esencia del acto fraudulento la intención de causar un perjuicio a los acreedores.

De estas comparaciones nacen diferencias de régimen muy significativas.

1. Para ejercer la acción revocatoria hay que ser acreedor de fecha anterior al acto; no es así en la simulación, en la que basta con tener un interés legítimo —aun fundado en un crédito eventual— a la fecha en que se promueve la acción.

2. Para ejercer la acción de simulación no es necesario que el acto produzca o agrave la insolvencia, lo que sí es requerido para que sea viable la acción revocatoria contra un acto tachado de fraudulento.

3. El acto simulado es nulo; el fraudulento, inoponible. De allí que la acción de simulación beneficia a todos los acreedores, mientras que la acción revocatoria sólo beneficia al acreedor que lo ha intentado y en la medida de su crédito (salvo que se trate de una acción revocatoria ejercida en el ámbito de una quiebra, en la cual la revocación del acto fraudulento mejora la situación de todos los acreedores en la masa)¹⁸.

4. Negocios indirectos y fiduciarios

Hay negocios indirectos, nos dice Cifuentes, que no entrañan simulación. Estos son reales, aunque rodeados de apariencia. En ellos se acude a un acto utilizado con formas aparentes, pero que encubren lo real querido. Así, el caso de la *in iure cessio* del Derecho Romano,

¹⁸ RIVERA, *Instituciones de Derecho Civil...* cit., ps. 858 y 859.

como proceso artificial desarrollado ante el magistrado, para obtener el *ad peurento* del vendedor, la adjudicación de la cosa otorgada por el tribunal a través de la vía reivindicatoria.

El negocio indirecto (aparente) persigue con un medio técnico un resultado no contrario a Derecho. Es aparente, pero no engaña a nadie, ni pretende ocultar los verdaderos objetivos.

El negocio es querido por las partes para lograr posteriormente un objeto que va más allá del medio empleado. Pero no obstante ese medio distinto del fin, o propósito final querido, no disimula ante los terceros, pues nadie se va a confundir sobre el real significado del acto.

Ha dicho Jorge Alterini, recordando a Köhler, Cariota Ferrara y Messineo, que en el negocio indirecto para la consecución de un fin se hace uso de una vía oblicua, transversal, o sea, no se toma la vía normal, y se produce una disonancia entre el medio empleado, que es un negocio típico, y el fin práctico, perseguido.

Pero, en suma, el negocio indirecto es verdadero y querido por las partes, aunque con él se persiga un fin distinto del que normalmente realiza el tipo utilizado; mientras que el negocio simulado no es sino un negocio aparente o ilusorio y no querido.

Por ello, la distinción con la simulación absoluta, en la que el acto censurable nada tiene de real, es más neta, pero con la relativa, que encubre un acto real disimulado, es menos clara. Hay autores —afirma Cifuentes— que confunden esas figuras del negocio indirecto y la simulación relativa. Para Betti, profundizando la distinción, ella se encuentra en la incompatibilidad, en la discrepancia que surge del fenómeno simulado (por ej., venta sin precio), mientras que en el indirecto y en el fiduciario la discrepancia de la función típica del negocio asume el carácter de una simple incongruencia de fines que, aunque distintos, son compatibles entre sí¹⁹.

A su vez, el autor a quien seguimos sostiene que dentro del marco de los negocios indirectos, que no son simulados, se destaca el fiduciario. Es el que se celebra transmitiendo o constituyendo un derecho,

¹⁹ CIFUENTES, *El negocio jurídico*, Astrea, 1986, ps. 496 y 497 y sus notas. Cf. CÁMARA, *Simulación en los actos jurídicos* cit.; RIVERA, *Instituciones de Derecho Civil...* cit., 1995, p. 55; p. 391; E. D. 74-457.

pero de conformidad con lo realmente querido por las partes, el *ac-cipiens* tiene que transmitirlo a un tercero mediante otro acto jurídico.

Viene esta figura de la idea de fiducia, fe, confianza volcada por el fiduciante que transmite el derecho sobre el fiduciario, que se obliga a trasladarlo a un tercero.

Aquí tampoco hay acto ilusorio, falsas apariencias debajo de las cuales pueda descubrirse la nada u otro acto real, como en la simulación, sino que las dos transferencias son reales y queridas. La primera, provisional e impulsada a un fin económico posterior, que la vuelve transitoria o, en todo caso, destinada a dar cumplimiento a la segunda.

Como señaló Ferrara, las partes necesitan suplir deficiencias del Derecho positivo, para obtener ciertos fines que no facilita el orden jurídico. Dado que no pueden crear por su propio arbitrio tipos especiales de negocios, tienen que utilizar los existentes.

En el negocio fiduciario ocurre eso y acuden a varias formas jurídicas, a menudo contradictorias, combinadas o entrelazadas en forma tal que, por ese medio, obtienen los nuevos resultados.

Hay, pues, en esos negocios indirectos fiduciarios, un contrato real positivo con transferencia perfecta e irrevocable de la propiedad o crédito, y un contrato obligatorio negativo, que impone al fiduciario usar de determinado modo el derecho para restituirlo o para traspasarlo a otro.

5. Simulación y reserva mental

Es fundamental en la simulación, como expresáramos, el acuerdo simulatorio.

Distinto es el caso, refiere Zannoni, en que alguien realiza voluntariamente una declaración negocial contraria a su intención real. Hay, en este supuesto, una reserva mental. Obviamente, quien emite una declaración diferente de su voluntad real, obra unilateralmente, y, en su caso, con el propósito de inducir a engaño al otro contratante.

Es claro que para que exista reserva mental debe tratarse de un negocio serio, de un negocio real, en el que una de las partes desconozca que la otra declara voluntariamente querer su realización o sus efectos no queriéndolos en realidad; indicando a su vez que, como sinte-

tiza Mosset Iturraspe, "en la reserva mental uno de los declarantes trata de reservarse como derecho, no querer luego lo que dijo querer antes; trata de hacer privar el querer interno sobre lo declarado. En la simulación son queridas las dos declaraciones de voluntad, la que corresponde al negocio simulado y la pertinente al acuerdo simulatorio", y que la doctrina está conteste en afirmar que cuando se trata de declaraciones negociables recepticias, la reserva mental de cualquiera de las partes no obsta a la plena validez del acto jurídico, pues, como señala Betti, "los efectos jurídicos no dependen de la voluntad del interesado ni pueden ser excluidos por una voluntad puramente interna".

Es que alegar la reserva mental como causa de ineficacia del negocio, implicaría tanto como ir contra los propios actos *-venire contra factum proprium-* o, si se prefiere, alegar su propia torpeza²⁰.

6. Formas

La simulación, como lo señala el legislador en el artículo 956, se clasifica en absoluta o relativa.

La simulación es relativa cuando se esconde, mediante un acto jurídico, otro negocio. Por ejemplo si se esconde una donación bajo la forma de una compraventa²¹. Como afirma Galgano, se produce cuando las partes crean la apariencia de un contrato distinto del que efectivamente quieren. Aquí hay dos contratos: el contrato simulado, que es el destinado a aparecer sólo exteriormente, y el contrato disimulado, que es el realmente querido por las partes. El primero puede ser distinto del segundo por el tipo contractual: se simula, por ejemplo, una compraventa cuando en realidad se otorga una donación (la donación, a menudo, se disimula bajo la apariencia ficticia de una com-

²⁰ ZANNONI, *Ineficacia...* cit., p. 364.

²¹ "En la simulación relativa el negocio simulado no se concluye entre las partes para realizar su causa típica, sino que en virtud del acuerdo simulatorio existe otro negocio, lícito o ilícito, que se denomina simulado u oculto, y es el que realiza en realidad la intención práctica de aquélla". CCCom. de Trenque Lauquen, 6-8-87, "Pagani, Eva y otros c/Pagani, Adolfo y su sucesión s/Simulación y colación", sum. SAJ N° B2202192.

praventa porque el impuesto que grava la donación es superior al que grava la compraventa); se simula un contrato de trabajo cuando en realidad se perfecciona un contrato de sociedad (así, aparece como auxiliar del empresario quien, en cambio, es cotitular y, de esta manera, se elude, por ejemplo, el pacto de no concurrencia que vinculaba a éste frente a otro empresario). Además, puede ser distinto por su contenido: así, en una compraventa puede ser simulado el precio, el cual en el contrato simulado se indica con una suma inferior a la real (también aquí la razón puede ser de índole fiscal ya que el impuesto está en proporción con el precio, pero puede obedecer a causa de diversa naturaleza, como en el caso del concesionario que está obligado, mediante contrato con el concedente, a vender al precio predeterminado por éste y, sin embargo, para conseguir nuevos clientes les vende a precios más bajos)²².

En cambio es absoluta cuando no hay ningún negocio detrás del acto simulado. Estamos ante una simulación absoluta cuando por ejemplo se simula vender un bien al solo efecto de sacarlo del patrimonio de una persona a fin de evitar que sea alcanzado por la acción de los acreedores y en realidad el bien nunca cambia de titularidad.

Asimismo, la simulación puede ser clasificada como lícita o ilícita. La simulación es lícita cuando la finalidad de ocultar la verdadera naturaleza del negocio o su inexistencia es inocente, pero si en cambio tiene como fin violar la ley o perjudicar a terceros, es ilícita²³.

7. Importancia

La acción judicial que se promueve para dismantelar el negocio ostensible de su apariencia engañosa, tiene por objeto evitar que una de las partes, beneficiándose con el negocio visible, pretenda desconocerlo y actúe como si aquél fuera un negocio serio y real²⁴.

Han observado importantes autores que "la prueba constituye la

²² GALGANO, *El negocio jurídico*, trad. realizada por P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Abelenda, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, ps. 336 y 337.

²³ CSJN, 3-4-90, "Appliance SA c/Otero, O.; Díaz, H. y Abeléira, A. s/Recurso de hecho", sum. SAJ N° A0024166.

²⁴ CIFUENTES, *El negocio jurídico* cit., p. 650.

zona, no sólo de mayor interés, sino también neurálgica del proceso"²⁵. Es impensable consagrar un derecho que no pueda ser probado. La prueba se constituye así en un elemento esencial, no tanto del proceso sino del derecho mismo.

De aquí que todo lo que expongamos acerca de la acción de simulación pierde sentido si no tenemos claro lo relacionado con la manera de hacer efectivas las potestades derivadas de la misma.

Para ello es necesario exponer en primer lugar que la razón de ser del acuerdo simulatorio, es decir su finalidad última, la encontramos en el propósito de engañar, ya sea inocuo o en perjuicio de terceros.

En materia de simulación rige el principio de *onus probandi incumbit actoris*, es decir que la carga de la prueba corresponde a quien reclama.

Pero cabe aclarar que esta materia se encuentra en uno de los terrenos de mayor dificultad probatoria, y es por ello que el principio antes expuesto queda debilitado en muchos supuestos.

Así, quien alega la simulación debe probar ese hecho constitutivo, pero de ninguna manera se lo puede obligar a la probanza de un hecho negativo.

Sin embargo, este principio se ha aplicado en nuestro derecho con moderaciones. Los tribunales del país han declarado que: "En los juicios de simulación no se invierte la carga de la prueba, la que sigue las alternativas de los hechos constitutivos, extintivos, convalidativos o impeditivos que se aleguen". Y que "El principio de que pesa sobre el actor la carga de la prueba no es de aplicación absoluta en materia de simulación"²⁶.

Los hechos extintivos e invalidativos deberán ser probados por quien es perjudicado por el hecho. Así, no es que propiciemos una total inversión de la carga probatoria, sino que sólo se postula una redistribución del *onus probandi*, pero sí exigir al demandado que realice una actividad procesal que convenga acerca de la veracidad de su réplica y no una simple negativa.

Aclarado lo anterior, coincidimos con Compagnucci de Caso en

²⁵ SENTÍS MELENDG, Santiago, *El proceso civil*, 1957, t. 1, p. 132.

²⁶ CNCiv., sala A, E. D. 1-961.

afirmar que en materia de la prueba de la simulación existen algunos principios propios y que corresponde distinguir entre la prueba cuando se la entabla entre las partes y aquella en los casos en que es promovida por los terceros.

a) *Entre las partes*

Es preciso aquí atender a lo dispuesto en la parte final del artículo 960 del Código Civil: que solamente se podrá prescindir del contradocumento para admitir la acción de simulación cuando existan circunstancias que hagan inequívoca la existencia de la simulación.

Esta disposición, incluida en el ordenamiento con la reforma de 1968, viene a aclarar las dudas que se plantearon en doctrina sobre cuáles eran los medios de prueba admitidos entre las partes, para probar la simulación.

Desde entonces quedan descartadas las teorías de que el contradocumento era la prueba exclusiva salvo rígidas y concretas excepciones, y, asimismo, la que admitía todo medio de prueba sin más.

El contradocumento es, a decir de Ferrara, aquello que contiene la convención u obligación que viene a modificar o anular la convención anterior. Es un acto destinado a quedar secreto, que modifica las disposiciones de un acto ostensible.

Al ser un acto de reconocimiento requiere la capacidad de las partes y la ausencia de todo vicio.

"El alcance de la presentación del contradocumento ha sido morigerado, pues la doctrina en general entiende que él es exigido sólo en principio; esto significa que el contradocumento no es un requisito de viabilidad en sí de la acción o defensa, sino sólo de su procedencia definitiva para el caso de que no se allegase prueba inequívoca sobre la simulación que sustituya al contradocumento"²⁷.

En cuanto al tiempo del contradocumento, no es requisito que haya simultaneidad entre éste y el negocio simulado. Así lo ha entendido la doctrina desde antaño.

²⁷ CNCom., sala D, 28-12-84, "Ford Finanzas SA c/Montañale SRL", I. L. 1986-1995.

En cuanto a la forma del contradocumento se ha dicho: "El contradocumento puede estribar en una carta o en un apunte, no siendo necesario que sea otorgado expresamente conteniendo la declaración de la simulación, ya que basta que este propósito resulte claro e inequívoco.

"No son condiciones que hagan a la validez del contradocumento, ni el doble ejemplar ni la fecha, que puede ser anterior, coetánea o posterior a la del acto simulado, ni la naturaleza de instrumento público o privado, siempre que se justifique su autenticidad.

"Siempre que el contradocumento reúna los dos elementos que lo configuran: el reconocimiento de la insinceridad del acto al cual se lo opone y la forma material de la escritura, puede emanar unilateralmente por la parte a quien se lo hace valer y no necesita estar redactado en términos sacramentales, ni con formas especiales, ni con palabras solemnes o rituales, ya que lo que es esencial es que contenga una positiva y auténtica manifestación de voluntad del aparente favorecido por el acto simulado, de la cual resulte inequívocamente la realidad disfrazada bajo el acto aparente"²⁸.

Siguiendo a Mosset Iturraspe, entendemos que la norma en cuestión se limita a formular un llamado de atención a los jueces respecto de la apreciación de los medios probatorios en materia de simulación entre partes. Señala que se puede lograr la plena convicción mediante prueba directa, como es el contradocumento, pero no descarta la prueba indirecta como pueden ser los testigos y las presunciones. Agrega que es necesario atender a las circunstancias del caso a decidir.

Podemos mencionar como supuestos usuales de prueba la existencia de una gran amistad entre las partes contratantes, respuestas dadas en el juicio que hacen verosímil la insinceridad del convenio, etcétera.

"La prueba no obligada pero sí principalísima y de la que excepcionalmente cabe prescindir, es el contradocumento. Cuando él no existe, las pruebas deben ser insospechadas, las presunciones muy fuertes y con sólido basamento, reveladoras, no sólo de apariencia negocial

²⁸ CNCiv., sala C, 15-3-79, E. D. 83-534.

y de la realidad oculta, sino de la imposibilidad de obtener el contradocumento por su inexistencia lógica o por su desaparición posterior"²⁹.

En materia de simulación ilícita destacamos que es imprescindible por parte del juez indagar acerca de la *causa simulandi*, es decir del motivo que llevó a las partes a hacer un contrato simulado, al punto de que si no es comprobada la causa, corresponde rechazar la demanda³⁰.

Los sucesores a título universal son considerados como si fueran las partes en cuanto a las exigencias probatorias. Pero, sin embargo, es oportuno hacer aquí una distinción aclaratoria. Si el heredero invoca la apariencia para beneficiarse del acto simulado entra en juego la construcción jurídica según la cual el sucesor continúa la persona del causante y es de aplicación la rigurosa norma del artículo 960 del Código Civil. Por otra parte, si la simulación que se invoca es ilícita en fraude a la ley, el contradocumento se vuelve prácticamente imposible, porque quien haya operado con esas miras no lo hubiera suscripto a fin de resguardarse e impedir que quienes fueren perjudicados con el acto desbarataran la maniobra.

Otro principio que se postula en la materia es el que principia que en caso de duda debe hacerse prevalecer la vigencia del acto jurídico, como un medio de reconocer la exterioridad de las acciones, la fuerza vinculante de la declaración de la voluntad.

"En materia de simulación el examen de la prueba debe efectuarse con criterio estricto y preciso, pues es principio de derecho que las convenciones celebradas entre particulares se reputan sinceras hasta que se demuestre lo contrario"³¹.

Siguiendo a Mosset Iturraspe entendemos que el juez deberá declarar la nulidad del acto sólo si "las probanzas arrimadas por las partes le dan al juez la certeza o plena convicción o le permiten llegar a sostener sin la más mínima duda la existencia de la simulación, no obstante esa convicción se haya logrado sobre la base de indicios y sin la presencia de un contradocumento"³².

²⁹ CNCiv., sala C, 15-3-79, E. D. 83-535.

³⁰ MOSSET ITURRASPE, *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios* cit., t. I, p. 246.

³¹ CNCiv., sala F, E. D. 1-363.

³² MOSSET ITURRASPE, ob. cit., p. 256.

b) *De los terceros*

Como señalamos anteriormente, puede suceder que la simulación tenga por objeto engañar a un tercero ajeno al acuerdo celebrado entre las partes.

Un ejemplo común es el caso de la transferencia simulada de bienes en perjuicio de los acreedores.

La jurisprudencia es concordante en señalar que quien deduce una acción debe ser titular de un derecho subjetivo o un interés legítimo amenazado por el negocio simulado, que pruebe la existencia del daño que la incertidumbre del estado de cosas provoca en el demandado.

Por otra parte, cabe señalar que la acción de terceros sólo es admisible cuando la simulación es ilícita; si es lícita, carecen de acción por su falta de interés. Además debe existir un daño producido por el acto simulado y probarse esto para la admisibilidad de la acción del tercero.

La doctrina es casi unánime en aceptar que la exigencia del final del artículo 960 no alcanza a los terceros. No es posible exigirles la presentación de un contradocumento a quien no ha sido parte en la celebración del mismo. Por lo tanto, la simulación de los actos jurídicos puede probarse por los terceros afectados por todos los medios legales de prueba.

“Siendo tercero el accionante no puede pretender que se acredite fehacientemente la simulación de un acto en el que no participó y cuando es comprensible que de tratarse de una simulación urdida en su perjuicio, se habrán tomado todas las medidas para encubrir la falsedad y disfrazar los indicios que pudieran revelarla”. “Bastan las presunciones para decretar la simulación, cuando se lleva al ánimo del magistrado la certeza de encontrarse ante un acto que sólo tiene las apariencias de tal o que encubre otro distinto”. “En materia de simulación la facultad del juez es amplísima para formar su convencimiento de la existencia o no de un acuerdo simulatorio que se celebra para perjudicar a un tercero”. “Son hechos que hacen presumir la simulación: la falta de necesidad de vender, la enajenación de todo o la mayor parte del patrimonio, la existencia de estrechas relaciones familiares o de amistad entre los otorgantes, la personalidad de las

partes, la carencia de posibilidades económicas de quien aparece como adquirente para afrontar la operación, haberse fijado un precio vil, etcétera”³³.

López Olaciregui ha dicho que en esta materia rigen los siguientes principios:

- a) Libertad en la elección de medios;
- b) intensidad de la fuerza probatoria exigida: debe crearse una verdadera convicción;
- c) preferencia a pruebas que surjan del propio actuar de los otorgantes al tiempo del acto o de circunstancias anteriores y posteriores al mismo.

“La acción de simulación no exige una prueba directa e irrefutable porque eso es imposible cuando la acción es ejercida por un tercero –acreedor, en este caso– pero sí la concurrencia de un conjunto de indicios y presunciones lo suficientemente graves, precisas y concordantes para llevar al ánimo del juzgador la convicción de que se está ante un acuerdo simulatorio, con el propósito de engañar”³⁴.

El tema de la simulación presenta numerosas particularidades, como afirmamos anteriormente, y también en materia de determinar partes y terceros del negocio. En general todo mandatario es tercero, pero en la simulación que se plasma un convenio de tres, incluido el prestanombre, éste asume el carácter de parte, con las consecuencias en materia probatoria que decíamos.

También es oportuno señalar que “el demandado por simulación, cuando el reclamo es formulado por un tercero, por la índole misma del litigio, no puede limitarse a una conducta pasiva ni a la simple negativa de los hechos invocados por la contraria, alcanzándole el deber de aportar los elementos de juicio necesarios para averiguar la verdad de los actos cuestionados”. “Adquiere valor presuncional la actitud omisiva del demandado por simulación cuando se trata de

³³ CNCiv., 22-4-85, “Witteven, Claudia c/Chiosone, Roberto s/Simulación”, sum. SAI N° C0000400.

³⁴ STJ de Jujuy, 9-8-2001, “Bustos c/Linares s/Recurso de inconstitucionalidad”, elDial AV390.

hechos que sólo éste está en condiciones de conocer"³⁵. Se trataría de un deber jurídico de colaboración.

En este sentido podemos concluir que la conducta reticente o simplemente omisiva en materia probatoria de parte del demandado en una simulación, constituye una presunción en su contra, ya que no se condice con quien es injustamente acusado de algo tan grave como es la simulación de un acto jurídico.

8. Efectos

a) Entre las partes

Los efectos de la simulación relativa fueron ya expuestos supra, al sostener que resulta requisito *sine qua non* para el ejercicio de la acción entre las partes, que el negocio subyacente sea lícito, so pena de su nulidad (arts. 502 y 953, Cód. Civ.) y de no poder aquéllas accionar para anularlo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 959 del Código Civil.

Es decir —siguiendo a Compagnucci de Caso—, el negocio realizado produce efecto entre las partes "como si no se hubiera ocultado debajo de otro. Es decir, el acto ostensible es nulo, el oculto, plenamente eficaz en cuanto reúna las condiciones necesarias para ello"³⁶. El acto secreto es el que las partes pueden reclamarse (art. 958, Cód. Civ.).

b) En relación a terceros

Ahora bien, el problema que mayor esmero ha demandado a la doctrina, por su delicadeza, es el de la tutela de los terceros y ello en razón de que podemos hallar dos clases de terceros:

1. Los que quieren hacer prevalecer la realidad sobre la apariencia.
2. Los que confiando en el acto aparente, podrían tener interés en hacer prevalecer la apariencia sobre la realidad.

Liminarmente destacaremos que la noción de "tercero", por su congénita generalidad, deberá ser precisada en cada caso específico, pues

³⁵ CCCom. de Rosario, sala 4º, 17-10-84, "Mayoraz, Mackey Alberto y otra c/Paita de Mayoraz, Elena y otras", J. A. 1986-I-686.

³⁶ COMPAGNUCCI DE CASO, *El negocio jurídico* cit., p. 349.

tampoco podría concebirse un "tercero" sin haber antes identificado con precisión a las "partes" del acuerdo simulatorio.

Determinado ello, siguiendo a Mosset Iturraspe, diremos que el negocio simulado, nulo o anulable entre las partes en razón de padecer un vicio en el objeto, produce efectos respecto de terceros de buena fe. Es eficaz frente a ellos³⁷. Esa eficacia no deviene de la responsabilidad de las partes, sino de la buena fe-lealtad, como principio rector de nuestro Derecho.

Corresponde, no obstante, destacar que no es pacífica la doctrina al respecto. Así, Gamarra³⁸ establece que "el negocio jurídico es válido o nulo para todos". Coviello³⁹, en cambio, sostiene que "el negocio simulado, nulo entre las partes, no lo es siempre con respecto a terceros".

La doctrina mayoritaria y dominante, en la que se enrola Santoro Passarelli⁴⁰, sostiene que "la simulación es inoponible a los terceros de buena fe". La buena fe a la que se alude es, al decir de Mosset Iturraspe, "un estado de conciencia consistente en ignorar el acuerdo simulatorio, y creer por lo tanto, en la plena eficacia vinculante del negocio simulado"⁴¹.

El maestro santafesino, con su habitual lucidez, nos destaca que si bien la buena fe subjetiva se funda en la apariencia jurídica y la ignorancia del acuerdo simulatorio, que no puede ser pueril, la creencia en el negocio simulado no debe ser arbitraria. Para que exista buena fe de un tercero frente al negocio simulado se imponen investigaciones de títulos.

El elemento subjetivo de la buena fe: la creencia, supone la existencia de un elemento objetivo: el justo título.

Así, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 996 del

³⁷ MOSSET ITURRASPE, *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios* cit., p. 24.

³⁸ GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil uruguayo*, t. XVII, p. 2.

³⁹ COVIELLO, *Doctrina general del Derecho Civil*, 1949, ps. 118, 415.

⁴⁰ SANTORO PASSARELLI, *Limiti di opponibilità della simulazione*, en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1939, p. 315.

⁴¹ MOSSET ITURRASPE, *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios* cit., p. 25.

Código Civil, el contradocumento no puede ser opuesto a los sucesores singulares de alguna de las partes intervinientes en el acuerdo simulatorio, aplicándose en el supuesto de los principios de la responsabilidad y la confianza⁴².

Por último, diremos con Compagnucci de Caso que, conforme a lo expuesto también por Mosset Iturraspe, "los terceros se encuentran protegidos. Pero deberán siempre demostrar su buena fe y la onerosidad del negocio"⁴³ porque si el tercero conocía o podía conocer la existencia del acto simulado, no puede pretender la protección legal⁴⁴.

⁴² CHUENTES, *El negocio jurídico* cit., p. 537, N° 278; CÁMARA, *Simulación en los actos jurídicos* cit., p. 298; MOSSET ITURRASPE, *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios* cit., t. I, p. 201; ARAUZ CASTEX, *Derecho Civil. Parte general*, 1968, t. II, p. 404.

⁴³ COVIELLO, *Doctrina general del Derecho Civil* cit., p. 475; DE ROJIGERO, *Instituciones del Derecho Civil*, t. 1, p. 262.

⁴⁴ CÁMARA, *Simulación en los actos jurídicos* cit., p. 298.