ACCIÓN DE SIMULACIÓN (VIABILIDAD DE SU INTERPOSICIÓN CONJUNTA CON LA ACCIÓN DE COLACIÓN)

JAVIER FERNANDO NÚÑEZ *

"Todos aspiran a la ley —dice el hombre— ¿cómo se explica entonces que, en tantos años, sólo yo haya podido entrar en ella? El guardián se da cuenta de que el hombre está a punto de morir y para que aún lo pueda oír, le grita al oído: —nadie más podrá entrar aquí, porque esta entrada era sólo para ti, ahora mismo la cierro".

FRANZ KAFKA, *Ver Den Gestir*

1. INTRODUCCIÓN. METODOLOGÍA DE EXPOSICIÓN DEL TRABAJO

Es evidente, y por cierto de sencilla comprensión, que la esencia y la tésis del derecho, apuntan a su realización práctica, de modo tal, que no ha sido concebido por los hombres como una mera enteleguía, sino como una entidad viva, de constante aplicación.

Por lo tanto, y a los efectos de comprender un instituto jurídico que habrá de ser aplicado a la práctica cotidiana, lo fundamental (a nuestro criterio) es su desarrollo expositivo en base a un caso extractado de la realidad que pretende ser regulada; sana metodología científica de una ciencia social como es —o al menos como debería ser considerado— el Derecho¹.

* Estudiante de Derecho (UBA).

¹ La resolución de un caso arquetípico en muchas oportunidades se torna compleja por la propia simplicidad de sus premisas, que si bien lo hacen prototipo de análisis, dejan estropeadas las puertas abiertas para la inclusión de variantes y pronunciamientos (hipótesis o alternativas de resolución), que

Así, y en cierto modo siguiendo los lineamientos de resolución del *case method* anglosajón, analizaremos los hechos jurídicamente relevantes y las normas acordes con la solución derivada como "conclusión de las premisas mencionadas" (es decir, hechos relevantes y normas jurídicas pertinentes).

Y apelaremos precisamente a tal método de exposición a efectos de alejarnos del enciclopedismo que en su estructura analítica pretende separar lo inseparable: la ciencia jurídica de los hechos relevantes para su estudio.

Por ello "los métodos, entendidos como caminos... que conducen a un fin, deben intentar dar respuesta a las inquietudes lúcidamente planteadas por Max Weber, acerca de que el trabajo didáctico más difícil es presentar los problemas científicos de modo que resulten comprensibles para una mente no formada, pero capacitada, y ésta logre —y esto es lo decisivo— tener opiniones propias sobre el problema en cuestión"².

Adviértase entonces que el caso será tan sólo un auxiliar de la exposición referida, con el propósito de ejemplificar el sentido de las normas y procurando no incurrir en el exceso de casuismo y no poder extraer conclusiones generales.

pueden afectar indudablemente su esencia y desnaturalizar su finalidad. Por ello procuraremos en el presente, no incluir alternativas de tal talante, sino tan sólo cuando la laguna del caso impida continuar con su consecución normal. Presumiremos entonces ciertos hechos o premisas, que en modo alguno desnaturalizarán la resolución normal, ni la conducirán a caminos que eludan los verdaderos propósitos, y que simplifiquen la problemática intencionalmente.

Al mismo tiempo, y para favorecer la indagación de la posible solución al problema planteado, expondremos nuestras hipótesis con sustento científico en doctrina y jurisprudencia contrasta, que fundamenten el análisis normativo que procuraremos conformar para subsumir el elemento fáctico a su estructura.

² Tal pues, la aguda opinión de Alterini, Jorge H., *La enseñanza del derecho*, LL, 1988-C-887, secc. doctrina; quien más adelante, en relación a la resolución de casos, agrega que "es fácil comprender que la elección de alternativas con sujeción al derecho y a las motivaciones de justicia, que es propia de la metodología, constituye herramienta adecuada para conformar la personalidad de un juez. En tanto alienta la reflexión, con la eventual configuración de enfoques nuevos de los temas, es pilar idóneo para sustentar las aspiraciones científicas del educando. Como patentes las vicencias de los aciertos, imprecisiones, ofandades, o injusticias de las normas jurídicas, genera el ambiente apto para recrear la figura del legislador como personaje comprometido con su comunidad" (ver p. 690-691).

En el mismo sentido, apelaremos a la mención del caso particular en las notas al pie, a los efectos de no dificultar la lectura del tema a desarrollar³.

No se diga empero que la utilización de premisas encuadrantes o de hipótesis que circunscriben el análisis de un caso base o auxiliar, es tendenciosa. Todo estudio que pretenda ser sistemático requiere de método, y de las reglas organizativas necesarias para no diluir la finalidad perseguida sobre el conocimiento del objeto. Y dicho objeto, por otro lado, sustraído de la realidad multifacética —que nos brinda elementos conducentes y no conducentes para nuestro estudio—, no debe ser arrancado literalmente y depositado sobre la mesa del laboratorio —si se nos permite la comparación—, sino prolijamente extraído sin destruir su esencia, enraizada profundamente en la heterogeneidad. De ahí la importancia de las premisas⁴ para limitar, pero al mismo

³ Espengamos entonces el caso que habrá de auxiliarnos en la comprensión del tema que nos ocupará, caso que por otro lado —con ciertas variantes— forma parte de aquellos a los cuales apela —con el propósito de facilitar la enseñanza— el doctor Rivera en sus cursos relativos a la "Teoría general de los hechos y actos jurídicos" en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires: "Se constituye una sociedad anónima integrada por el padre y por dos hijos de 18 y 21 años (el primero emancipado legalmente); en esta sociedad el padre es el accionista mayoritario. Transcurrido cierto tiempo, los hijos realizan un aporte de capital en efectivo con lo que suscriben acciones. En razón de lo cual pasan a ser accionistas mayoritarios. En la práctica, el capital del padre pasa a ser insignificante. Poco después muere el padre, y un tercer hijo que no ha participado de la constitución de la sociedad y que no se resigna a recibir como toda herencia un tercio de las pocas acciones que quedarán de propiedad del padre, pretende desestimar la veracidad de la realización de tales aportes a través de un dato fáctico relevante: es posible la acreditación por la cual los hijos que formaban la sociedad no tenían medios económicos propios para efectuar el aporte".

⁴ Nosotros partiremos, a tales efectos, de la premisa por la cual en cuanto a la realización de aportes de los hijos a la sociedad conformada con su progenitor, que los ha transformado en socios mayoritarios de la anónima cerrada o de familia que nos ocupa, con reducción de la participación social del padre a mera insignificancia —en términos políticos o decisorios y en cuanto a alícuota de capital por tenencia accionaria— nos encontramos ante un supuesto de simulación relativa ilícita, abiertamente lesiva de la porción de legítima del tercer hijo en cuestión. Entendáremos a tales efectos que ha existido una donación encubierta bajo la apariencia de una venta de acciones por parte del padre a los dos hijos socios. Y consideraremos que ha existido simulación, atenta a que habremos de corroborar —en base al dato fáctico relevante que el propio caso nos provee— que el padre cedió a título gratuito la parte significativa del paquete accionario que lo tornaba en socio mayoritario o bien que los otorgó en igual sentido el monto dinerario suficiente como para realizar el aporte de morra, por

tiempo para mantener intacto el sentido de nuestro objeto de análisis³.

2. HACIA UN CONCEPTO DE SIMULACIÓN

El instituto que nos ocupa –la simulación como vicio propio del acto jurídico, atentatorio de la buena fe, consagrada en el art. 1198 del Cód. Civil–, ha sido considerado por nuestro ordenamiento en el cap. I del título II, “De los actos jurídicos”, bajo el acápite “De la simulación en los actos jurídicos” (arts. 955 a 960), definiéndose simulación en base a noción por procedencia y a un criterio quizá casuístico: “La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten”. Tal pues el concepto general acuñado por Vélez Sársfield en el art. 955 del Cód. Civil. Tal enunciación casuística que en modo alguno agota los supuestos o casos de simulación, basada en criterio de determinación por ejemplificación, ha sido tomada por nuestro codificador –tal como se advierte explícitamente en la nota al artículo de marras– del desarrollo doctrinario del instituto mediante casuística por parte del jurista francés Chardon en *Dolo y fraude*, t. II, quien trata en capítulos especiales –como especies del genero simulación– la simulación por interposición de personas, por falsedad de fechas, o cuando se oculte el verdadero carácter del acto. Sin embargo (y en base a la misma nota al art. 955, Cód. Civil), se advierte como fuente normativa directa la ley 40 in *fine*, Título 11, Partida 5ª, con sustrato fundamental en

cuanto ambos hijos, a la fecha de la transferencia del paquete o de la realización del aporte en efectivo, jamás contaron con los medios económicos suficientes como para realizar la operación negocial de marras.

³ Al mismo tiempo, y como presumiremos que el progenitor realmente cedió en forma gratuita las acciones a sus hijos o les otorgó a título de donación la suma dinerana para suscribir los aportes, consideraremos que ha existido un acto serio o real subyacente al acto ostensible o simulado de la venta de los títulos, de modo tal que desestimaremos in *limine* la presencia de una simulación absoluta (v.gr., con ausencia real de transferencia efectiva de los títulos, siendo los hijos meros testafierros del progenitor, manteniendo éste su condición plena de socio mayoritario).

los principios sentados por el Derecho Romano en la materia: *Acta simulata veritatis substantiam mutare non possunt* (el acto simulado o aparente no puede cambiar o modificar la sustancia verdadera; ley 2, Título 22, Libro 4, Código).

Tal concepto, con escasas diferencias, ha sido receptado por los principales juristas que han dedicado un estudio profundizado al complejo problema de la simulación.

Así, en Francia, las autorizadas opiniones de Planiol y Ripert⁴, han expresado al respecto que "existe la simulación cuando a sabiendas se hace una declaración inexacta o cuando se celebra un contrato (*convention*) aparente cuyos efectos quedan modificados o suprimidos por otro contrato, contemporáneo del primero, y destinado a ser mantenido secreto. El acto secreto se denomina *contra-documento*".

En Italia el profesor Santoro Passarelli, de la Universidad de Roma, ha expresado, a los efectos de indagar sobre los medios de exteriorización y canalización de la simulación, que ésta "encuentra su expresión en la *contra-declaración*, en la que se manifiestan a un tiempo la intención simulatoria y la intención simulada, que naturalmente no se transparentan en la declaración simulada"⁵.

Otro catedrático de la Universidad de Roma, Betti⁶, logra puntualizar con precisión la discordancia evidente entre la manifestación de voluntad simulada y la oculta o disimulada por la precedente: "La discrepancia entre la causa típica del negocio elegido y la intención práctica perseguida en concreto puede configurar una verdadera incompatibilidad, y entonces se presenta el fenómeno de la simulación".

Para el profesor Messineo⁷, de la Universidad de Milán, debe definirse la simulación en base al concepto del denominado *acuerdo simulatorio*. De este modo, "el contenido del acuerdo simulatorio consiste en establecer cuál sea el alcance jurídico efectivo que deben tener las declaraciones de voluntad, emitidas simultáneas o sucesivamente por las partes, para la formación del negocio bilateral (contrato), alcan-

⁴ Planiol, Marcel - Ripert, Georges, *Treatado práctico de derecho civil francés. Obligaciones*, t. VI, sec. II, p. 465, § 233.

⁵ Santoro Passarelli, Francesco, *Doctrinas generales del derecho civil*, "Revista de derecho privado", p. 175.

⁶ Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, "Revista de Derecho Privado", p. 294-295.

⁷ Messineo, Francesco, *Derecho civil y comercial*, t. II, p. 447.

ce jurídico que, de cualquier manera es diverso del que esas declaraciones tendrían si se las considera en su tenor literal y objetivo. O bien —en el caso de acto unilateral destinado a una persona determinada... que sea simulado por acuerdo entre el declarante y el destinatario de la declaración...— el acuerdo simulatorio consiste en atribuir al acto alcance jurídico diverso del que tendría por sí”.

A pesar de la designación del acto secreto o serio (que en rigor de verdad, se manifiesta sólo en una de las especies de la simulación: la relativa) como contradocumento, cuando en realidad éste se conforma en la instrumentación del acto, y no en el acto mismo (pudiendo no existir el mencionado contradocumento) la definición de los juristas franceses es sumamente gráfica respecto a la noción de simulación que pretendemos brindar.

Los autores franceses continúan la exposición con similar criterio casuístico al planteado precedentemente en nuestra crítica, de modo tal, que la simulación “puede destinarse a suprimir totalmente los efectos del acto aparente, al cual se denomina ficticio... puede variar la naturaleza del acto aparente sin enervar todos sus efectos... en estos casos se dice que el acto es disfrazado (encubierto), en fin, puede limitarse a ocultar una parte de las condiciones del contrato”¹⁰.

Planiol realiza una interesante distinción (ver nota 4), fiel siempre al casuismo ejemplificativo de su exposición: “También existe la simulación cuando una de las partes contrata aparentemente por su propia cuenta, pero en realidad por cuenta de un tercero, a espaldas, bien del público, bien de su mismo cocontratante. En el primer caso se trata de una interposición de persona, y en el segundo del empleo de un testafierro”. Aclara asimismo el autor que a los propósitos del desarrollo de su teoría, las reglas por él sentadas se aplicarán exactamente a la interposición de personas.

Para los italianos de la Escuela de Roma, a través de la opinión de Betti¹¹, la noción de simulación pretende apuntar a la generalización clasificatoria y no a la casuística adoptada metódicamente por los franceses; por ello —y coherente con su postura doctrinaria—, “existe simulación

¹⁰ Planiol - Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*, p. 463.

¹¹ Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, p. 297.

cuando las partes de un negocio bilateral, de acuerdo entre ellas —o el autor de una declaración con destinatario determinado en inteligencia con éste— dictan una regulación de intereses distinta de la que piensan observar en sus relaciones, persiguiendo a través del negocio un acto disimulado divergente de su causa típica. Fin divergente que: a) puede ser también de autonomía privada, caracterizando un tipo de negocio diferente al simulado, o b) puede ser de naturaleza contraria, extraño al sometido de la autonomía privada”.

Santoro Passarelli¹³ definirá la simulación con la invocación de un criterio clasificatorio, apelando a la noción de acuerdo simulatorio a la cual recurre asimismo Messineo: “El acuerdo simulatorio puede ser en el sentido de que las partes no quieren, en realidad, llevar a cabo un negocio, en cuyo caso la simulación se llama absoluta o por el contrario, en el sentido de que las partes quieren realizar un negocio distinto del simulado, y entonces la simulación se llama relativa”. Quizá la metodología de definición no sea la apropiada en la noción anterior sentada por el maestro italiano —definir el género invocando las especies constitutivas del mismo—, pero indudablemente la claridad y pureza de la exposición nos exime de comentarios.

En iguales términos, pero con mayor precisión en la circunscripción del ámbito de definición, en nuestra doctrina el profesor Salvat¹⁴, ha aseverado que “la simulación consiste siempre en ocultar la verdad, en disimular la intención real de las partes o los propósitos que ellas persiguen. La simulación por otra parte supone el concurso de la voluntad de ambas partes otorgantes del acto simulado. Ella no puede existir, ni puede ser demandada, cuando una de las partes ha entendido que ha sido víctima de error o dolo; en este caso, el acto podrá ser anulado en virtud de estos otros vicios, si se prueba su existencia, pero no por el de simulación”.

Del concepto vertido por Salvat, extraemos los siguientes requisitos de procedencia de la simulación:

a) Elemento constitutivo finalista, que es la existencia de ocultamiento o engaño, con la finalidad de cubrir la verdadera intención de las partes.

¹³ Santoro Passarelli, *Doctrinas generales del derecho civil*, p. 178.

¹⁴ Salvat, Raymundo, *Derecho civil argentino. Parte general*, p. 1034.

b) Elemento volitivo, que es el acuerdo o concurso de las partes en el otorgamiento del acto simulado¹⁴.

Asimismo –y siguiendo el análisis de Salvat– se advierte el elemento que hemos dado en llamar “constitutivo finalista” –sólo con el ánimo de sintetizar la apreciación del gran maestro– en el sentido de que las partes han suscripto el acto aparente a los efectos de engañar ocultando a terceros el acto real, distinto del aparente llevado a cabo.

Siguiendo a los italianos (fundamentalmente a Ferrara) el maestro Llambías define a la simulación como “la declaración de un contenido de voluntad no real, emitido conscientemente, y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe, o que es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo”¹⁵.

Llambías ha puntualizado los siguientes requisitos con respecto a la presencia de simulación en un negocio jurídico determinado:

a) Declaración de voluntad disconforme con la intención efectiva del sujeto.

b) Concertada de acuerdo entre las partes del acto simulado.

c) Con el propósito de engañar a terceros.

Vemos entonces que los requisitos puntualizados por el autor precedente no se diferencian sustancialmente de los establecidos por Salvat, quien seguía en tal sentido a los franceses.

Continúa diciendo el autor precedente, a los efectos de complementar su enunciación, que “conforme el primer requisito, se suscita una declaración de voluntad ostensible

¹⁴ En el caso auxiliar de nuestra exposición, podemos advertir el acuerdo o concurso de padre e hijos para llevar a cabo el acto de simulación (la transferencia del paquete accionario a título oneroso o bien la suscripción en efectivo de nuevos aportes al capital de la sociedad; en el primero de los supuestos, el acuerdo o concurso existe entre los socios de la firma: padre e hijos como personas físicas; en el segundo caso, se advierte el acuerdo o concurso entre los hijos socios y el padre, pero en términos técnicos, es la persona jurídica quien llega al acuerdo con los socios suscriptores. Por supuesto que en última instancia el acto simulado es llevado a cabo por las personas físicas; sin embargo, y respetando la pureza normativa, es la sociedad la que presta conformidad a este acto de suscripción simulado).

¹⁵ Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. II, p. 516.

carente de realidad que puede encubrir una diversa voluntad efectiva o que puede ser en verdad enteramente vacía... En segundo lugar, las partes del acto simulado se concertan para lograr la apariencia resultante"¹⁶, para finalizar agregando que "en tercer término, el acto simulado tiende a constituir una apariencia engañosa, es decir, busca provocar el engaño a los terceros"¹⁷.

3. SOBRE LA SIMULACIÓN ABSOLUTA Y LA SIMULACIÓN RELATIVA

Establecida la definición arquetípica de simulación, nuestro codificador plasmó en la letra de la ley la primera clasificación vinculada a la materia, simulación absoluta y simulación relativa, respecto al alcance del acto simulado con respecto a la realidad o *veritas substantialis* del acto que conforma o del acto que oculta.

En tal sentido el art. 956 del Cód. Civil establece que se considerará simulación absoluta a aquella que se suscita cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real (franco acto aparente), sin vinculación con ningún acto subyacente al cual pretende ocultar o cubrir (es aparente o simulado per se), siendo reputada como relativa cuando se emplea para dar a un acto jurídico (el acto real subyacente o acto disimulado) una apariencia que oculta o cubre su verdadero carácter (acto simulado, acto simulado o aparente)¹⁸.

Salvat explícita los adagios que los antiguos utilizaban para definir gráficamente ambos tipos de simulación.

"La simulación se llama... relativa precisamente porque ha existido un acto distinto del que las partes aparentaban celebrar: se decía en estos casos *coloret habet, substantialis*

¹⁶ Liacabias, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. II, p. 517, citando para sustentar su tesis a Ferrara, F., *La simulación de los negocios jurídicos*, p. 74, nota 108 bis.

¹⁷ La "apariencia resultante", al decir de Ferrara, se halla plasmada en la suscripción de los aportes (hemos apelado a esta alternativa de acto simulado, por cuanto es la que se desprende con mayor claridad del sentido expositivo del caso) que han transformado en socios mayoritarios a los hijos, apariencia resultante que no es más que una mera declaración ostensible, distinta de la verdadera y oculta (en nuestro análisis, la donación de la suma dineraria por parte del padre para suscribir los aportes).

¹⁸ Segovia, Lisandro, *Código Civil argentino*, t. I, p. 354, entiende que tal preceptiva se halla basada en los § 521-522, n° 3 del *Esbozo de Freitas*, así como también en la ley 33, tit. I, lib. 10.

pero alteram (tiene color, pero la sustancia es otra)". En el caso de la absoluta "el acto presenta las apariencias de tal, pero en realidad no hay tal acto ni ningún otro; se decía por esto *coloret habet, substantiam vero nulam* (tiene color, pero sustancia ninguna)"¹⁸.

La doctrina del viejo continente ha elaborado clara noción de tal clasificación. Betti, que planteaba en su definición de simulación dos hipótesis, remite a éstas como concepto de la clasificación en estudio por lo cual, indirectamente, su método de exposición no se diferencia demasiado del de Santoro Passarelli: "En la primera hipótesis (a), la simulación se acostumbra a denominar relativa (p.ej., se celebra una venta para un fin de donación, o una venta con facultad de retracto para un mutuo con garantía real). En la segunda hipótesis (b), en que la intención práctica de las partes no se dirige a ningún negocio, la simulación se suele llamar absoluta (p.ej., se realiza una enajenación sin ninguna causa que pueda justificarla; sólo para sustraer a los acreedores la garantía constituida por los bienes del deudor)".

En un interesante enfoque, Messineo advierte tres especies posibles de simulación. Así:

"a) O las partes, además de no tener la voluntad que declaran no tienen ninguna otra (se declara vender, pero en realidad no se quiere vender en absoluto; por consiguiente, a base del acuerdo simulatorio, la cosa ficticiamente vendida, permanece en el patrimonio del fingido enajenante, mientras que en el patrimonio del fingido adquirente queda el que se dice ser precio de la cosa); ésta es la simulación denominada absoluta.

b) O las partes, en lugar de la voluntad que expresan (voluntad ficticia), tienen otra, que no revelan al exterior, pero efectiva (se declara vender y, respectivamente, comprar: en realidad, según establecen las contradecларaciones,

¹⁸ En el caso auxiliar *sub examine*, advertimos por cierto una franca simulación de alcance relativo, por cuanto hallamos: a) un acto simulado o aparente: la suscripción de aportes en efectivo en el capital de una sociedad conformada por hijos y padre, por intermedio de la cual los hijos se tornan en accionistas mayoritarios, presentando el padre tan sólo una insignificante tenencia accionaria minoritaria, y b) un acto real u oculto: distinto del simulado o aparente, a través del cual observamos una franca donación del padre a los hijos del monto dinerario suficiente para suscribir el aporte, situación que, a los efectos del caso, consideraremos como probable, para habilitar una posible solución a los efectos lesivos de tal simulación a la legítima del tercer hijo.

se dona y, respectivamente, se recibe a título de donación); es ésta la simulación denominada relativa, por la cual coexisten un negocio aparente (simulado o fingido) y un negocio efectivo, pero secreto, esto es, disimulado”.

Hasta este instante, la tesis de Messineo no se diferencia de la de los restantes autores. Empero, el problema se suscita cuando expresa las características de la tercera especie:

“c) O bien, alguien finge estipular un negocio con un determinado sujeto, mientras en realidad, quiere concluirlo y lo concluye con otro, que no aparece, pero es tomado en consideración, y es mencionado en las contradecларaciones.

Aquí, el sujeto con el cual se ha estipulado en apariencia el negocio, es denominado persona interpuesta... o presta-nombre, u hombre de paja o testaferro o cabeza de turco... la figura, en su conjunto, es cualificada como interposición ficticia (o simulada) de persona”.

Podemos en un principio afirmar que esta tercera especie en modo alguno puede ser reputada como tal, atento a que puede ser absorbida por la figura de la simulación relativa, de modo tal que Messineo estaría mezclando dos criterios clasificatorios: uno objetivo o real, y otro de carácter subjetivo o personal. Sin embargo, si bien no se apela a nuestro criterio a un adecuado sistema de clasificación, el maestro de Milán explica más adelante que “también éste de la interpretación ficticia es un caso... de simulación relativa”.

Entonces, ¿cuál es la finalidad de la incorporación de la especie c, como diferente de las restantes? A nuestro entender, tal finalidad es eminentemente práctica, y elaborada a los efectos de diferenciar la interposición simulada de la real o efectiva interposición que, según el profesor italiano, se vincula a “la figura de la representación denominada indirecta, donde... una persona efectivamente adquiere, o enseña, o hace algo, en nombre propio, pero en interés y por cuenta de otro; y donde además, el tercero que entra en relaciones con la persona interpuesta real, ignora que su contraparte declara por cuenta de otro”.

4. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 957 DEL CÓDIGO CIVIL. LA LICITUD Y LA ILICITUD DE LA SIMULACIÓN

Del art. 957 del Cód. Civil (y su interpretación armónica con la normativa de los arts. 958 y 959) se desprende una se-

gunda clasificación, esta vez vinculada a los efectos que la existencia de simulación provoca en los terceros, o respecto a la licitud o ilicitud del fin perseguido en el acto simulado (situación que se entronca sobremanera en el análisis del problema de la causa simulandi). Surgen así los conceptos de simulación lícita e ilícita.

Muchos autores han advertido en el engaño con fin de perjuicio a terceros, el supuesto objetivo de fraude dentro de la propia definición de simulación ilícita.

Sin embargo, en tales circunstancias la simulación efectuada en fraude a la ley o a derechos de terceros no se equipara al fraude (vicio propio del acto jurídico), sino que obedece a calificar de fraudulenta a tal simulación para otorgar idea de su ilicitud (fraudulento como adjetivo en su sentido ordinario de significación: como lo violatorio de la ley y como la maquinación tramposa y vil en perjuicio de otros).

Puede aclarar Planiol, las posibles dudas existentes en torno al tópico en cuestión, cuando también puntualiza las diferencias de la simulación ilícita con el dolo como vicio:

"La simulación se aproxima al dolo en que se trata de una combinación destinada a inducir a alguien en error, pero, cuando existe en un contrato, son las partes del mismo que se ponen de acuerdo a fin de engañar a los terceros. Ese engaño, puede, por otra parte, tener como razón un motivo lícito, ya que por móviles honorables puede haber interés en ocultar a los terceros la verdadera índole o estado de los negocios propios, pero por regla general, es un medio de fraude, y a la inversa, el fraude es frecuentemente equiparado a la simulación"²⁰.

En las palabras del jurista francés se observa palmariamente la utilización del concepto fraude en los términos ya expuestos, y no en cuanto al concepto de fraude vicio, como lo entiende el art. 961 del Cód. Civil.

Es esencial aclarar tal circunstancia, a los efectos de no pretender comprender que Planiol asimila la simulación al fraude en cuanto vicios propios del acto o negocio jurídico atentatorios de la buena fe; Segovia²¹ con relación al dolo y al fraude como vicios, realiza una advertencia similar, cuya esencia hemos extraído para realizar la anterior: "Aunque la palabra fraude se tome a veces como sinónima de dolo (ver

²⁰ Planiol - Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*, p. 468.

²¹ Segovia, *Código Civil argentino*, p. 355, nota 12.

arts. 2066, 2068, 3145 y 3298), ambas constituyen causas distintas de anulación de los actos jurídicos (ver art. 955), el art. 932 define la acción dolosa, y la palabra fraude se reserva aquí para el acto doloso en que se perjudica o defrauda los derechos de un tercero, que a él no ha concurrido".

Santoro Passarelli²² es terminante en cuanto a la diferenciación pautada entre la simulación y el fraude como vicios propios del acto jurídico. Es terminante aun ante lo que muchos autores llaman simulación fraudulenta —como Planio²³— como supuesto de simulación ilícita. Así, "en ningún caso puede hablarse de simulación fraudulenta, en particular en los casos en que la simulación tiende a eludir un derecho ajeno o una prohibición legal. La simulación y el fraude no sólo son figuras distintas —lo que la doctrina más reciente admite—, sino que son figuras francamente incompatibles. El negocio en fraude a la ley o en fraude de acreedores es... un negocio verdadero, viciado precisamente y sólo por la *fraus*; el negocio simulado es, por el contrario, un negocio ficticio, que cualquier interesado puede combatir como tal y con el mismo modo de impugnación —la acción de simulación—, sea lícito o ilícito el fin perseguido con la simulación. El eventual negocio disimulado, que es el negocio verdadero, es el que puede ser ilícito o fraudulento, y en tales casos vale para él, la disciplina ordinaria".

Sólo realizando las advertencias y estableciendo las limitaciones precedentemente invocadas, es posible interpretar en su significado más puro la clasificación que el art. 957 del Cód. Civil recepta en su seno.

La preceptiva del art. 957 revela que la simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito. De tal enunciación se destaca la definición de la simulación ilícita como excepción a la lícita; esto es, como excepción a aquella que es reprobada por la normativa vigente por el perjuicio causado a terceros, y por su *causa simulandi* contraria a la ley, a la moral y las buenas costumbres, al orden público. Podríamos establecer, en principio, que la simulación lícita surge de la normativa como por *exceptio* de la ilícita, y sometida su existencia a una condición meridiana: siempre y cuando no tuviere los efectos de perjuicio a terceros y de afectación a la moral y orden públicos tutelados por la ley. Nuestro codificador reconoce como fuente de tal preceptiva a lo expresado por el juriconsulto

²² Santoro Passarelli, *Doctrinas generales del derecho civil*, p. 178.

francés Toullier, pero asimismo invoca las palabras de Favard, de donde se extrae la idea precedente de inferencia por excepción de la simulación lícita: "La simulación —dice el autor galo— es una causa de nulidad, cuando tiene por objeto eludir una incapacidad establecida por la ley, o dar una apariencia legal a un acto prohibido; mas cuando en ella no hay fraude hecho a las leyes, a las buenas costumbres, o a los derechos de terceros, la simulación no es causa de nulidad de los actos, porque podrían hacerlo en la forma que quisieran, con tal que no fuera una forma prohibida" (Repertorio, Verbo *Simulation*, de la nota al art. 957, Cód. Civil; la bastardilla es nuestra).

Sin pretender hacer hincapié alguno en la noción de nulidad que Favard considera en relación a la simulación —que no tratamos en este punto por no vincularse al tema subexamine—, lo cierto es que se esboza la equiparación de la simulación lícita con el fraude, al menos al reputar a aquélla como móvil de acceso o como causa fuente de éste; cuestión que trataremos luego, en plena resolución del casus.

Nuevamente Segovia, advierte la fuente directa en Freitas y realiza un análisis de la simulación en términos similares.

Nuestro derecho judicial ha dicho al respecto que "la procedencia de la acción de simulación está condicionada al perjuicio real que en el caso significó para el accionante, porque la simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito"²².

En iguales términos, "la simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito y su declaración, por mero prurito formal, que no lleva la finalidad de reparar un perjuicio cierto y real o un derecho conculcado, hace improcedente todo pedido al respecto, máxime si con ello sólo se busca dilatar el cumplimiento de obligaciones contraídas"²³ o bien "la simulación, por sí misma, no es reprobada sino sólo cuando causa perjuicio a alguien o es ilícita"²⁴.

Seguimos a Salvat en cuanto a la definición de la simulación lícita o contrario sensu a la simulación ilícita, de modo tal que "la simulación lícita es aquella que a nadie perjudica, ni tiene un fin ilícito"²⁵.

²² CNCiv, Sala B, 25/10/87, ED, 31-110.

²³ CNCiv, Sala F, 3/10/87, ED, 31-140.

²⁴ SCBA, 13/11/79, ED, 86-314.

²⁵ Salvat, Derecho civil argentino, p. 1038.

Continúa Salvat afirmando que "la simulación por el contrario es ilícita, o como se dice ordinariamente, es fraudulenta, cuando ella se realiza en perjuicio de terceros o con un fin ilícito.

En perjuicio de terceros: el ejemplo típico es el de la venta simulada de sus bienes hecha por un deudor para impedir que sus acreedores puedan vendérselas. Con un fin ilícito: por ejemplo, en el caso de que un juez, abogado, etc., violando lo dispuesto en el art. 1361, inc. 6^o, comprase a nombre de otro, bienes que estuviesen en litigio por ante el juzgado o tribunal ante el cual ejerciesen o hubiesen ejercido sus funciones. La simulación como se desprende del mismo art. 957, argumento 'a contrario sensu', es en este caso reprobado por la ley" (la bastardilla es nuestra).

Nótese que Salvat equipara simulación ilícita a simulación fraudulenta, en el sentido tan criticado por el profesor Santoro Passarelli. En este aspecto, nuestro tratadista ha seguido a los franceses, y fundamentalmente, a Planiol y Ripert.

Betti, fiel a su criterio pragmático y axiológicamente relativista, nos hace una referencia interesante sobre lo contingente y sujeción al *hic et nunc* (al "aquí y ahora", al contexto espacio-temporal determinado) de la ilicitud y licitud simulatoria: "El problema de la simulación se presenta con caracteres de relatividad. Desde el punto de vista político-legislativo el tratamiento de esta anomalía debe remitirse al modo de ver y sentir corriente y a las concepciones dominantes en la conciencia social de un determinado ambiente histórico; y en tales concepciones precisa apoyarse para aclarar si y hasta qué punto el negocio haya de considerarse utilizado para un fin que no es el suyo, y presenta los caracteres de la simulación"²⁷.

²⁷ De este modo, y siempre circunscribiéndonos a las particulares características del caso *scottiar sub exornis*, entendemos hallarnos ante una simulación ilícita, por cuanto está ocasionando —a través del engaño u ocultamiento perpetrado— un serio daño a un tercero interesado, en el puntual derecho de la intangibilidad de la porción legítima de la masa hereditaria que le corresponde por su condición de heredero forzoso del causante. El tercer hijo, que no se resigna a recibir como toda herencia un tercio de las pocas acciones que quedaban de propiedad de su padre, sabedor, por otra parte, del engaño maquinado a través del acto aparente de la suscripción de aporte en efectivo, por cuanto sus hermanos a la fecha de realización de los aportes no contaban con los recursos pecuniarios suficientes como para llevarlos a cabo.

5. SOBRE LA INEXISTENCIA DEL "ACTA SIMULATA" Y SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DECLARATORIA DE LA SIMULACIÓN

El art. 958 del Cód. Civil –cuya fuente es reconocida por nuestro codificador en las ideas de Chardon–, en el estricto ámbito de la simulación relativa, establece que cuando se descubriere un acto serio, oculto bajo falsas apariencias, no podrá ser éste anulado desde que no haya en él violación a una ley, ni perjuicio a tercero.

Independientemente de la interpretación que a este artículo pudiere otorgársele –respecto a la noción de anulación del acto– lo cierto es que deben empero realizarse ciertas advertencias para su adecuada interpretación.

Cuando el artículo de marras hace referencia a la anulación del acto, ésta no debe ser tenida en cuenta como total. Sabido es que nuestra normativa en la materia, acoge las nulidades parciales. En tal sentido, el art. 1039 del Cód. Civil –con antecedente inmediato en las ideas de Savigny– establece que “la nulidad de un acto jurídico puede ser completa o sólo parcial. La nulidad parcial de una disposición en el acto, no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables”.

Es por ello que, no sólo no podrá invalidarse el acto serio o real cuando no causare perjuicio a tercero ni violare la ley vigente, desde ya una vez descubierto el acto simulata que cubre los efectos de aquél, sino que además, no requiere ser anulado totalmente, por cuanto la invalidación de ciertos efectos puede, dejando subsistentes los restantes, garantizar la inalterabilidad de los derechos de los terceros o de la aplicación de la ley.

Pero ¿qué quiere decir la ley cuando habla de acto serio? Salvat nos explica la noción de seriedad en el acto oculto: “En el caso de la simulación relativa, tenemos dos actos jurídicos: 1) el acto ostensible, llamado también aparente o ficticio; es el que las partes han aparentado o simulado realizar; 2) el acto oculto, llamado también sincero o real, este acto que es el que verdaderamente las partes han querido realizar, está destinado siempre a quedar secreto entre ellas”.

Tal acto serio, cuya totalidad de efectos no provocan perjuicio a terceros o violación a la ley, sino en margen parcial, puede ser invalidado con respecto a los terceros o la ley

misma hasta donde llega su ilicitud, sin necesidad —como afirmamos— de atacar el acto en su integridad. La propia ley, no sólo recepta las nulidades parciales, sino que además dota de remedios para scotar los efectos del acto, extraer aquellos que provocan el perjuicio, y depurarlo hasta tornarlo inofensivo y aun lícito²⁴.

Tal acto serio no tiene por qué ser invalidado en su integridad. La misma ley acoge en su seno el presente supuesto. Así, el art. 3478 del Cód. Civil establece: "Toda donación entre vivos hecha a heredero forzoso que concurre a la sucesión legítima del donante, sólo importa un anticipo de su porción hereditaria", con la obligación específica del art. 3477, párr. 1^o, que dice: "Los ascendientes y descendientes, sean unos y otros legítimos o naturales, que hubiesen aceptado la herencia con beneficio de inventario o sin él, deben reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto".

Es decir que las donaciones efectuadas por el padre a sus hijos, son reputadas como adelanto de la legítima hereditaria. La misma ley, con reconocimiento de tales circunstancias, dota por el art. 3478 del Cód. Civil, la pertinente "acción por colación" al coheredero para que el otro "acerque" a la masa sucesoria los bienes receptados *inter vivos*²⁵.

Correlativamente, la ley protege asimismo la inalterabilidad de la legítima hereditaria (arts. 3581 y ss., Cód. Civil), y es por ello que establece como normativa de orden público la alícuota de porción de legítima (para los hijos, art. 3583, Cód. Civil, conf. ley 23.264), su incondicionalidad (art. 3588, Cód. Civil), y fundamentalmente, el derecho de reclamo de la respectiva legítima, con la obligación de traer a colación lo recibido en los términos de tal instituto²⁶.

²⁴ En el caso que nos ocupa, tras el acto simulado de la suscripción de nuevos aportes en efectivo por los socios minoritarios hijos del padre socio mayoritario, se esconde el acto disimulado o serio de la donación o cesión a título gratuito del mismo dinerario suficiente para suscribir los aportes, por parte de un padre a sus hijos.

²⁵ De modo tal que la ley considerará, por la existencia del acto real, que la suma dineraria otorgada por el padre a sus dos hijos socios para suscribir los nuevos aportes de capital, ha sido otorgada como adelanto de la herencia.

Al mismo tiempo, la ley concede al tercer hijo de nuestro caso la acción de reclamo por colación de tales bienes cedidos a título gratuito en vida por el causante, y el "arrastrarlos" consecuentemente a la masa hereditaria.

²⁶ Por eso, la normativa en cuestión permitirá a nuestro cliente inter-

Surge del juego armónico de la preceptiva anteriormente analizada que, traídos a colación los bienes recibidos a título de donación por algunos de los hijos por reclamo de otro de ellos, y afectada por tales donaciones la alícuota de legítima de este último, la acción de colación de este coheredero con respecto a los otros permitirá la reducción de la porción del patrimonio del causante recibida por aquéllos, hasta alcanzar la porción que por legítima le correspondiere (arts. 3477 y 3602, Cód. Civil).

Se ve entonces que atacando por remedio legal pertinente, ciertos efectos del acto serio (donación), es posible, sin necesidad de invalidarlo íntegramente, garantizar la inviolabilidad de los derechos del tercero perjudicado (en el caso, nuestro cliente).

Pero los propósitos perseguidos por el art. 958, no serían comprendidos en toda su extensión si no se tuviere en cuenta que, en principio, debe atacarse la presencia del acto aparente que está cubriendo el acto serio o real²¹.

Pero ¿cómo llegar al acto serio, e interponer la acción de colación ya desarrollada, si nos encontramos aún ante una apariencia de venta que, como el epicarpio del fruto, nos oculta la pulpa desnuda?²²

Al fin obtenemos la preciada respuesta: debemos fulminar el acto simulado, mediante la acción de declaración de tal simulación, para luego interponer (en el estricto ámbito del caso que nos ocupa) la acción de colación para "traer" a la masa sucesoria (en nuestro caso auxiliar), los paquetes accionarios resultantes de la suscripción de nuevos aportes (acto aparente), debidos en realidad a donación del monto

poner la acción de colación pertinente, invocar la lesión a la intangibilidad de su alícuota legítima en el haber sucesorio, y petitionar la reducción de la propia de sus hermanos hasta alcanzar la que por ley a él mismo le correspondiere.

²¹ En rigor a la verdad, el acto serio oculto por la apariencia de la suscripción de nuevos aportes, perjudica mientras se halla oculto, la legítima del tercer hijo. Y es precisamente en el hecho de encontrarse oculto, pretendiendo disfrazar una realidad, que se advierte el fraude a la legítima de nuestro cliente, y la palmaria ilicitud de la simulación, más allá que, el acto serio, por ser —desnudo sin considerar las apariencias— sea aceptado por la normativa vigente dentro de los límites ya exployados.

²² Salvat, Derecho civil argentino. Parte general, § 2512, se realiza similar interrogante: "¿Cómo se cumple la reprobación de la simulación ilícita? La ley —dice el autor— ha creado para esto una acción especial, llamada en doctrina, acción de declaración de simulación, que puede ser ejercida, ya sea por las partes otorgantes del acto, ya por los terceros".

dinerario a suscribir por parte del causante a través del acto real o serio, ocultado ilícitamente y defender la porción de legítima que correspondiere²⁴.

Del razonamiento anteriormente expuesto, se desprende una cuestión basal, que fundamenta en un todo su procedencia y construcción lógica y dogmática: "la naturaleza jurídica del acto simulado".

El propio Llambías desarrolla el punto con la acostumbrada fluidez y claridad de criterio que lo caracteriza.

Para algunos autores –arguye el autor invocado– el acto simulado sería un acto inválido; en cambio, para la doctrina dominante, un acto jurídico inexistente.

La primera opinión –continúa en su exposición– se atiene literalmente a la calificación legal contenida en los arts. 1044 y 1045 que considera al acto simulado nulo o anulable, pero nunca inexistente. Aclara que la nulidad del acto es muy peculiar; ya que en tanto que aquélla, en general, borra los efectos del acto referidos a la simulación, queda en pie lo que las partes han estipulado ocultamente²⁵.

Con respecto a la segunda opinión –expresa Llambías– se reputa el acto como inexistente, debido a que "el acto simulado no es un acto jurídico por cuanto el consentimiento de las partes no es efectivo".

La jurisprudencia mayoritaria ha receptado la noción de inexistencia del acto simulado. Así, "la simulación es ilícita cuando perjudica a terceros o cuando tiene otro fin ilícito y siendo de tal naturaleza la nulidad –o inexistencia según cita la doctrina– del acto simulado trae aparejada la ineficacia del acto disimulado, por aplicación de la norma del art. 958, Cód. Civil" (la bastardilla es nuestra)²⁶.

Adviértase empero que los jueces no han sido contestes respecto a la invocación de la ineficacia del acto simulado: veremos posteriormente que no es necesario reputarlo como inválido en su totalidad, e inclusive la normativa dota de remedios específicos para atacar o neutralizar al acto sin desestimar plenamente sus efectos.

De modo tal que, considerando al acto simulado como inexistente –siguiendo en tal sentido, por intermedio de

²⁴ Ver al respecto, las ideas vertidas por Spota, Alberto G., *Donación difamada, acción de reducción y dispensa de colación*, LL, 1985-B-88.

²⁵ Llambías, *Tratado de derecho civil*. Parte general, nota 108.

²⁶ CFCiv, Sala F, 25/9/76, ED, 71-500.

Llambías, a la doctrina mayoritaria en la materia— advertimos las siguientes consecuencias, derivadas de la declaración de la simulación, en los términos precedentemente expuestos:

a) La declaración judicial de simulación —en el caso que nos ocupa— desvanecerá el acto simulado de la suscripción de los nuevos aportes por parte de los hijos socios, otorgando al mismo tiempo eficacia al acto oculto, donación del padre a los hijos del monto necesario para realizar el aporte, que habrá de ser reputada como adelanto de herencia. Verifica, en consecuencia, la inexistencia del acto ostensible (en los conceptos de Salvat).

b) Independientemente de la acción de colación que habrá de interponerse, y los efectos derivados de la reducción a la donación de marras para asegurar la incolumidad de la legítima del tercer hijo, la ilicitud de la simulación relativa de marras acarreará en los autores del acto simulado, la responsabilidad por los daños y perjuicios provocados al tercero a consecuencia de la maniobra engañosa.

Planiol y Ripert, en la célebre obra ya mencionada en el desarrollo de nuestra exposición, apoyan la tesis de la inexistencia del acto simulado, al mismo tiempo que coloca en cabeza del interesado dañado en sus derechos, la legitimación activa para ejercer la acción de declaración de la simulación del referido acto, quizá con una extensión que debe tomarse con cautela, pero que encaja perfectamente en nuestra posición con respecto al reclamo del tercer hijo: "Todo interesado podrá obtener la declaración de simulación, lo cual equivale a considerar inexistente el acto aparente, y no sólo aquellos contra quienes se hubiere trabado la maquinación (acreedores de un deudor que ha celebrado una enajenación ficticia a un testafierro o que ha hecho constar en un documento un precio inferior al verdadero; herederos legítimos en cuyo perjuicio se hubiese ocultado una donación excesiva bajo la apariencia de una venta encubierta)"²⁸.

Más allá del supuesto similar que Planiol y Ripert establecen tomado del derecho judicial francés, lo cierto es que la legitimación en el sujeto efectivamente dañado —independientemente de si el engaño se perpetró en su contra— es

²⁸ Ejemplos extractados por Planiol y Ripert, de la jurisprudencia gala; en tal sentido, ver nota 4. Civ., abril 11, 1927, s.1927.1.262, abril 2, 1924, s.1923.1.

una saludable solución y coloca un manto de justicia a la problemática suscitada por los actos simulados ilícitos²⁰.

En el estricto ámbito que nos ocupa, los autores franceses precedentemente citados profundizan el aspecto por nosotros ahora indagado, en el sentido de que "en tanto se trate de hacer declarar la simulación demostrando que el acto aparente es inexistente para las partes, cualquier interesado está facultado para ello, aun las partes mismas. La diferencia entre partes y terceros solamente se presenta desde el punto de vista de los causahabientes y aun los sucesores universales en su calidad de herederos legítimos se consideran como terceros si la simulación ha sido dirigida contra ellos" (la bastardilla es nuestra)²¹.

Nuestro derecho judicial ha dicho respecto al tercero damnificado por los efectos de la simulación que "debe considerarse tercero no participe directamente perjudicado por el acto pretendidamente simulado, a los sucesores universales de algunas de las partes otorgantes del acto, si la simulación es en perjuicio de ellos"²².

²⁰ En el caso en examen, quizá la simulación no ha sido hecha en perjuicio directo del tercer hijo —no pretendiendo afectar su legítima— sino que el engaño muy probablemente apuntó al fisco o a los acreedores, pero, presente el daño en la inalterabilidad de la legítima de nuestro cliente, tal situación objetiva habilita per se la interposición de la acción de declaración de simulación del acto aparente de suscripción de aportes con fondos propios, sujetos por otro lado, según dato fíctico relevante, a una seria presunción de simulación del acto por ausencia en los patrimonios de los suscriptores aparentes del monto dinerario suficiente como para realizar el aporte societario a la fecha de la apócrifa suscripción.

²¹ Planiol - Ripert, *Traité de droit civil/français*, p. 474, § 340. Recordemos que el hecho que la simulación se halla dirigida contra los terceros —tal como los autores franceses lo establecen— no apunta a atribuir la dirección desde el engaño hasta el tercero, sino del daño causado al derecho lesionado de aquél.

²² Conf. CApel Rosario, Sala II, 30/10/87, in re "A., H. c/P., M. de Y. O."; JA, 81-141, Rep. L., 1990, sum. 2. La ratio decidendi del decisorio presentado se ajusta notablemente al caso que nos ocupa, igualmente sustentado en la puntual declaración que otro fallo judicial —esta vez de la Sala C de la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital— sienta al respecto: "Debe distinguirse al supuesto de los sucesores que al denunciar la simulación, ilícita por perjuicio a sus intereses hereditarios actúan en forma circular a terceros —porque no han podido evitar ni controlar el acto perjudicial—, del caso en que lo hagan sin existir tal daño y como continuadores de la persona del difunto. En este último caso sería aplicable la restricción probatoria del art. 860 del Cód. Civil, y para el primero, la amplitud en favor del tercero, no obstante ser sucesor universal (CNCiv, Sala C, 14/3/81, ED, 84-318). En el sub examine, nuestro cliente es ciertamente sucesor universal

6. SOBRE LAS POSIBLES ACCIONES A PLANTEAR ANTE SEDE JUDICIAL

Ahora bien, del análisis de lo precedentemente expuesto surge que el justiciable deberá recurrir a sede judicial y plantear las siguientes acciones:

a) *Acción de declaración de simulación del acto aparente.* Acción meramente declarativa de la inexistencia del acto simulado, a los efectos de desnudar o descubrir el acto real subyacente.

b) *Acción de colación.* A los efectos de intimar a sus coherederos a "acercar" al haber sucesorio —en nuestro caso ejemplificativo— los paquetes accionarios derivados de los aportes suscriptos aparentemente con fondos propios, o el crédito líquido resultante de la donación encubierta realizada por el causante, que ha de ser reputada como adelanto de parte de la alicuota de legítima hereditaria (daría motivo de discusión abierta si deben "acercarse" los títulos representativos del aporte —que podrían considerarse como el objeto de la donación, en el sentido de haber sido el padre el verdadero suscriptor y posterior donante de las acciones— o bien el crédito líquido —suma de dinero que el padre donó previamente a la suscripción del aporte—, situación que complicaría en extremo el caso que nos ocupa, y nos alejaría en verdad de la finalidad sentada), que una vez "anexados" a la masa sucesoria, sin duda serían —por los caracteres del caso— sometidos a reducción hasta alcanzar la hijuela hereditaria que le correspondiere de pleno derecho al tercer hijo.

c) *Acción por daños y perjuicios, derivada de la simulación ilícita.* Sería pertinente, pero sujeta a una cuestión de prueba que excedería los propósitos de este trabajo (así, es posible la existencia de daño material emergente, y aun de daño moral, sujeto este supuesto, a nuestro considerar, a la prueba de realización del engaño directamente en contra de nuestro cliente).

—heredero forzoso— del causante, pero es un acto de éste con ciertos coherederos —los hijos socios— el que provoca daño cierto al primero —afección a la inalterabilidad de la legítima hereditaria—, lo que lo transforma en un penitencia con respecto a aquéllos. Veremos posteriormente cuál es el problema en materia probatoria que el fallo arriba mencionado ha esbozado en un principio.

En este sentido "si ha quedado suficientemente acreditado que la simulación de los actos impugnados ha sido ilícita y en perjuicio de los accionantes, terceros de aquéllos, existiendo una sola causa simulandi, interés común y acuerdo simulatorio respecto de dichos actos de todos los demandados —y dada la relación de parentesco existente entre ellos— la condena debe imponerse solidariamente a todos los accionados en virtud de lo dispuesto por los arts. 699, 700 y 1081 del Cód. Civil"⁴⁸.

7. CÓMO PROBAR LA SIMULACIÓN

En el caso ejemplificativo, la sociedad ha sido constituida por el padre y los hijos. Ambos hijos han suscripto los aportes del capital originario de la anónima cerrada junto con su padre. No nos interesa empero el indagar sobre si ha existido posible simulación inclusive en el acto constitutivo de la sociedad en cuestión. Nos interesa, en cambio, a los estrictos fines del caso de marras, el aumento del aporte por suscripción en efectivo que torna a ambos hijos en poseedores de la mayoría del capital frente a la posición societaria minorista del padre ante tal suscripción.

Recordemos pues que al mismo tiempo hemos advertido una simulación ilícita de carácter relativo suscitada entre las partes mencionadas: una aparente suscripción de nuevas acciones por capital aportado por los hijos, en los cuales pretendemos observar el acto oculto de la donación del monto dinerario suficiente para concretarla, o la cesión a título gratuito de las nuevas acciones por parte del padre hacia los hijos socios.

Empero, esclarecida que ha sido en cierta forma la subunción del caso cuya resolución nos ha avocado en el desarrollo del presente trabajo, tropieza con una valla de complejo vencimiento: cómo probar la existencia de la simulación.

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha reconocido la complejidad de la cuestión: "como la simulación realizada para perjudicar a terceros supone un hecho ilícito y a veces un delito criminal, las partes procurarán rodear al acto de todas las apariencias de realidad, ocultando los indicios

⁴⁸ CNCiv, Sala D, 9/384, ED, 128-359.

comprometedores y borrando los rastros, así como operando con premeditación y eligiendo el momento oportuno. Se comprende así, cuán difícil es la tarea de los terceros, que casi la única prueba que tienen a su disposición es la de presunciones"⁴¹.

Han dicho los jueces al respecto que "el acto simulado, es por hipótesis lícito, lo que es en todo caso ilícito es la simulación; por ende los argumentos relativos a dicha licitud, así como otros de alegación frecuente sobre el respeto por la libertad de los contratantes, no estar el negocio prohibido por la ley, etc., no tienen entidad de la misma especie para coonestar lo que sugiere el indicio de que se trata. De ahí que la compraventa con reserva de usufructo, bien que lícita y usual, puede ser simulada si concurren elementos fácticos —no jurídicos— que así lo demuestren, tales como la falta de motivación del negocio aparente, el bajo precio, la carencia de medios del supuesto adquirente, etcétera"⁴².

Pero ¿cuáles medios probatorios son conducentes a los efectos de acreditar la existencia de simulación?

El art. 960, párr. 2º (incorporado por ley 17.711), aunque como liberal excepción a la prueba por contradocumento del acto real subyacente existente entre las partes, habilita para la doctrina mayoritaria —y jurisprudencia conteste— mediante una interpretación por extensión, la consideración de todo medio de prueba ante la ausencia del primero, a través de la invocación de circunstancias que tornaren inequívoca la existencia de simulación (v.gr., presunciones serias).

Dice el mencionado párrafo, cuya estrechez dogmática ha suscitado las reprobaciones de los principales autores por la reticencia manifiesta a la consagración para los terceros de la libertad de ofrecimiento de prueba para acreditar la existencia de la simulación que le provoca perjuicio: "Sólo podrá prescindirse del contradocumento para admitir la acción, si mediaran circunstancias que hagan inequívoca la existencia de simulación".

El derecho comparado nos ofrece solución viable al respecto, que junto a la doctrina nacional y los decisivos de nuestros tribunales nos apuntan a una respuesta afirmativa.

⁴¹ *JurgI* InstCivil n° 6, 15/3/80, ED, 91-488.

⁴² *CNCiv*, Sala E, 29/4/81, ED, 94-125.

Por ejemplo, Betti expresa que la probanza de simulación de terceros al acto por el perjudicado, se vinculará con las relaciones que habrán de invocarse respecto a los efectos e incidencia del acto simulado o ficticio. De este modo —relata el profesor itálico— y “en cuanto a la prueba de simulación, en las relaciones en que puede invocarse, se actúa de diferente modo según se trate de relaciones internas entre las partes, o hacia los terceros. En las relaciones internas, la prueba de la contradecларación encuentra los mismos límites de la prueba testimonial, atendiendo a la posibilidad y el deber que tenían las partes de proveerse de una prueba escrita; a menos que la simulación encubra una ilicitud, e impida así la conversión del negocio la subyacente causa disimulada. En cambio, frente a terceros, desaparecen por la razón contraria, las limitaciones de la prueba de testigos”.

En la misma línea de argumentación, Santoro Passarelli, en base al análisis de normativa similar a la considerada por Betti, se expresa afirmando que “la prueba del hecho de la simulación es, naturalmente, libre para los terceros. Para las partes o sus causahabientes, como la prueba de la simulación se resuelve en la del acuerdo simulatorio y eventualmente en la del negocio simulado, está sometida al límite acostumbrado de la prueba del contrato..., a menos que el negocio simulado sea ilícito”.

Para los franceses Planiol y Ripert, y con respecto a los terceros, “la simulación es un hecho cuya prueba por escrito no puede pretenderse de ellos, ya que siempre se habrá efectuado a sus espaldas. Por tanto, podrá valerse de cualquier medio para probarla. Recordamos aquí que los que alegan la existencia del acto secreto a fin de derivar del mismo los beneficios de un derecho que de éste resulte a favor de una de las partes, ejercitan los derechos de éstas y estarán obligados a proporcionar las mismas pruebas; pero es muy diferente en cuanto a los que alegan los efectos que el aparente pudiera producir en su perjuicio”⁴².

Los autores galos citados otorgan importancia crucial a las presunciones legales, y al hecho notorio de “la aplicación que la jurisprudencia hace de la noción de propiedad aparente”, en base a serias presunciones judiciales⁴³.

⁴² Planiol - Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*, p. 476.

⁴³ Planiol - Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*, p. 477.

La doctrina nacional se ha mantenido conteste con los principios sentados en el derecho comparado, y asimismo el derecho judicial plasmado por nuestros tribunales ha desarrollado una profusa justificación científico-normativa de tales principios.

Para Salvat, recordando que tal conjunto de principios "ha sido también invariablemente consagrado en la jurisprudencia de nuestros tribunales", la situación de los terceros frente a la probanza del acto simulatorio, se halla "a la inversa de las partes otorgantes del acto simulado, las cuales... sólo pueden probar la simulación por contradocumento, salvo los casos de excepción", agregando consecuentemente que "los acreedores y terceros en general pueden probarla por toda clase de pruebas, incluso la de presunciones, porque ellos se han encontrado en la imposibilidad de procurarse una prueba escrita". El jurista argentino recoge así la opinión de los autores franceses clásicos como Aubry y Rau, Demolombe, Laurent, Larombière, Baudry Lacantinerie, y la del propio Planiol⁴⁵.

El profesor Liambias no es contrario a tal exposición teórica. Así afirma con respecto a la prueba de la simulación que el conjunto de principios sentados son "el medio frecuente utilizado por los terceros para la prueba de presunciones o indicios suficientes como para llevar al ánimo del juzgador la convicción de que ha ocurrido la simulación". Cita el autor, a título de ejemplo, la presunción judicial de la "carencia de medios del adquirente" al tiempo de la realización del acto simulado, situación puntual de eficaz aplicación al caso que nos ocupa, y que la jurisprudencia ha reconocido desde larga data⁴⁶.

La Sala C de la Cámara Nacional en lo Civil, en interpretación del párr. 2º del art. 960, Cód. Civil, ha establecido que "cuando la simulación es ilícita, la exigencia del contradocumento no debe prevalecer, pero, naturalmente, debe haber prueba aportada por quien invoca la existencia del vicio"⁴⁷.

Con relación a los medios probatorios permitidos al legitimado activo —el tercero damnificado por la simulación—,

⁴⁵ Ver al respecto Salvat, *Derecho civil argentino. Parte general*, nota 234, § 2367.

⁴⁶ Ver los fallos citados por Liambias al respecto nota 140 bis CCivI°Cap. 11/248, JA, 1950-II-396; ST Entre Ríos, LL, 78-248.

⁴⁷ CNCiv, Sala C, 8/10/61, ED, 101-242.

la jurisprudencia ha afirmado que "a los terceros que sólo se encuentran habilitados o legitimados para verificar la simulación ilícita en procura de su interés, se les admite uniformemente el uso de cualquier medio de prueba, por la evidente imposibilidad material de proveerse del contradocumento, siendo en tales hipótesis la prueba más importante y frecuente la de presunciones, requiriéndose que las mismas sean graves, precisas y concordantes y conduzcan, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, a crear en el ámbito del juzgador la certeza moral de la real existencia de la simulación alegada"²⁰.

En similar sentido, "la simulación puede acreditarse por todos los medios probatorios, inclusive por testigos y presunciones cuando mediare confesión de parte, principio de prueba por escrito, imposibilidad de presentar el contradocumento o cuando ella es ilícita"²¹.

La jurisprudencia elaboró una construcción interpretativa armónica de reglas para procurar no tornar en ilusoria la pretensión del tercero invocante. Así:

a) En lo que hace a la existencia de la causa simulandi, no es posible exigir una prueba acabada de la misma, en la medida que ello importaría tener que introducirse en la esfera del pensamiento de los contratantes, para saber cuáles fueron sus intenciones, teniendo en cuenta además que los móviles determinantes de una simulación pueden ser múltiples y no siempre precisos y definidos²².

b) No es necesario para demostrar la simulación, precisar la causa simulandi, el objetivo que induce a concretar el engaño; pero debe considerarse que sirve para apreciarla la manera más favorable, constituyendo el preámbulo del intrincado camino probatorio²³.

²⁰ CNCiv, Sala F, 25/878, ED, 71-566.

²¹ CNCiv, Sala F, 26/1283, ED, 7-893. Puede expresarse, en el caso que nos ocupa que, pudiendo acreditarse por un lado la imposibilidad de los hijos socios de poder haber integrado los aportes en efectivo a la época del aumento de capital de la sociedad, y por el otro la salida o egreso del patrimonio paterno de monto dinerario similar al aportado, habilitaríamos presunción grave y seria que se convertiría, en sólido basal de la admisibilidad de nuestra pretensión: la declaración de simulación del acto en cuestión, y la acción de colación con reducción de alícuota de los herederos, una vez demostrado el acto real de donación como adelanto de herencia.

²² CApel Rosario, Sala II, 30/10/87, "A., H. c/P. M. de Y. O.", JA, 81-141; RepLL, 1990-J-E, sum. 6.

²³ CApel Rosario, Sala I, 2/7/88, in re "Herederos D.C. c/Herederos D. D.", JA, 81-501.

c) El vicio de simulación es de difícil prueba para quien invoca la no existencia del acto, no siendo parte del mismo, pues la simulación es un elemento esencial. Sin embargo, no se produce la inversión de la carga de la prueba y el rol principal en la demostración de la simulación le corresponde al actor que pretende la inexistencia y ello con fundamento en los criterios de normalidad, conservación y seguridad jurídica³².

d) La parte interesada en sostener la validez del negocio que un tercero aduce simulado, tiene el deber moral –cuyo incumplimiento apareja consecuencias jurídicas– de aportar las explicaciones y elementos demostrativos de la honestidad, realidad y seriedad del acto, y no es admisible que contradiga tales explicaciones si la prueba sobre los hechos invocados le resulta adversa³³.

e) La especificidad de la prueba en el juicio de simulación, sobre todo si la acción es ejercida por terceros, radica en que generalmente se resuelve en una masiva acumulación de presunciones que debe llevar a la conciencia del juez la convicción de la irrealidad del acto sospechoso. El demandado no puede limitarse a la negativa de la pretensión del actor, sino que debe concretar su propia resistencia, debe producir la prueba del descargo pertinente, tratando de convencer sobre la seriedad y honestidad del acto en que intervino. La exigencia de una determinada conducta procesal para actor y demandado, nos aleja del rígido concepto de la imposición de la carga de la prueba y nos aproxima al área de las presunciones³⁴.

f) Si la simulación estuvo enderezada a actuar en perjuicio de los sucesores universales del otorgante del acto, en fraude a la legítima, éstos adquieren posición de terceros y no necesitan contradocumento para probarla, basta que se valgan de presunciones lo suficientemente graves, que lleguen a crear el convencimiento del juzgador³⁵.

³² CNCCom, Sala E, 18/11/88, in re "Banco Shaw SA c/Gendelman, Gregorio y otro", LL, 1990-B-89, ED, 136-149.

³³ CNFedCostAdm, Sala III, 13/2/90, "Gidekel de Garbar, Chaja y otros c/Banco Central", LL, 1993-C-149.

³⁴ CNCCom, Sala E, 18/11/88, "Banco Shaw SA c/Gendelman, Gregorio y otro", LL, 1990-B-89, ED, 136-149.

³⁵ CNCiv, Sala C, 14/5/81, ED, 94-319.

8. Conclusión

Hemos advertido en el desarrollo precedente, que la interposición de acción de simulación para atacar el acto aparente en una simulación de carácter relativo, y de la acción de colación para atacar el acto real o serio subyacente, en aras de la intangibilidad de la legítima del coheredero forzoso, no es por cierto una hipótesis arriesgada.

Por otro lado, y para culminar, hemos de esperar que el auxilio brindado por la exposición del caso ejemplificativo haya sido de suma utilidad a los efectos de la comprensión de la temática analizada.