



PRINCIPALES LINEAMIENTOS DE LA SIMULACIÓN Y EL FRAUDE EN LOS ACTOS JURÍDICOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Federico A. Ossola

Un homenaje más que merecido

Me llena de inmensa alegría y orgullo poder formar parte -con este humilde aporte- del justo Homenaje que el Colegio de Escribanos de Córdoba ha realizado en el transcurso de este año a la Escribana Amara Bittar de Duralde, *Malaquita*, en el marco de un Curso que se organizó, y ahora a través de estas páginas.

Todavía recuerdo ese huracán que entró al aula de la Facultad de Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba, en Abril de 1991 (hace ya 25 años), y dijo: “Chicos, soy su Profesora de Parte General del Derecho Civil, la Materia más hermosa de la Carrera”. No dijo “la más importante”, sino “la más hermosa”. Esa frase transmitía lo que luego descubrí que era de su esencia: la pasión. Ese fue el día que definió en muchas cosas el curso de mi vida. Se suele decir que cuando un Profesor deja una huella, uno se enamora de la Materia y la Carrera que eligió. Todo eso fue lo que sucedió conmigo.

Comenzamos allí una hermosa relación que, con el tiempo, se hizo inquebrantable. De entrada nos invitó a un seminario que dirigía en el Departamento de Derecho Civil de la Facultad, en donde nos hizo conocer a los Profesores de las diversas Cátedras, a todos los libros que estaban allí, y a los grandes Maestros del Derecho Civil. Nos permitió hacer nuestras primeras armas, exponiendo un tema en el seminario. Nos hizo estudiar (vaya



si lo hacía...). Siempre, con la mirada atenta, con la mayor exigencia y cariñosa severidad, y corrigiendo nuestros muchos errores de jóvenes estudiantes, comenzamos un camino que no se detuvo, pues al poco tiempo todos ingresamos a la ayudantía.

Cuando en 1992 se nos ocurrió la idea de hacer un Congreso de Estudiantes, se lo puso al hombro, y junto con el Dr. Moisset de Espanés, estuvimos trabajando un año entero. De entrada nos dijo: hay que invitar a participar al “Colegio de Escribanos”, voy a hablar ya mismo con “Lulo Martínez”. Fue así como fuimos a solicitar apoyo académico a institucional del Colegio, el que nos fue brindado en una hermosa reunión que tuvimos en la Presidencia. Esa fue la primera vez que tomé contacto con el Colegio.

Docente de alma, es una persona que –verdaderamente- se dio por entero a sus alumnos. Que los amaba y los respetaba. Unas de las frases que me quedó grabada –y que revelan lo que ella es- fue: “en un examen, nunca busques lo que el alumno no sabe, sino lo que sabe”. Cuando los aplazaba, ella era quien más sufría, y decía una frase lapidaria, que le brotaba del alma: “no puedo ponerte la nota con el corazón”. Esto solo revela lo que significaba para ella *cada* alumno, el respeto que les profesaba, y que tenía muy en claro que su misión era sacar lo mejor de él, no regalándole nada, y brindándole una verdadera lección: el estudio, el esfuerzo, la honestidad y el compromiso serán lo único que te van a sacar adelante. Estudiá, porque de nada sirve aprobar en estas condiciones. Siempre recuerdo cuando decía: “si el alumno aprueba, el éxito es sólo de él; si reprueba, el fracaso es mío”.

En lo Institucional, su compromiso con la Democracia y la República constituye un verdadero ejemplo a seguir. De convicciones inquebrantables,



firme como un roble, nunca cedió a nada. Incluso, en su propio perjuicio, lo que no le importaba. He sido testigo de su profundo sentimiento de Justicia, que siempre puso en práctica, y sin amedrentarse frente al más pintado.

En lo personal, hemos compartido muchos momentos hermosos y llenos de gozo, pero también de los otros... Ha sido en estos últimos donde más se revela su verdadera esencia. Siempre está cuando la necesito. “Telepatía oriental”, le llama ella. Para mí es mucho más que eso.

Malaquita es de esa rara clase de personas que siempre puso su inmenso talento, tanto en lo jurídico como en lo humano, para desarrollar el de los demás; dando siempre un paso atrás cuando de reconocimientos se trata. Es un espejo en el que todos deberíamos reflejarnos: en lo profesional, en lo académico, en lo institucional y fundamentalmente en lo personal. Constituye esa extraña (y poco común) mixtura en la que confluyen, en una misma persona, dos calidades: un ser humano excepcional, y una profesional superlativa en todos los muchos ámbitos en los que se desenvuelve.

Gracias, querida Malaquita, por todo lo compartido, y lo mucho que aún nos resta.

I. Breve referencia a la regulación de los Hechos y Actos Jurídicos en el Código Civil y Comercial de la Nación

El abordaje del tema propuesto para este trabajo impone presentar el marco en que se desarrolla la regulación de la simulación y el fraude como vicios de los actos jurídicos.



Es interesante observar que en el Libro Primero del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyC) se dispone de manera unitaria y adecuada sobre la “Parte General”: el Título I trata sobre la Persona Humana; el Título II sobre la Persona Jurídica (los sujetos de los derechos); el Título III sobre los bienes (el objeto de los derechos); y el Título IV sobre los Hechos y Actos Jurídicos (la causa eficiente de los derechos).

Así, de manera ordenada y sistemática, se encuentra en un mismo Libro la regulación de los tres elementos esenciales de las relaciones jurídicas, que también lo estaban en el Código de Vélez, en el Libro Primero, Sección Primera (los sujetos), en el Libro Segundo, Sección Segunda (la causa eficiente) y en el primer Título del Libro Tercero (referido sólo a las cosas, como objeto de los derechos reales).

El avance metodológico es positivo, y también —en nuestra opinión— lo es la regulación más ordenada y sistemática de las diversas figuras e instituciones tratadas en este Libro Primero. Sin perjuicio, claro está, que puedan o no compartirse algunas soluciones específicas, lo cual es inevitable.

Podría decirse que, en términos generales, la materia de los hechos y actos jurídicos no importa una ruptura con lo anterior, sino más bien una sistematización, con una clara economía normativa, de la regulación anterior; a la que se le han efectuado ciertos ajustes, algunos de detalle y otros de importancia y de mayor peso sustancial.

Por ej., conceptualmente el concepto de *hecho jurídico* del nuevo art. 257 es diferente al anterior, ya que ahora no se trata del hecho *susceptible* de producir alguna mutación jurídica, sino el que *efectivamente la pro-*



duce. Se ha incorporado una importante regulación de la *causa final* en los actos jurídicos, que constituye uno de sus elementos esenciales, sin perjuicio de disponerse también sobre el acto abstracto (arts. 257 a 259 del CCyC). También se han reflejado las nuevas tecnologías en relación a la conformación de los instrumentos. Y muchas otras cuestiones que no tratamos atento los límites del presente.

El Capítulo 6 de este Título IV trata sobre los vicios de los *actos jurídicos*, y comprende la lesión, la simulación y el fraude. Es claro, entonces, que no nos encontramos ante vicios de la *voluntad*, sino ante vicios del *acto*, los que residen e impactan en una cuestión que ha sido notablemente potenciada a nivel normativo: la tutela del Principio de Buena Fe, que no sólo se encuentra ahora consagrado en el Título Preliminar (art. 9 del CCyC), sino que está replicado en numerosísimas normas, de manera explícita.

La doctrina y la jurisprudencia aplicaban a *todas* las relaciones jurídicas el principio emergente del art. 1198 del Cód. Civil (emplazado en la parte de los Contratos), y la nueva regulación no cambia las cosas en lo sustancial. Pero sí es importante esta reiterada insistencia del legislador en apuntalarlo.

II. Simulación

I. El acto simulado. Concepto. La simulación ocupa un lugar importante en la vida humana; es un recurso de autodefensa y de escalamiento; se simula carácter, virtud, conocimiento, talento, éxitos; se disimulan odios, defectos y fracasos¹. La cuestión se transforma en un grave problema cuando

¹ FERRARA, Francisco. "La simulación de los negocios jurídicos". Trad. de la 5ª Edición por Rafael ATARD y Juan A. DE LA FUENTE. Ed. Revista de Derecho Privado, 2ª edición, Madrid, 1.931, ps. 59 y ss.

se trata de actos jurídicos.

En efecto, es aquí donde el “ingenio” del hombre ha sido realmente fecundo pues, a cada paso que la ley ha dado en la búsqueda de evitar, precisamente, la simulación, se han ido creando nuevas formas de simular. Se trata, sin lugar a dudas, de un *acto engañoso* respecto de terceros. Puede ser que sin finalidad “ilícita”, o sea, sin ánimo de perjudicar. Pero *siempre* es un engaño.

El CCyC no la define (está regulada entre los arts. 333 y 337), y en nuestra opinión sigue teniendo vigencia la que Francesco FERRARA enunciara: “es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquél que realmente se ha llevado a cabo”².

2. Caracterización. Elementos

a) Es un acto bilateral. El acto simulado requiere del concurso de dos o más voluntades con la finalidad de engañar. En los actos unilaterales no puede haber simulación, y –en todo caso- se tratará de un supuesto de *reserva mental*.

b) Dicho acto encubre una voluntad real diferente a la manifestada. La ausencia de sinceridad necesariamente impone la existencia de una *voluntad real* oculta tras una *voluntad aparente*. La primera puede consistir en el otorgamiento de un acto diferente al expresado (la simulación es relativa), o en la inexistencia de acto alguno (la simulación es absoluta). Agrega

2 FERRARA, Francisco. “La simulación de los negocios jurídicos”, cit., p. 74.



LÓPEZ DE ZAVALÍA que hay dos voluntades: la exteriorizada y la oculta que no es hipotética sino, “realmente real”³.

c) Debe existir un acuerdo simulatorio. Derivado de lo anterior, entre las partes del acto debe existir un concurso de *voluntades con el fin de engañar*. Se trata de la voluntad plena de los otorgantes del acto (obran con discernimiento, intención y libertad). Por ende, el acto ostensible, simulado, no será más que la ejecución de ese acuerdo simulatorio, como lo advierte ZANNONI⁴.

d) El acto simulado puede ser un acto jurídico o un acto ilícito. Si bien por lo general suele afirmarse que el acto simulado es un *acto jurídico*, en nuestra opinión cabe distinguir:

(i) Simulación lícita. Si la simulación es de tal carácter (art. 334 CCyC), se está en presencia de un acto jurídico (art. 259 CCyC), sin perjuicio de la existencia de una acción entre partes, que analizamos más adelante.

(ii) Simulación ilícita. En tal caso (art. 334 CCyC), no es posible predicar la existencia de acto jurídico alguno, por la ausencia de *licitud*, que es de su esencia.

e) Constituye un vicio del acto jurídico. En el acto simulado la voluntad de sus otorgantes es plena, sin vicios. La cuestión, pues, gira aquí en

3 LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. “Teoría de los contratos – Parte General”, Ed. Víctor P. de Zavalia, Buenos Aires, 1971, p. 161.

4 ZANNONI, Eduardo A. “Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos”. Ed. Astrea, 2º reimpresión, Buenos Aires, 2.000, p. 351.

torno al *Principio de Buena Fe*, y por ello se encuentra regulada en el Capítulo de los vicios del acto jurídico.

f) La cuestión se emplaza en la causa final del acto. La causa simulandi es la finalidad de engaño. De allí que éste sea un problema vinculado a la *causa final*. Cuando ésta es ilícita, el acto es nulo (art. 281 CCyC).

g) Puede o no causar daño. La finalidad de engañar, no debe necesariamente producir daño. Aunque es frecuente el ánimo defraudatorio, no es necesario que haya daño, para que haya simulación. Basta con el engaño.

h) No es necesaria la presencia de un interés común. En muchos casos, sólo una de las partes se aprovecha del acuerdo simulatorio ⁵.

3. Clases de simulación

a) Absoluta y relativa. Surge del art. 333 del CCyC, que reza: *“Caracterización. 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”*.

(i) Absoluta. En ella no hay negocio oculto. Existe un acuerdo simulatorio, pero corrido el velo de la simulación las partes no han celebrado ningún acto. “Han querido dar una ilusión sin contenido”⁶. Por ej., fingir

5 ZANNONI, Eduardo A. “Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos”, cit., p. 353.

6 CIFUENTES, Santos. “Negocio jurídico”. Ed. Astrea, 2ª edición, Buenos Aires, 2.004, pp. 629 y ss.



la venta de un inmueble para sustraerlo de la garantía patrimonial.

(ii) Relativa. El acto *aparente* esconde otro acto *real*, diferente; una máscara que oculta la realidad. Puede asumir varias modalidades:

(ii.1) Simulación en la naturaleza del acto (donación que encubre una compraventa). Se recurre a este arbitrio para sustraer al acto de las normas que debieran aplicársele de acuerdo con la naturaleza del negocio.

(ii.2) Simulación de elementos del acto o de su contenido. Se consigna un precio diferente al real, fechas que no son verdaderas, etc.

(ii.3) Interposición de personas. Se trata de la interposición ficticia de una persona que sustituye al verdadero contratante, que está oculto. Comúnmente se lo denomina “testaferro”.

(ii.4) Interposición de personas que no constituye simulación. No se presenta esta situación en el caso de la denominada interposición real de persona (cuando el tercero adquiere efectivamente el bien, aunque lo hace como mandatario oculto del real; por ej: se busca a alguien porque el vendedor no quiere venderme la cosa). El transmitente ignora que ha contratado con un tercero.

(iii) Importancia de la distinción. Cuando la simulación es relativa,

y si el negocio subyacente es válido (podría también no serlo), vincula a las partes según lo real que por libertad contractual queda oculto para terceros⁷ (art. 334 CCyC). Por ello, las partes deben cumplir lo pactado en el negocio disimulado, pues si no incurrirían en mala fe: el negocio simulado no las vincula. De allí la acción entre partes.

b) Lícita e ilícita. Se dispone en el art. 334 del CCyC: “*Simulación lícita e ilícita. La simulación ilícita o que perjudica a un tercero provoca la nulidad del acto ostensible. Si el acto simulado encubre otro real, éste es plenamente eficaz si concurren los requisitos propios de su categoría y no es ilícito ni perjudica a un tercero*”. Las mismas disposiciones rigen en el caso de cláusulas simuladas”.

(i) Ilícita. Esencialmente, la simulación ilícita es la que tiene por finalidad perjudicar los derechos de terceros (en lo que ahora nos interesa, a los acreedores, mediante el acto simulado)

(ii) Lícita. Es tal cuando con el acto no se afecte la noción genérica de ilicitud. Algunos, como MERLIN, consideraban que toda mentira era de por sí ilícita, y que pertenecía al campo del fraude. Sin embargo, hoy se acepta. Por ello el *acto es eficaz*⁸. Por ej., para aparentar una situación patrimonial, sin fin ilícito; otorgar un acto simulado por cuestiones de comodidad, modestia, discreción, etc.; el que engaña a un pariente pedigrüño, para no prestarle; etc.

(iii) Importancia de la distinción. Radica esencialmente en la acción

⁷ CIFUENTES, Santos. “Negocio jurídico”, cit., p. 635.

⁸ ZANNONI, Eduardo A. “Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos”, cit., p. 375.



entre partes. Si es lícita, está concedida sin limitaciones. Si es ilícita, deben cumplirse los requisitos del art. 335 del CCyC.

c) Total o parcial. Según que afecte a todo el acto, o cuando sólo una parte de él es aparente⁹, como sería el caso de cláusulas simuladas (art 334 *in fine* CCyC), que en principio serían inválidas dejando incólume el negocio, salvo que lo afecte en sus elementos esenciales (art. 389 CCyC).

4. Comparación con otras figuras

a) Con el acto fraudulento. Relaciones. En la simulación hay un acto ficticio; en el fraude, un acto *real*. Sucede que, por lo general, se emplean ambas figuras: se simula una compraventa que encubre una donación, para sustraer efectivamente un bien de la garantía patrimonial. Por ello es que en ese caso deben interponerse dos acciones: la de *simulación* para hacer caer el acto aparente (la compraventa); y la acción pauliana, para revocar el acto gratuito fraudulento.

b) Con el acto jurídico indirecto. En la simulación hay un acto ficticio. En el acto indirecto el negocio es el querido por las partes, aunque ellas lo realizan para alcanzar un resultado ulterior que excede –que es ajeno- a su función económica típica (ej: un mandato irrevocable, para cobrar una deuda y luego extinguir por compensación una deuda entre mandante y mandatario). En el art. 385 del CCyC se dispone: “*Acto indirecto. Un acto jurídico celebrado para obtener un resultado que es propio de los efectos de otro acto, es válido si no se otorga para eludir una prohibición de la ley o para perjudicar a un tercero*”.

9 PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS, Carlos Gustavo. “Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones”. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, T. 2, p. 337



c) Con el acto fiduciario. El fiduciario es real en tanto que el simulado es ficticio. Las partes quieren el acto fiduciario en su totalidad. No hay falsas apariencias. Se trata de un negocio indirecto, pero real.

d) Con la reserva mental. En ésta falta el acuerdo simulatorio. Por ello, no hay simulación, pues se obra unilateralmente. En estos casos, el acto es válido y produce efectos. No se puede alegar la nulidad por la teoría de los actos propios.

e) Con los vicios de la voluntad. En el acto simulado hay voluntad plena de los otorgantes. En los vicios de la voluntad, la voluntad interna está viciada. No existe “divergencia” entre la voluntad interna y la externa: es un problema de *causa final*.

5. La acción de simulación

a) Caracterización. Tiene por finalidad establecer la realidad subyacente y quitar eficacia a la declaración engañosa. Es una acción personal (no real) y declarativa, sin perjuicio de la acción de condena que se pueda acumular con ella. Constituye una medida de *integración patrimonial*, ya que con ella se determina que los bienes que integraron el acto no salieron del patrimonio del deudor.

b) Efecto de la declaración de simulación. En el marco del Cód. Civil existía una profunda discusión respecto a si el efecto era la nulidad o la inexistencia del acto. En el CCyC, claramente, se establece que el efecto es la



nulidad (arts. 334 y 336 CCyC). Es que se trata de un acto “real”, en el sentido de que si eventualmente el adquirente ficticio transmitiera el bien a terceros de buena fe, dicho acto será válido. La “realidad”, está, en nuestra opinión, en la mentira que las partes obran de común acuerdo. Las principales consecuencias se plasman en la prescriptibilidad de la acción, la existencia de una nulidad relativa y, por ende, la posibilidad de confirmación del acto.

c) Principales aspectos procesales

(i) Acción o excepción. Generalmente se acciona para lograr la declaración de simulación, pero nada impide que pueda serlo por excepción (art. 383 CCyC). No es necesario reconvenir, basta con interponer la excepción, que deberá ser acreditada. Sin embargo, ello sólo producirá efectos entre las partes del juicio.

(ii) Litisconsorcio necesario. Cuando se entabla como acción, necesariamente deben ser citados al proceso todos los intervinientes del acto simulado para el dictado de una sentencia válida. El litisconsorcio es, pues, *necesario* (art. 89 CPCCN).

(iii) Acumulación con otras acciones. Generalmente, la acción de simulación tiene por finalidad servir de instrumento para efectivizar otra pretensión (una acción pauliana, colación, reducción, reivindicación, liquidación de bienes de la sociedad conyugal, etc.). Por eso, y aunque puede ejercerse sin otra acción, es común la acumulación con otra, como subsidiaria. Es rara la acción declarativa

“pura”, aunque se puede dar, sobre todo en la simulación lícita.

d) Acción de simulación entre partes. Se encuentra regulada en el art. 335 del CCyC

(i) A quienes comprende. Abarca a los otorgantes del acto y a los sucesores universales.

(ii) En la simulación lícita. La acción es siempre procedente. No existen limitaciones al respecto, en razón de que no se causa perjuicio a nadie con el acto simulado.

(iii) En la simulación ilícita. En el art. 335 del CCyC (replicándose en lo sustancial la solución del Cód. Civil), se dispone que *“Los que otorgan un acto simulado ilícito o que perjudica a terceros no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro sobre la simulación, excepto que las partes no puedan obtener beneficio alguno de las results del ejercicio de la acción de simulación”*. En otras palabras: sólo es viable la acción entre partes si de ella no se consolida el “beneficio” que pretendían con el acto, buscándose reparar el perjuicio causado, o dejar sin efecto el fraude a la ley. Por ej., si el deudor se arrepiente y acciona para que se declare nula la venta simulada que otorgó respecto de un inmueble, a fin de que el bien responda por sus deudas. No sería viable, por ej., si habiendo prescripto el crédito de su acreedor, acciona contra el comprador por la nulidad, ya que ha desaparecido el “riesgo” que implicaba la presencia del bien dentro de su patrimonio.



(iv) Prueba. El contradocumento. En el art. 335 del CCyC (replicándose también la solución del Cód. Civil), se dispone que *“La simulación alegada por las partes debe probarse mediante el respectivo contradocumento. Puede prescindirse de él, cuando la parte justifica las razones por las cuales no existe o no puede ser presentado y median circunstancias que hacen inequívoca la simulación”*. El contradocumento es una declaración de voluntad formulada por escrito entre las partes, de carácter generalmente secreto, y destinada a probar que el acto ha sido simulado. Como señala CIFUENTES, sólo tiene una eficacia reveladora de la realidad oculta, y no tiene formas sacramentales¹⁰.

Originariamente, se le dio suma relevancia, a punto tal de convertirlo en requisito ineludible para que prosperara la acción de simulación. El fundamento radicaba en que, una vez celebrado el acto, no era admisible dejarlo librado a todo género de desconocimientos y eventualidades¹¹.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia contrarias se fueron abriendo paso, de a poco, por una simple cuestión de *razonabilidad*: podría haber desaparecido, podría no haberse otorgado (por cuestiones de suma confianza, etc.). En especial, con más razón si la simulación es ilícita, caso en el cual las partes, generalmente, no otorgan contradocumento. Además, en este último caso, no es razonable que la ley ampare una ilicitud sólo porque falte el contradocumento. La doctrina y la jurisprudencia, a la luz de la norma, han señalado que puede prescindirse de él, entre otros casos cuando: hay confesión del demandado; hay principio

¹⁰ CIFUENTES, Santos. *“Negocio jurídico”*, cit., p. 649.

¹¹ Entre otros, SALVAT, Raymundo M. – LÓPEZ OLACIREGUI, José María. *“Tratado de Derecho Civil Argentino – Parte General”*, Ed. TEA, Edición del Cincuentenario, Buenos Aires, 1.964, T. II, ps. 701 y ss.

de prueba por escrito; si existiera imposibilidad de procurárselo (contratantes analfabetos); si se extravió por caso fortuito o fuerza mayor; cuando la simulación ha sido en fraude a la ley; cuando ha existido imposibilidad moral de procurarlo (matrimonio, unión convivencial, etc.).

(v) Prescripción liberatoria. La acción tiene un plazo de prescripción de dos años (art. 2562 inc. “a” CCyC), que comienza a computarse *“desde que, requerida una de ellas, se negó a dejar sin efecto el acto simulado”* (art. 2563 inc. “a” CCyC).

e) Acción de simulación ejercida por terceros. Se encuentra regulada en el art. 336 del CCyC.

(i) Legitimados activos. En dicha norma se habilita a accionar a *“los terceros cuyos derechos o intereses legítimos son afectados por el acto simulado”*. Dicha calidad debe ser acreditada por el accionante. No sólo pueden ejercerla los acreedores, sino también (y es usual), herederos que han sido burlados en la legítima por otros coherederos mediante actos otorgados con el causante, etc. No es necesario que del acto se haya derivado un “daño”, sino que haya será amenaza de daño (por ej, acción de un acreedor condicional).

(ii) Legitimados pasivos. Como ya se indicara, deben ser demandados todos los otorgantes del acto simulado. Se trata de un litisconsorcio pasivo necesario.



(iii) Prueba. La misma norma indica que los terceros pueden acreditar la simulación “*por cualquier medio de prueba*”. Tanto los medios de prueba como su valoración por el Tribunal, difieren cualitativamente en el caso de la acción intentada por los terceros.

Es que en su finalidad de engañar y perjudicar, las partes del acto simulado buscan borrar todos los rastros de la simulación, motivo por el cual los criterios de los jueces, a la hora de valorar las pruebas, deben ser más flexibles, pero teniéndose en cuenta el principio general de validez de los actos: las probanzas deben llevar al juez a un alto grado de convicción respecto a que el acto es simulado, para hacer lugar a la acción.

Adquieren enorme trascendencia las *presunciones hominis*, ya que salvo casos muy puntuales (confesión de los demandados, existencia de un contradocumento, etc.), resultará para el tercero sumamente dificultoso acreditar, de manera directa, la existencia de la simulación. De allí que la *confluencia* de varias presunciones podrá producir en el ánimo del juzgador la convicción de la existencia del acto simulado.

Entre otras, cabe señalar: la *causa simulandi* (es la más importante y puede inferirse del contexto general del acto, por ej., si el transmitente es deudor, o si se ha iniciado un juicio en su contra, etc.); vínculos de parentesco o amistad entre las partes; imposibilidad económica del adquirente en los actos simulados a título oneroso; naturaleza y cuantía de los bienes que se enajenan; falta de ejecución material del contrato

(se simula una venta, pero el vendedor sigue viviendo en el inmueble); momento y circunstancias de la simulación; existencia de un precio vil; antecedentes de las partes en orden a realización de actos simulados o fraudulentos anteriores; la manifestación del pago del precio con anterioridad, sin la acreditación correspondiente (en especial, respecto a la forma del pago en las obligaciones de dar dinero, por la ley 25.345); etc.

(iv) Prescripción liberatoria. Terminándose con un profundo debate en el marco del Cód. Civil (la situación no estaba expresamente contemplada), la acción de los terceros prescribe también a los dos años (art. 2562 inc. “a” CCyC), y el comienzo del cómputo se produce desde que el tercero “*conoció o pudo conocer el vicio del acto jurídico*” (art. 2563 inc. “c” CCyC).

f) Efectos de la admisión de la acción

(i) Nulidad. La admisión de la acción produce la declaración de *nulidad* del acto, con todos los efectos propios de dicha ineficacia estructural (arts. 390 y ss.). Cae el acto “aparente” y queda en pie la realidad: si la simulación es relativa, el acto oculto producirá sus efectos propios si es plenamente eficaz (art. 334 CCyC). Ello sin perjuicio de que se haya enablado otra acción subsidiaria (por ej., la revocatoria, o la acción de colación por el coheredero perjudicado).

(ii) Efectos frente a terceros. En el art. 337 del CCyC se dispone respecto a los efectos de la acción respecto de terceros que eventualmente hayan adquirido derechos en razón del acto simulado. La clave radica



siempre en la protección de los *terceros* de buena fe y a título oneroso (art. 392 CCyC). Por ende, la *mala fe*, en *todos los casos*, habilita la extensión de los efectos de la declaración de simulación a quienes hayan obrado de esa manera.

(ii.1) Acreedores del adquirente. Se indica en la norma que “*La simulación no puede oponerse a los acreedores del adquirente simulado que de buena fe hayan ejecutado los bienes comprendidos en el acto*”.

(ii.2) Subadquirentes de buena fe y a título oneroso. En tal caso, la acción en su contra procede si el subadquirente es cómplice en la simulación.

(ii.3) Subadquirentes a título gratuito. En tal supuesto la acción es procedente, aunque solamente responde “*en la medida de su enriquecimiento*”, de manera similar a lo que ocurre en la acción revocatoria (art. 340 in fine CCyC).

(ii.4) Responsabilidad por daños. Todos los que actúen de mala fe son *solidariamente* responsables por los daños causados al acreedor que entabló la acción, si los derechos se transmitieron a un adquirente de buena fe y a título oneroso, o si de otro modo se perdieron para el acreedor.

III. Fraude y Acción revocatoria

1. Acto fraudulento. Caracterización. Tradicionalmente se ha señalado que se trata de un acto real de enajenación, a título oneroso o gratuito, mediante el cual el deudor provoca o agrava su insolvencia, en directo perjuicio a sus acreedores, ya que mediante aquél disminuye su patrimonio, que constituye la garantía común¹² (art. 743 CCyC). Asimismo, y en función de lo postulado por la doctrina y la jurisprudencia¹³, se ha incorporado al CCyC (art. 338) dentro de esta categoría a “*las renunciaciones al ejercicio de derechos o facultades con los que hubiese podido mejorar o evitado empeorar su estado de fortuna*”. Son sus notas características:

a) Es un acto real. Diferencias y relaciones con los actos simulados. El acto fraudulento es verdadero, y supone una efectiva traslación patrimonial o la pérdida (por renuncia) de derechos o facultades; a diferencia del acto simulado, el cual es ficticio (pudiendo encubrir otro acto real –simulación relativa-, o no –simulación absoluta-).

Por lo general, el deudor más avezado suele emplear ambos mecanismos de manera conjunta: simula un acto a título oneroso, que es menos vulnerable a las acciones de los acreedores (por ej., una compraventa), encubriendo un acto real a título gratuito (por ej., una donación).

De allí que el acreedor deberá prestar la debida atención respecto al tipo de acción a promover (pauliana o de simulación), y en muchos casos podrá a acumular ambas.

¹² BUTELER CACERES, José A. “Manual de derecho Civil. Parte General”. Ed. Advocatus, 3° edición Córdoba, 1990, p. 288.

¹³ Entre otros, TRIGO REPRESAS en CASEAUX Pedro N; TRIGO REPRESAS, Félix A. “Derecho de las Obligaciones”, Ed. LEP, 3° edición, La Plata, 1991, T. III, p. 596



b) Ilícitud. Se trata de un acto que atenta contra la Buena fe que debe observar todo deudor en su otorgamiento y en el cumplimiento de sus obligaciones (arts. 9 y 729 CCyC), por la lesión al derecho de crédito que produce. Por ello, junto con la lesión y la simulación, está regulado en el Capítulo de los “vicios de los actos jurídicos” (arts. 332 a 342 CCyC). No obsta a esta circunstancia la buena fe del adquirente (en el caso en que proceda la acción revocatoria, en los actos a título gratuito), ya que la ilicitud es un concepto objetivo, que surge de confrontar el acto con el ordenamiento, concebido éste como un todo unitario y coherente. Sin embargo, el adquirente de buena fe no responde de las consecuencias dañosas, y sólo en la medida de su enriquecimiento (art. 340 CCyC).

c) No es nulo, sino inoponible. Pese a su ilicitud, si se declara tal, el acto fraudulento no es nulo sino *inoponible* a los acreedores que promueven la acción respectiva (art. 342 CCyC), quedando en pie respecto de las partes y los restantes terceros.

d) Integra la tutela satisfactiva del crédito. La inoponibilidad del acto lo es hasta el importe del crédito del acreedor accionante. Si bien –como es lógico- la declaración de inoponibilidad no significa que el bien quede en poder del acreedor accionante, de todas maneras en lo que a él respecta se considera que sigue dentro del patrimonio del deudor, y el acreedor puede hacer efectivo su crédito ejecutando dicho bien.

2. Acción revocatoria. Requisitos. Es la acción que nace para el acreedor en razón del acto fraudulento, y cuya finalidad es la declaración de su *ino-*

ponibilidad.

a) Requisitos generales. Surgen del art. 339 del CCyC, y son dos:

(i) Fecha del crédito y del acto. En el inc. “a” se dispone que el crédito debe ser “*de causa anterior al acto impugnado, excepto que el deudor haya actuado con el propósito de defraudar a futuros acreedores*”. La solución es de toda lógica, ya que de lo contrario cualquier acto de enajenación anterior al nacimiento del crédito del acreedor podría quedar sujeto a revocación, lo cual no sólo atenta contra la esencia de la figura, sino además pondría en jaque a la seguridad jurídica. Si el acto es anterior al nacimiento del crédito, debe acreditarse que el deudor lo ha otorgado para generar o agravar su insolvencia, lo que podrá ser acreditado por todo medio de prueba, inclusive las presunciones.

(ii) Lesión al derecho de crédito. En el inc. “b” se dispone que el acto debe haber “*causado o agravado la insolvencia del deudor*”. Es un extremo de comprobación objetiva: si el deudor es solvente, los actos que disminuyan su patrimonio o lo pongan en riesgo son invulnerables a la acción revocatoria. En nuestra opinión, si bien en principio la prueba sobre este extremo pesa sobre el acreedor, también recae sobre el deudor acreditar su solvencia para enervar la procedencia de la acción, aportando los elementos con que cuenta (y que se encuentra en inmejorables condiciones de probar), ya que no puede exigírsele al deudor un conocimiento acabado de la situación patrimonial de su deudor. El juez, en dichos casos, deberá valorar detenidamente la conducta probatoria de



ambas partes.

b) Requisitos especiales en los actos a título oneroso. En el inc. “c” del art. 339 del CCyC se dispone como requisito para la procedencia de la acción revocatoria que “*quien contrató con el deudor a título oneroso haya conocido o debido conocer que el acto provocaba o agravaba la insolvencia*”. La buena fe y el título oneroso constituyen un valioso escudo protector para los adquirentes de derechos de terceros. La seguridad jurídica impone la tutela del adquirente en estos casos, en detrimento del acreedor (titular indiscutible de un interés jurídico, y por ello, también digno de su protección por el ordenamiento). En este caso, ante el conflicto de intereses, el ordenamiento privilegia al adquirente.

La buena fe en los actos jurídicos se presume, y no podría ser de otra manera. Por ende, quien invoque la mala fe (en este caso, el acreedor) debe acreditarla. En el caso, se configura por el *efectivo* conocimiento de que el acto provocaba o agravaba su insolvencia, o que *haya debido conocer* tal circunstancia. En este último caso, la ignorancia imputable se equipara en sus efectos a la mala fe.

El acreedor podrá valerse de cualquier medio de prueba, y aquí jugarán un rol central las presunciones *hominis*. Por ej., no podrá invocar buena fe quien protagonizó junto con el deudor un accidente de tránsito (pues se iban conduciendo en el mismo vehículo), y a los pocos días adquirió un inmueble de propiedad del primero.

c) Requisitos en los actos a título gratuito. Cuando el acto es a título gratuito (una donación, o la renuncia de un derecho –por ej., el desistimiento del deudor en un juicio de cobro de una suma de dinero-), en tanto y en cuanto se verifiquen los requisitos generales, la acción revocatoria prosperará sin necesidad de acreditar la mala fe del beneficiario del acto. Surge del art. 340 in fine del CCyC en donde se dispone que *“el que contrató de buena fe y a título gratuito con el deudor, responde en la medida de su enriquecimiento”*.

Cuando el adquirente es de buena fe, en el conflicto de intereses se privilegia al acreedor (a diferencia de los actos a título oneroso). Es que pese a que el enriquecimiento del tercero obedece a una causa justa y válida (no hay enriquecimiento sin causa), se prefiere la tutela del crédito del acreedor accionante, en razón de que el adquirente a título gratuito no ha efectuado contraprestación alguna. Pero el límite es el enriquecimiento del tercero a través del acto. Por ej., si ha desembolsado gastos (como podrían ser los de la transferencia del bien), estos deberán ser descontados. Se trata, en definitiva, de dejar incólume al tercero adquirente a título gratuito y de buena fe. Por cierto que si es de mala fe, su responsabilidad es plena.

d) Algunos supuestos particulares. No sólo pueden ser atacados en general los actos de transmisión de derechos sin que exista una causa previa, sino también se prevé en ciertos casos la posibilidad de promover la acción revocatoria, bajo ciertas condiciones

(i) Pago en fraude de los acreedores. *“El pago debe hacerse sin fraude*



a los acreedores. En este supuesto, se aplica la normativa de la acción revocatoria y, en su caso, la de la ley concursal” (art. 876 CCyC).

(ii) Bienes fideicomitidos. *“Los bienes fideicomitidos quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco pueden agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo las acciones por fraude y de ineficacia concursal” (art. 1686 CCyC).*

(iii) Fraude entre cónyuges. *“Son inoponibles al otro cónyuge los actos otorgados por uno de ellos dentro de los límites de sus facultades pero con el propósito de defraudarlo” (art. 473 CCyC).*

(iv) Acción subrogatoria. *“Pueden oponerse al acreedor todas las excepciones y causas de extinción de su crédito, aun cuando provengan de hechos del deudor posteriores a la demanda, siempre que éstos no sean en fraude de los derechos del acreedor” (art. 742 CCyC).*

3.- Aspectos procesales. La acción revocatoria se entabla entre el acreedor afectado por el acto (actor), y su deudor y el tercero otorgantes del acto perjudicial (demandados), constituyendo un litisconsorcio pasivo *necesario*: ambos deben ser demandados, y en caso de que lo sea uno de ellos, el juez debe integrar de oficio la litis (art. 89 CPCCN).

4. Efectos

a) Inoponibilidad. En el art. 347 del CCyC se dispone que el acreedor puede solicitar la declaración de inoponibilidad del acto; y en el art. 342 del CCyC se establece que “*la declaración de inoponibilidad se pronuncia exclusivamente en interés de los acreedores que la promueven, y hasta el importe de sus respectivos créditos*”.

La inoponibilidad es una *ineficacia funcional* de los actos jurídicos, cuyas consecuencias son dos: el acto produce plenamente todos sus efectos entre partes y respecto de terceros, pero no frente a quienes han logrado tal declaración (art. 396 CCyC). En otras palabras, en lo que respecta al acreedor triunfante en la acción revocatoria, el acto celebrado no se le puede hacer valer, considerándose que el bien sigue en el patrimonio del deudor. Por ende, queda afectado al pago del crédito del acreedor, y éste puede ejercer las medidas de ejecución correspondientes a la naturaleza del bien de que se trate. En consecuencia, los restantes acreedores del deudor no pueden valerse de tal declaración de inoponibilidad, que sólo tiene *efectos personales*, beneficiando exclusivamente al acreedor triunfante en la acción revocatoria.

b) Límites. La inoponibilidad tiene un límite *cuantitativo*: sólo se pronuncia hasta el importe del crédito del acreedor triunfante. Ello es de toda lógica, ya que al tratarse de un acto válido (y que sólo es inoponible respecto del acreedor), si –por ej.–, se subastara un inmueble transferido fraudulentamente, y quedare un remanente de la subasta una vez pagado el crédito del acreedor, éste pertenecerá al adquirente.



c) Facultad del adquirente. En el art. 341 del CCyC se dispone: “*Extinción de la acción. Cesa la acción de los acreedores si el adquirente de los bienes transmitidos por el deudor los desinteresa o da garantía suficiente*”. Ello pues en ambos casos cesa la lesión al derecho de crédito que se pretende evitar mediante la concesión de la acción revocatoria.

Pueden presentarse las siguientes situaciones: que el adquirente “desinterese” al acreedor, lo que importa el pago de su acreencia, con la consiguiente transmisión del crédito y los efectos de las normas que disponen sobre la ejecución de la prestación por un tercero (arts. 881 y 882 CCyC). O bien que ofrezca una “garantía suficiente”, la que deberá valorarse por el juez en función de dos parámetros: el monto del crédito y el valor del bien transmitido. Siempre la garantía deberá ser por el monto menor entre ambos, ya que si el crédito es por \$ 1000 y el bien tiene un valor de \$ 500, es evidente que sólo este último valor será el relevante; y viceversa.

d) Subadquirentes del bien. El caso supone lo siguiente: el adquirente por acto fraudulento, a su vez transmite el bien a un tercero (subadquirente) por acto voluntario, o el bien es ejecutado por un acreedor del adquirente. La acción del acreedor puede también dirigirse contra estos últimos, pero bajo las mismas condiciones que respecto al primer adquirente: si el subadquirente es a título oneroso, deberá acreditarse su mala fe; si es a título gratuito, esto último no será necesario.

Por ello, se dispone en el art. 340 del CCyC que “*el fraude no puede*



oponerse a los acreedores del adquirente que de buena fe hayan ejecutado los bienes comprendidos en el acto” y que “la acción del acreedor contra el subadquirente de los derechos obtenidos por el acto impugnado sólo procede si adquirió por título gratuito, o si es cómplice en el fraude; la complicidad se presume si, al momento de contratar, conocía el estado de insolvencia”.

e) Acción resarcitoria. En el art. 340 del CCyC se dispone que *“el subadquirente de mala fe y quien contrató de mala fe con el deudor responden solidariamente por los daños causados al acreedor que ejerció la acción, si los derechos se transmitieron a un adquirente de buena fe y a título oneroso, o de otro modo se perdieron para el acreedor. El que contrató de buena fe y a título gratuito con el deudor, responde en la medida de su enriquecimiento”.*

La conducta ilícita y de mala fe hace responsable a todos sus partícipes, *coautores* del acto, siendo –por ende– de manera solidaria (art. 1751 CCyC).

f) Prescripción de la acción. En el art. 2562 inc. “f” del CCyC se dispone que prescribe a los dos años *“el pedido de declaración de inoponibilidad nacido del fraude”*, modificándose lo dispuesto en el Cód. Civil, en donde la prescripción era anual (art. 4033 Cód. Civil). La prescripción comienza a correr *“desde que se conoció o pudo conocer el vicio del acto”* (art. 2563 inc. “f” CCyC).



5.- Los actos fraudulentos en el proceso concursal.

Declarada la quiebra del deudor, nacen acciones “y se facilita la procedencia de otras vías del funcionamiento de ciertas presunciones basadas en la insolvencia declarada. Estas acciones tienen por objeto la reconstitución del patrimonio del fallido mediante la privación de efectos a los actos que posibilitaron el egreso de bienes o importaron una violación a la igualdad de los acreedores”¹⁴.

La “cesación de pagos”, que es el requisito para la apertura de los procesos concursales (arts. 1, 78 y 79, Ley 24.522), es una situación que va generando en el tiempo y que luego debe ser determinada en su fecha de comienzo por el síndico (art. 39 inc. 6, Ley 24.522).

La fecha que se determine por resolución firme como de iniciación de la cesación de pagos, hace cosa juzgada respecto del fallido, de los acreedores y de los terceros que intervinieron en el trámite para su determinación y es presunción admite prueba contraria respecto de los terceros que no intervinieron (art. 115, ley 24.522), no puede retrotraerse más allá de los dos años de la fecha del auto de quiebra o de presentación en concurso preventivo (art. 116, Ley 24.522). Por último “Denomínase período de sospecha al que transcurre entre la fecha que se determine como iniciación de la cesación de pagos y la sentencia de quiebra” (art. 116, ley 24.522).

Dichos medios legales son:

a) Actos inoponibles de pleno derecho. En el art. 118 de la Ley 24.522 se dispone: “Actos ineficaces de pleno derecho. Son ineficaces respecto de

¹⁴ RIVERA, Julio César. “Instituciones de Derecho Concursal”. Ed. Rubinzal Culzoni, 2ª edición, Santa fe, 2003, T. II, p. 121.

los acreedores los actos realizados por el deudor en el período de sospecha, que consistan en: 1) Actos a título gratuito; 2) Pago anticipado de deudas cuyo vencimiento según el título debía producirse en el día de la quiebra o con posterioridad; 3) Constitución de hipoteca o prenda o cualquier otra preferencia, respecto de obligación no vencida que originariamente no tenía esa garantía. La declaración de ineficacia se pronuncia sin necesidad de acción o petición o expresa y sin tramitación. La resolución es apelable y recurrible por vía incidental”.

b) Acción revocatoria concursal. Es una acción que se ejerce en proceso de conocimiento, “y cuyo objeto es la declaración de ineficacia de actos otorgados por el fallido durante el periodo de sospecha, para lo cual hay que acreditar que la contraparte *in bonis* conocía el estado de cesación de pagos en que se hallaba la otra parte, y que el acto fue perjudicial para los acreedores”¹⁵.

Se encuentra regulada a partir del art. 119 de la ley 24.522, en el que se dispone: “Actos ineficaces por conocimiento de la cesación de pagos. Los demás actos perjudiciales para los acreedores, otorgados en el período de sospecha pueden ser declarados ineficaces respecto de los acreedores, si quien celebros el acto con el fallido tenía conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor. El tercero debe probar que el acto no causó perjuicio. Esta declaración debe reclamarse por acción que se deduce ante el juez de la quiebra y tramita por vía ordinaria, salvo que por acuerdo de partes se opte por hacerlo por incidente. La acción es ejercida por el síndico; está su-

15 RIVERA, Julio César. “Instituciones de Derecho Concursal”, cit., t II, p. 143.



jeta a autorización previa de la mayoría simple del perjuicio de su pago por quien resulte vencido; en su caso el crédito por la tasa de justicia tendrá la preferencia del Artículo 240. La acción perime a los seis meses”, y también puede ser iniciada por los acreedores (art. 120, ley 24.522).

c) Acción revocatoria ordinaria. En el art. 120 de la ley 24.522 se dispone que *“la acción regulada por los Artículos 961 a 972 del Código Civil, sólo puede ser intentada o continuada por los acreedores después de haber intimado al síndico para que la inicie o prosiga, sustituyendo al actor, en el término de treinta días”*. La referencia es ahora a los arts. 334 a 342 del CCyC.

