

## Actos y Hechos Jurídicos\*

### **Simulación: diferencia con el negocio fiduciario; negocio fiduciario; contenido; vicios; lesión; configuración; nulidad; efectos**

**1.** *La diferencia que existe entre un acto simulado y el negocio fiduciario radica fundamentalmente en que este último produce la efectiva transmisión del derecho, oponible erga omnes mediante el acto ostensible celebrado entre fiduciante y fiduciario que surge de la voluntad declarada, eficaz respecto de las partes y de los terceros. Mientras que el fiduciario es propietario de la cosa frente al mismo fiduciante, lo cual genera para éste el peligro del posible abuso del fiduciario –que es lo aquí ha sucedido– en la simulación, la traslación del derecho deriva del lado oculto del acto y no del ostensible, a diferencia de lo que ocurre con el negocio fiduciario en el que la transferencia proviene del lado ostensible.*

**2.** *En el negocio fiduciario de garantía, como subyace una relación obligacional, el derecho transmitido con el fin de aseguramiento otorga al fiduciario (acreedor) la facultad de satisfacer la acreencia por la liquidación de la cosa dada en fiducia en caso de no cumplir el fiduciante (deudor) con la obligación a su cargo. No se oculta la existencia de la obligación que justificó la garantía sino que en caso*

*de no saldarse la prestación, ésta podría quedar satisfecha mediante la entrega de los derechos transmitidos en garantía.*

**3.** *En el supuesto de imposibilidad de reintegrar el préstamo debido, se ha sostenido que el fiduciario puede proceder a la venta de la cosa, del mismo modo que incluso el fiduciante goza del derecho a exigir la venta para evitar que la cosa quede definitivamente en el patrimonio del fiduciario, pues es propio del pacto de fiducia que una vez que el fiduciario hubiera cobrado el monto de la deuda, el remanente corresponda al deudor (fiduciante), de lo contrario, en lugar del negocio de garantía habríase concertado una dación en pago.*

**4.** *Sólo la realidad del mutuo celebrado y la garantía acordada con las formas del negocio fiduciario explicaría que un avezado comerciante, como lo es también el propio demandado, hubiere accedido ingenuamente a concertar la traslación del dominio del inmueble por vía de una compraventa con un precio notoriamente inferior al real, con el riesgo más que evidente de soportar el reclamo de la*

(\*) E Derecho, 3/11/08

*nulidad del acto, lo que se justifica porque, acorde con su actividad de prestamista, celebró un verdadero negocio fiduciario en que la traslación del dominio respondía a la finalidad de asegurar la devolución del préstamo que había otorgado, y cuyo monto no puede ser otro que el denunciado "precio" de la operación de que se trata.*

**5.** *Para probar que las cláusulas dispositivas de una escritura no son sinceras –que es lo que aquí se impetra– no se requiere tachar de falso el documento, porque la falsedad no está en el instrumento ni en la actuación del oficial público sino en los comparecientes, con prescindencia de la regularidad y corrección del instrumento público de que se han servido. De ahí, entonces, que en este caso en el que el actor no controvierte que la transmisión del dominio fue real sino que esa operación atendía a la finalidad de garantizar el préstamo facilitado por el adquirente demandado, es claro que no era necesario redargüir de falso el documento sino que bastaba con acreditar por cualquier medio de prueba que la operación tenía un contenido que allí no se había exteriorizado y que conformaba un verdadero negocio fiduciario.*

**6.** *Lo que en principio otorga derecho al acreedor para satisfacer su acreencia haciendo efectiva la garantía concertada deviene en notorio abuso cuando, como en la especie, el valor de la cosa excede notoriamente el monto de la deuda, lo que no se compadece con los más elementales principios de la buena fe, obstinado como lo está en retener su dominio en vez de haber adoptado otro procedimien-*

*to apto, como lo es la venta de la cosa, rendir las cuentas que correspondieren y, de haberlo, reintegrar al deudor el remanente del saldo de la operación que es lo que correspondería hacer.*

**7.** *Para que se configure el vicio de lesión, según lo prescripto en el apartado segundo del artículo 954 del Código Civil, se requiere la concurrencia de dos elementos, uno de índole objetiva, traducido en la notable diferencia de valores entre las prestaciones de los contratantes –"una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación"– y el otro, de naturaleza subjetiva, manifestado en la explotación de uno de ellos, aprovechándose de su estado de necesidad, ligereza o inexperiencia; aclarando la norma a continuación que "se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones".*

**8.** *Permitir que el acreedor retenga para sí el dominio de la cosa dada en garantía, cuyo valor de mercado excede notoriamente el monto de lo adeudado, implicaría consagrar una actitud abusiva, como si aquél pudiere unilateralmente considerar que le asiste derecho para ello en función de una dación en pago no concertada. En consecuencia, si el fundamento de la impugnabilidad del acto reside en la tutela de la buena fe negocial, es razonable considerar que allí donde se advierta aprovechamiento o explotación de una situación de inferioridad genérica de una de las partes del contrato, conducente a ventajas patrimoniales desproporcionadas para la otra, debería admitirse*

el remedio consagrado por el artículo 954 del Código Civil para restablecer el sinalagma contractual.

**9.** *Habiendo reconocido el propio acreedor que de no cancelarse la deuda se corría el peligro de quedarse él con la propiedad adquirida, ello significa que no se concertó la compraventa anunciada así como tampoco una dación de pago no convenida, sino un negocio de garantía en términos francamente lesivos que acarrearán la sanción de nulidad que prevé el artículo 954 del Código Civil.*

**10.** *Cuando se trata de un acto afectado por el vicio del consentimiento de lesión, sin hesitación debe afirmarse que estamos en presencia de actos anulables en los que, a diferencia de lo que ocurre con los actos nulos, la ley no establece su ineficacia sino que la sujeta a las circunstancias particulares de cada caso, vale decir, intrínsecamente dependiente de la apreciación judicial, al punto que sólo podrían tenerse por nulos desde el día de la sentencia que así lo declarase, y susceptible además de la confirmación que es propia de las nulidades relativas. Asimismo, es obvio que en estos supuestos el vicio no se presenta en forma ostensible sino oculto, tal como sucede en las nulidades no manifiestas, subordinado también por consiguiente a las investigaciones y pruebas indispensables que demanda su juzgamiento.*

**11.** *La circunstancia de que las partes no concertaran una compraventa viciada de nulidad sino un negocio fiduciario de garantía impide considerar que la locación y sus ul-*

*teriores negociaciones habrían confirmado la traslación del dominio revocable. Ello es así, pues ese contrato de locación o sus renovaciones que se firmaron y homologaron judicialmente, y el ulterior desalojo, se celebraron y concretaron en ese mismo contexto en el que el convencimiento de la revocabilidad del dominio, en función del esperado cumplimiento de la condición, fue determinante de la permanencia del actor y su esposa en la casa que era su domicilio conyugal. Si ése era el entendimiento, vale decir, la función de garantía que cumplía la adquisición del inmueble por el acreedor, los acuerdos para el pago de un canon por la ocupación durante el lapso en que aún estaba pendiente la condición del dominio no deben ser sustraídos de ese contexto.*

**12.** *Habiendo prosperado la nulidad de la compraventa por el vicio de lesión, las cosas deben volver a igual estado en que se hallaban antes del acto anulado y, como consecuencia de ello, las partes deberán restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido: el demandado, restituyendo el dominio y posesión del inmueble, y el actor, pagando simultáneamente el importe del mutuo que dio origen al contrato indirecto fiduciario con más sus intereses, con la salvedad, claro está, de que cualquier otro dinero que se adeude en virtud de otro negocio entre las partes debería perseguírsele por separado, por la vía y forma que correspondan. M.M.F.L.*

**55.587. CNCiv., sala A, diciembre 12-2006. Romero, Alberto Omar c. Saavedra, Francisco José s/nulidad de acto jurídico.**

---

## NOTA A FALLO

### Hechos y Actos Jurídicos

---

Esc. Rosana F. Gimeno

#### EL CASO

El señor Romero (comerciante) ante la existencia de muchas deudas solicita a su cuñado el señor Saavedra (prestamista) un préstamo de dinero, comprometiéndose a devolver el capital que ascendía a U\$S 50.000 más los intereses en un cierto plazo. Las partes instrumentaron una escritura de venta en la cual Saavedra adquiría por compra un inmueble de propiedad de Romero consignándose como precio la suma antes indicada. Romero con su familia continuó viviendo en el inmueble abonando a Saavedra un canon locativo que representaba la amortización del capital prestado más los intereses compensatorios, habiéndose convenido que al abonarlos en su integridad Romero readquiriría la propiedad. Celebraron un contrato de compraventa inmobiliaria y un contrato de locación y prórroga de la misma. Romero deja de pagar y entonces Saavedra inicia el juicio de desalojo y por lo cual Romero acciona por nulidad, invocando lesión subjetiva a la luz de lo normado por el artículo 954 del Código Civil y simulación relativa lícita (artículo 957 del mismo cuerpo legal). La sentencia de primera instancia rechazó la demanda de nulidad.

En segunda instancia se revoca la sentencia apelada y parcialmente se hace lugar a la demanda promovida por Romero declarando la nulidad por vicio de lesión del acto jurídico de compraventa instrumentado por escritura pública, se desestima la nulidad del contrato de locación y sus renegociaciones y el resarcimiento de daños y perjuicios. En la acción de nulidad se reclamaba la recuperación del inmueble a mérito de que la transmisión del dominio se había concertado como garantía del pago de un préstamo de dinero que Saavedra facilitara a su cuñado Romero, lo que se tradujo en el precio que se estableciera en la escritura pública de compraventa.

Del trámite de proceso y pruebas allí aportadas emerge comprobada esta realidad, considerando los jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, que no estaríamos en un supuesto de una transmisión simulada que deba ser invalidada para descubrir la realidad del mutuo sino que se ha concertado un negocio fiduciario con el fin de garantizar la devolución del préstamo, operándose una verdadera transmisión de dominio sujeta a la condición resolutoria del cumplimiento de la obligación. Sosteniendo que de tal manera se contemplaban con mayor equidad los intereses de

ambas partes y se tornaría innecesaria la exhibición de contradocumento que en el caso no se habría suscripto.

La Cámara discrepó con el juez de Primera Instancia fundamentalmente en que nos encontramos ante un negocio diferente: no uno simulado, no habría un negocio ostensible y otro oculto configurando una simulación relativa sino que el contrato celebrado entre Romero y Saavedra es un negocio fiduciario.

El contrato de compraventa y el de locación serían contratos que instrumentarían un dominio fiduciario cuya revocabilidad estaría dada por el íntegro pago de los cánones locativos y es apreciado también para arribar a esta conclusión que Romero y su familia permanecieron en el inmueble en el convencimiento de la revocabilidad del dominio, que se produciría al cumplimiento de la condición a la que estaba sujeto el dominio.

Las partes debatieron en primera instancia dentro del contexto simulatorio y de la lesión pero para la Cámara la transferencia de dominio fue real válida, oponible, pero revocable. Según el fallo de Cámara, partiendo de que el real negocio celebrado fue un fideicomiso de garantía, correspondía a Saavedra ante la falta de pago de Romero cumplir tres obligaciones fiduciarias: vender el inmueble, rendir cuentas y restituir a Romero el saldo, configurando un abuso al derecho pretender conservar el dominio ante la notable desproporción entre el monto de la deuda y el valor del inmueble dado en garantía.

En esta apreciación dada por la Cámara debe de tenerse presente que la operación celebrada entre Saavedra y Romero tuvo lugar después de sancionada la ley 24.441. El fallo es muy interesante y nos invita al repaso de los siguientes conceptos.

### **DIFERENCIAS ENTRE ACTO SIMULADO Y NEGOCIO FIDUCIARIO**

Según la sentencia de Cámara la diferencia fundamental radica en que en el negocio fiduciario se produce la efectiva transmisión del derecho oponible *erga omnes*, mediante un acto ostensible celebrado entre fiduciante y fiduciario, que surge de la voluntad declarada eficaz respecto de las partes y de terceros. El fiduciario es propietario de la cosa frente al fiduciante. En la simulación, en cambio, la traslación del derecho deriva del lado oculto del acto.

En el negocio fiduciario de garantía subyace una relación obligacional y el derecho transmitido con el fin de su aseguramiento que otorga al acreedor (fiduciario) la posibilidad de satisfacer su acreencia con la liquidación de la cosa dada en fiducia en caso de incumplimiento del deudor (fiduciante) con la obligación a su cargo.

No se oculta la existencia de la obligación que justificó la garantía sino que en caso de no saldarse la prestación esta puede satisfacerse por la entrega de los derechos transmitidos en garantía.

Guillermo A. Borda, en su obra *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, t. II, editorial Abeledo Perrot, p. 329, expresa: "*Llámase acto fiduciario a la transmisión de un derecho para un fin económico que no exige tal transmisión. El nombre de estos negocios deriva de fiducia, fe, porque efectivamente importan un acto de confianza. Los casos más frecuentes son la cesión de créditos con fines de mandato, el endoso de un cheque o letra para facilitar el cobro y la transmisión de la propiedad con el objeto de garantizar un crédito (...)*" "Se usa un medio más fuerte para conseguir un resultado más débil. El acto va más allá del fin de las partes, supera su intención práctica, presta más consecuencias jurídicas que aquellas que serían menester para obtener el resultado querido" (conf. Cám. Civil Cap., Sala A, 26-11-1962, J.A., 1963-II, p. 605, Ferrara "Simulación", p. 85).

Según la posición del doctor Borda y otros doctrinarios, se ha pretendido negar a estos actos el carácter de simulados, pero es evidente que no son sino una forma de simulación, puesto que según el concepto del artículo 955 se oculta la naturaleza de un acto (mandato, garantía) bajo la apariencia de otro (cesión, venta) (Yadarola, M. "El negocio indirecto y la sociedad anónima de un solo accionista". *Revista Jurídica de Córdoba* Nº 3, año 1947, p. 390 y ss.; Mosset Iturraspe, *Negocios, simulados, fraudulentos y fiduciarios*, p. 142 y ss. conf. Borda, op. cit. pp. 329 y 330).

*La doctrina ha establecido el concepto de simulación: "La simulación es el acto o negocio jurídico que por acuerdo de las partes se celebra exteriorizando una declaración no verdadera para engañar a terceros sea que esta carezca de todo contenido, o bien esconda uno verdadero diferente al declarado"* (Cifuentes, *El Negocio Jurídico*, Ed. Astrea, p. 502).

"*Simular es mentir o porque se oculta una verdad o porque se hace diversa de la efectiva. Hay divergencias entre la voluntad y la declaración frente a terceros en contemplación de los cuales se emiten siempre pues las declaraciones rezan diversamente de la que es la efectiva voluntad de cada declarante y, por tanto, también en las relaciones entre las partes, divergen de las respectivas voluntades aunque esa divergencia sea inocua porque las partes la conocen"* (Messineo, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. 3, Ed. Jurídica Europea América, p. 446).

"*La simulación constituye un supuesto de falsa causa del acto o negocio jurídico y se la debe distinguir del fraude que configura una hipótesis de la causa ilícita. El fraude trata de una inoponibilidad de fondo, es un acto válido entre las partes pero inoponible a los acreedores que pueden intentar la acción pauliana (artículo 965, Código Civil).*

*El negocio simulado es 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” (Abella, A.; Derecho Notarial. Derecho Documental Responsabilidad Notarial, Ed. Zavalía, p. 493).*

Los elementos de existencia son: **1)** Disconformidad intencional entre la voluntad real y la voluntad declarada, **2)** existencia de acuerdo entre las partes, y **3)** la finalidad de engañar a terceros.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha sostenido: *“El Código Civil argentino legisla tres formas diferentes de simulación que solo pueden configurarse mediante la concurrencia de presupuestos que responden a su propia cualidad: si la simulación es absoluta será preciso que las partes se hayan puesto de acuerdo en crear únicamente una apariencia del acto sin contenido alguno. El Código contempla diversas hipótesis de simulación relativa, en realizar verdaderamente un acto, pero bajo la apariencia de otro de naturaleza distinta, y si es por interpósita persona en el acto aparente y querido aparece un sujeto como parte cuando en realidad no tiene este carácter” (JA 958 III, p. 121).*

*“Como la simulación no es reprobada por la ley (artículo 957, Código Civil) no se incurre en ilicitud por la mera ocultación del verdadero carácter del negocio. Es lícito en principio, encubrir el verdadero carácter jurídico de un acto con la apariencia de otro, o celebrarlo incluyendo cláusulas que no son sinceras o fechas que no son verdaderas y no deja de serlo porque se constituyan o transmitan derechos a personas interpuestas que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten”. (Cám. Nac. Civ. Sala A. “Casals de Álvarez Myriam del C. y otros c. Monjes Victoria A.”, 20/9/1979).*

*“Los que hubiesen simulado un acto con el fin de violar las leyes o perjudicar a un tercero no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro sobre la simulación, salvo que la acción tenga por objeto dejar sin efecto el acto y las partes no puedan obtener ningún beneficio de la simulación” (Cám. Nac. Civ., Sala C, autos “R A c. L.D. de R.L.S.”, 13/12/1979, LL 1980, B, p. 338).*

La acción ante una simulación lícita puede ser ejercida por una de las partes contra la otra rigiéndose por el artículo 959 del Código Civil, pero les está vedado accionar por simulación ilícita, salvo la excepción mentada por el mismo artículo.

La jurisprudencia admite una serie de presunciones de la existencia de simulación que serán evaluadas en cada caso:

**a)** La amistad entre las partes del acto o el parentesco entre las partes del acto. Cám. Civil Cap., Sala B, 1081972, ED 47, p. 303; Sala F, 20/9/1964, ED, t. 10, p. 595; **b)** la falta de capacidad económica de quien aparece como adquirente (Moisset Iturraspe, *Negocios simulados*, p. 279); **c)** la falta de tradición del bien al presunto adquirente, así quien aparece vendiendo la propiedad continúa en posesión y a veces se disimule la anomalía bajo la apariencia de un contrato de locación (Cámara, "Simulación", p. 250); **d)** pagos anticipados por el presunto adquirente, la vileza del precio; **e)** la enajenación que no parece como necesaria o conveniente; **f)** la enajenación con pacto de retroventa (Cam. Civil Cap., Sala A, 18/9/1969, LL, t. 138, p. 544, Cám. Civil Cap., Sala F 20/8/1964, ED, t. 9, p. 530), y **g)** las circunstancias y el momento en que se realizó el acto.

### LA SIMULACIÓN Y EL CONTRADOCUMENTO

El contradocumento ha sido definido como la constancia escrita del verdadero carácter del acto simulado, o como un escrito generalmente secreto que comprueba o reconoce la simulación total o parcial de un acto aparente al cual se refiere. Es una declaración de voluntad formulada por escrito por las partes, de carácter generalmente secreto, destinada a probar que el acto ha sido simulado. El contradocumento debe emanar de la parte a quien se opone o de su representante. No requiere formas especiales ni términos sacramentales basta que de su texto se desprenda claramente la simulación (Cám. Apel. Mercedes, 20/5/1938, LL, t. 10, p. 930) y no es necesario el doble ejemplar (Cám. Civil Cap., Sala D, 9/8/1988, LL, 1988, D, p. 372, Cámara, "Simulación", p. 171).

*Requisitos que debe reunir el contradocumento:* debe ser firmado por las partes o por la parte a quien se le opone. Puede ser redactado en instrumento privado o público. Debe referirse al acto celebrado por las partes y ser realizado con simulación absoluta, relativa, total parcial lícita o ilícita explicitando el sentido del verdadero negocio. Puede extenderse antes, simultáneamente o con posterioridad a la celebración del negocio simulado, requiriéndose solo que exista unidad de vinculación entre ellos.

El contradocumento puede estribar en una carta o en un apunte, no siendo necesario que sea otorgado expresamente conteniendo la declaración de simulación, ya que basta que este propósito resulte claro e inequívoco.

No son condiciones que hagan a la validez del contradocumento ni el doble ejemplar, ni la fecha, que puede ser anterior, coetánea o posterior a la del acto simulado, ni la naturaleza de instrumento público o privado, siempre que se justifique su autenticidad, y siempre que el contradocumento reúna los dos elementos que lo configuran: el reconocimiento de la insinceridad del acto al cual se lo opone y la forma material de la escritura. Puede emanar unilateralmente por la parte a quien se lo hace valer y no

necesita estar redactado en términos sacramentales, ni con formas especiales ni con palabras solemnes o rituales, ya que lo que es esencial es que contenga una positiva y auténtica manifestación de voluntad del aparente favorecido por el acto simulado, de la cual resulte inequívocamente la realidad disfrazada bajo el acto aparente (Cám. Nac. Civ., Sala C, 15/3/1979).

En principio, la prueba de la simulación exige el contradocumento (artículo 960, Código Civil, y nota al artículo 996).

Esta regla se funda en la necesidad de garantizar la seguridad de las transacciones y evitar que un contratante de mala fe pueda impugnarlas sobre la base de una pretendida simulación, demostrada por pruebas fraguadas. *"Los contratantes tienen a su disposición en el momento de celebrar el acto un medio cómodo de asegurarse la prueba de la simulación, que es el contradocumento, si no han tenido la precaución de otorgarlo deben sufrir las consecuencias de su propia imprevisión"* (Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Ed. Abeledo Perrot, p. 335).

Pero la exigencia del contradocumento no es inflexible. Muchas veces aquel no se otorga por existir una completa confianza entre las partes.

En el caso analizado no emerge que se hubiera otorgado contradocumento. Un pronunciamiento judicial ha establecido: *"La ley no puede amparar esa conducta sólo porque falta el contradocumento. En realidad la exigencia de ese requisito obedece más que nada a la desconfianza en la prueba testimonial y a la necesidad de que los actos no puedan ser impugnados sobre bases más o menos endeblés"* (Cám. Civ. Cap., Sala F, 3/2/1972, LL, t. 148, p. 483, con nota de Lezana).

Siempre que haya una prueba incontrovertible, cierta, inequívoca de la simulación es lógico admitir la acción aunque no exista contradocumento. Este ha sido el criterio que la ley 17.711 ha sentado explícitamente al agregar al artículo 960 un apartado que dice *"Solo podrá prescindirse del contradocumento para admitir la acción si mediaran circunstancias que hagan inequívoca la existencia de la simulación"*.

La jurisprudencia concordantemente ha decidido que no cabe exigir contradocumento en los siguientes casos: **a)** Cuando existe principio de prueba por escrito (Cám. Civil, Sala A, 17/4/1952, LL, t. 66, p. 507) aunque no esté firmado por la parte (Cám. 2º Apel. La Plata, 9/9/1947, LL, t. 48, p. 720), las manifestaciones hechas en expedientes judiciales (Cám. Civ. Cap., Sala D, 12/9/1958, LL, t. 95, p. 155) –respuestas dada en juicio a un interrogatorio–, pueden constituir el principio de prueba por escrito exigido por algunos tribunales, el propio contrato o instrumento que se impugna como simulado si sus mismas cláusulas resultan no usuales, extrañas o sospechosas (Cám. Civ. Cap., Sala A, 24/12/1958, LL 94, p. 170); **b)** Es unánime la doctrina y la jurisprudencia cuando

hay confesión judicial del demandado, se acepta con frecuencia que no es necesario el contradocumento cuando ha existido imposibilidad moral de procurárselo, entendiéndose por tal el vínculo matrimonial o de sangre entre las partes (Cám. Civ. Cap., Sala A, 26/2/1985, LL 1985 B, p. 362), la condición de concubino (Cám. Civ. Cap., Sala A, 26/12/1978, ED 82, p. 502). Un tribunal ha decidido que una amistad íntima por estrecha y cordial que fuera no es excusa suficiente para explicar la falta de aquel (Cám. Civil Cap., 7/3/1934, JA T 45, p. 598) claro está que esta doctrina no es aplicable si la prueba es inequívoca (artículo 960, Código Civil, conf. Borda, op. cit., p. 336).

## VICIO DE LESIÓN

El artículo 954 del Código Civil consagra la posibilidad de demandar la nulidad del acto jurídico cuando una de las partes aprovecha la ligereza, necesidad o inexperiencia de la otra para obtener una ventaja patrimonial desproporcionada, sin justificación, consagrándose así un negocio ruinoso, lesivo, para quien se encuentra en alguno de tales supuestos.

Para que se configure ese vicio del consentimiento se requiere la concurrencia de dos elementos, uno objetivo, la notable diferencia de valores entre las prestaciones de los contratantes, y el otro subjetivo, la explotación de una de las partes de la necesidad ligereza o inexperiencia. Presumiendo la norma, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación cuando hay una notable desproporción de las prestaciones.

El análisis del párrafo segundo del artículo 954 del Código Civil permite extraer la existencia de tres elementos fundamentales que concurren para formar la figura de la lesión subjetiva en nuestro derecho: **a)** Grave desproporción, no justificada entre las prestaciones que se deben las partes, **b)** Estado deficitario del lesionado que deberá encontrarse en situación de necesidad, ligereza o inexperiencia, **c)** Explotación de alguno de esos estados por la parte que obtiene una ventaja excesiva, sin justificación (Bueres, Alberto J. y Highton, Elena I., *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 2B, Ed. Hammurabi, p. 605).

*"Ocurre a veces que las prestaciones recíprocas de un contrato presentan una desigualdad notoria. Una de las partes, valiéndose de su mayor experiencia, capacidad intelectual o aprovechando las necesidades de la otra, logra hacerle suscribir un contrato en el cual sus obligaciones son considerablemente menos gravosas.*

Nuestra ley se ha apartado del antecedente francés, que para la compraventa establece una proporción fija (las siete doceavas partes del precio, artículo 1674), excedida la cual hay lesión para adherir al criterio de las legislaciones modernas que han preferido sentar normas flexibles y tener principalmente en cuenta el aprovechamiento de

la debilidad o inferioridad del otro contratante (Conf. vg. los códigos civiles alemán, suizo italiano). Este fue también el criterio aprobado por el *III Congreso Nacional de Derecho Civil*.

La norma exige dos condiciones: **a)** Que medie un aprovechamiento de la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra parte. Esta enumeración es simplemente indicativa. Lo sustancial es el aprovechamiento de la situación de inferioridad en que se encuentra la otra parte (...); **b)** Que se haya obtenido del contrato una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

La disposición es flexible y deja librada a la apreciación judicial cuándo la ventaja debe considerarse evidentemente desproporcionada.

Se ha declarado que basta una desproporción del 40% del precio (Cám. Civ. Cap., Sala B, 20/12/1976), o una del 36% (Cám. 2da Apel., San Juan, 23/5/1980, JA 1980 IV, p. 422) en cambio se ha decidido que no es excesiva una diferencia del 30% (Cám. Civ. Cap., Sala C, 19/12/1980, ED, t. 92, p. 752, conf. Borda, ob. cit, p. 313).

Para apreciar si ha mediado desproporción notable, los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda (artículo 954). El transcurso del tiempo puede desajustar los valores relativos de las prestaciones, pero los acontecimientos posteriores no menoscaban la justicia de la transacción, si observada al momento en que se celebró el contrato fue equitativa. Asimismo, debe rechazarse la demanda si la contratación en un origen injusta y lesiva se ha transformado en equitativa al momento de iniciarse la acción.

Una postura ha sostenido que, si la ley ha dispuesto que debe presumirse la explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones, es obvio que tal presunción se refiere a todo el elemento subjetivo de la lesión (CSN 8/3/1994, LL 1995 D, p. 236; con comentario favorable de Mosset Iturraspe, Cám. Civ. Cap., Sala C, 8/10/1981, LL 1982 D, p. 30; con voto del Dr. Cifuentes, id. 30/6/1986, LL 1987, p. 253, ídem LL 16/2/1988, LL 1989, E, p. 497; con nota aprobatoria de Gherzi, Cám. Civ. Cap., Sala F, 27/11/1979, LL 1980 B, p. 497; Sup. Corte Buenos Aires, 4/4/1978, ED, t. 82, p. 642; Bustamante Alsina "La presunción legal de la lesión subjetiva", LL 1982, D, p. 31; Zannoni, "Ineficacia y Nulidad de los actos jurídicos", pp. 325 y ss.).

Es necesario destacar que la norma admite prueba en contrario, y es la parte demandada por lesión la que debe probar que la diferencia entre las contraprestaciones tuvo una causa legítima.

En caso de duda sobre si la diferencia es realmente desproporcionada o sobre si ha habido aprovechamiento, debe optarse por el cumplimiento del contrato para no per-

judicar el principio de la seguridad de los actos jurídicos (Cám. Civ. Cap., Sala B, 14/3/1975, ED, t. 62, p. 244); pero si la solución aparece dudosa, la prueba de la inferioridad ayuda a proteger al lesionado (Cám. Civ. Cap., Sala B, 2/5/1975, ED, t. 62, p. 195; Sala F, 27/11/1979, LL, 1982 D, p. 497).

La víctima de la lesión tiene dos acciones a su elección: la de nulidad y la de reajuste del contrato para restablecer la equidad de las contraprestaciones. El demandado de nulidad puede convertir el juicio en uno de reajuste si lo ofreciera al contestar la demanda (artículo 954 *in fine*).

Además de la concurrencia de los requisitos objetivo y subjetivo que configuran el vicio de lesión subjetiva, para que la acción sea admisible el Código Civil exige que la desproporción entre las prestaciones recíprocas subsista al momento de ser promovida la demanda. Moisset de Espanés critica esta posición, que es la aceptada por la generalidad de la doctrina.

Frente a la acción de lesión, el lesionante puede: **1)** Oponerse a que se declare la invalidez o se ordene el reajuste negando la existencia de la lesión y pidiendo el rechazo de la demanda, **2)** Admitir la existencia de lesión y aceptar el reajuste paralizando la demanda de invalidez, ofreciendo condiciones de reajuste o dejándolo librado al arbitrio judicial. Se discute si el lesionante puede negar la existencia de la lesión y en subsidio, para el caso de que el magistrado considere que ella existe, ofrecer el reajuste. Borda se inclina por la posición negativa, en cambio Zannoni y Astuena opinan en sentido afirmativo. El criterio, en orden a los efectos de la sesión, es el de la conservación del acto jurídico afectado por ese vicio, se otorga al lesionado la opción a demandar la anulación o el reajuste y su acción de anulación en el primer caso puede ser enervada por el lesionante ofreciendo el reajuste al contestar demanda.

La acción nacida de la lesión prescribe a los cinco años de otorgado el acto (artículo 954). Adviértase que mientras en los restantes vicios de los actos jurídicos el plazo de prescripción es de dos años (artículo 4030) en este la ley se ha extendido.

*"La acción es irrenunciable, de no ser así todos los contratos incluirían una cláusula de renuncia con lo que esta moralizadora institución vendría a quedar esterilizada"* (Cám. Civ. Cap., Sala C, 23/8/1979, LL 1980, t. A, p. 93, con nota aprobatoria de Moisset de Espanés).

La noción de lesión no es unívoca pues se la emplea en sentido objetivo y subjetivo. La lesión objetiva, también llamada enorme, se configura cuando existe una notable o grosera desproporción entre las prestaciones que una y otra parte asumen en un acto jurídico bilateral. Para esta concepción la lesión reside en un defecto de equilibrio en el negocio jurídico y de allí que se hable de lesión por mera desproporción (Zannoni, op.

cit., pp. 309 y 310). La lesión subjetiva también supone una notable o grosera desproporción en las prestaciones de las partes en un acto jurídico bilateral, pero a ello se le debe añadir que tal falta de equilibrio es la consecuencia del aprovechamiento que uno de los sujetos hace de la situación de inferioridad en que se halla otro, su contraparte en el negocio jurídico. En la lesión subjetiva hay una doble connotación pues, como dice Zannoni, concurre un aspecto objetivo, resultante de la desproporción de las prestaciones, con otro subjetivo, dado que una de las partes actúa con una finalidad específica de aprovechamiento o explotación del estado de inferioridad de la otra. La lesión subjetiva consiste en la explotación de la situación de inferioridad de un sujeto con el fin de obtener una ventaja patrimonial desproporcionada y sin justificación.

Las legislaciones modernas y la nuestra a partir de la ley 17.711 sostienen la concepción subjetiva de la lesión para regularla como un vicio del acto jurídico, poniendo el énfasis en el móvil de aprovechamiento que guía a una de las partes.

La doctrina nacional ha formulado distintas teorías para precisar la naturaleza del vicio de lesión subjetiva, y así explicar por qué la lesión es un vicio del acto jurídico.

a) *Teoría de los vicios de la voluntad.* Molina, Rezzónico y Cifuentes opinan que la lesión vicia la voluntad del lesionado, es decir de quien soporta el aprovechamiento pues obra bajo error en los casos de ligereza o inexperiencia o sometido a violencia moral en el supuesto de necesidad.

b) *Teoría de la buena fe.* Moisset de Espanés estima que partiendo de la consideración de la conducta del lesionante es posible afirmar que el acto lesivo por su naturaleza es un acto ilícito. Opina que se reúnen los elementos que definen a esta categoría de actos: antijuridicidad, intención de dañar y perjuicio causado; y concluye que la ilicitud deriva de quebrantar la buena fe (Moisset de Espanés, *La lesión en los actos jurídicos*, Ed. Zavalia, año 1979, p. 237 y ss.). Esta es la posición seguida también por los autores J. C. Rivera y Zannoni.

c) *Teoría de la falta de causa.* Carranza entiende que la lesión es un vicio de la causa final, en sentido objetivo, del acto jurídico bilateral conmutativo oneroso porque al producirse la inequivalencia de las prestaciones queda sin causa eficiente la restante contraprestación, radicando el vicio en la relación que existe entre una y otra prestación, que es precisamente lo que constituye la causa final, en sentido objetivo.

En este punto quiero dejar a resalto que la sentencia de Cámara que comento se encuadra en la segunda teoría, al sostener expresamente "*El fundamento de la impugnabilidad del acto reside en la tutela de la buena fe negocial y el aprovechamiento de la situación de inferioridad genérica del deudor que destruye el sinalagma contractual*".

Se debate acerca de cuáles son los elementos constitutivos de la lesión subjetiva en el sistema adoptado por el artículo 954 del Código Civil, coincidiendo en cuanto al elemento objetivo –desproporción evidente y sin justificación– pero discrepando en cuanto a si es necesaria la concurrencia de uno o de dos elementos subjetivos: **1)** Una corriente doctrinal estima que el elemento subjetivo es único, consistiendo en el aprovechamiento por una de las partes, el lesionante, de la situación de inferioridad de la contraparte configurada por su necesidad, ligereza o inexperiencia (Conf. Borda, Guillermo, *La reforma de 1968 al Código Civil*, Ed. Perrot, 1971, pp. 141 a 143, y “Acerca de la lesión como vicio de los actos jurídicos” en LL, 1985, D, p. 985; Astuena, “La lesión como causa de nulidad o reajuste de los actos jurídicos bilaterales”, ED 45967); **2)** Una segunda tendencia considera que los elementos subjetivos son dos: la explotación o aprovechamiento y la necesidad, ligereza o inexperiencia, o sea la situación de debilidad del lesionado (conf. Moisset de Espanés, *La lesión y el nuevo artículo 954 del Código Civil*, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones, año 1976, pp. 79 y 80; J.J. Llambías, “Estudio de la reforma en el Código Civil, Ley 17.711”, JA, 1969, p. 62; Bustamante Alsina. “La presunción legal en la lesión subjetiva”, LL, 1982 ,D, p. 31).

El debate no es teórico pues tiene proyección en la práctica en cuanto a la prueba de la lesión por medio de la presunción que establece el artículo 954 del Código Civil.

### **CONCEPTO DE NECESIDAD (ARTÍCULO 954, CÓDIGO CIVIL)**

Por concepto de necesidad se debe entender cualquier situación en la que el lesionado celebra el negocio jurídico acuciado por peligros o angustias que lo llevan a concertar un acto que de otro modo no concluiría, normalmente la situación de necesidad es de carácter económico.

El estado de necesidad de la víctima constituye la hipótesis más frecuente de aplicación de la teoría de la lesión en la jurisprudencia. Cifuentes afirma que *necesidad* es un vocablo omnicomprendivo de un estado carencial que puede ser de orden material o también de orden espiritual, pero que se traduce en una verdadera situación agobiante o angustiada, resulta obvio que quien obra en un estado como el descrito se encuentra disminuido en su discrecionalidad carece casi por completo de la posibilidad de elección aún cuando tenga conciencia de que el acto que celebra le es desventajoso.

Esta carencia de discrecionalidad de poder de elección o decisión es lo que aproxima la necesidad a la violencia, que es un vicio de la voluntad, pero la distinción es clara, pues la violencia es siempre provocada por la contraparte o un tercero, en tanto la necesidad (artículo 954, Código Civil) deriva de circunstancias objetivas que excluyen su acusación por el lesionante o por terceros.

## PRESUNCIÓN DE LA EXISTENCIA DE LA EXPLOTACIÓN

El artículo 954 del Código Civil establece en su tercer párrafo que se presume, salvo prueba en contrario, que existe explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.

El adjetivo "notable" utilizado por el legislador impone un primer examen gramatical y lógico del texto. ¿Se ha querido para que se produzca la presunción *juris tantum* de la explotación exigir que la desproporción asuma una desproporción mayor a la que se establece en general para que se produzca la lesión?, según Alberto J. Bueres y Elena I. Highton en su obra *Código Civil y normas complementarias. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, p. 608, expresan: "*La contestación debe ser por la afirmativa, pues decidirse por la tesis contraria importaría un contrasentido de suponer que el párrafo 3 del artículo 954 del Código Civil borró lo que establece el anterior, cuando señala con toda claridad que la explotación constituye un elemento esencial y autónomo de la figura de la lesión subjetiva, diferenciándolo de los otros dos (...) cuando la ley habla de "notable" está imponiendo una exigencia mayor que la que establece cuando dice "evidente" al referirse a la ventaja desproporcionada que obtiene la parte explotadora*" (en contra: Moisset de Espanés, "La lesión y el nuevo artículo 954 del Código Civil", p. 83). Moisset de Espanés acuerda sinonimia a las voces "evidente" y "notable", mientras que los doctores Highton y Bueres se oponen a tal postura pues la norma distingue conceptualmente "explotación" (circunstancia que afecta al lesionado) y "situación de inferioridad" (necesidad, ligereza e inexperiencia), particular de la víctima del acto lesivo, las que resultan elementos inconfundibles en la figura que analizamos ya que puede existir un estado deficitario del lesionado sin que haya mediado aprovechamiento indebido por el otro contratante.

Sostienen los autores citados que: "*la tesis que combatimos conduce inevitablemente al resultado no querido por el legislador, de que una grave desproporción, por sí sola determina la existencia de los otros dos elementos de la figura con lo que el acto jurídico podría ser anulado o reajustado*". Esta posibilidad indica lisa y llanamente que la lesión subjetiva así entendida dejaría de ser tal para convertirse en otro instituto: el de la lesión objetiva, proscripto en nuestro derecho por Vélez Sarsfield. Esta interpretación extensiva de un instituto específico y de excepción como lo es la lesión subjetiva, que lo desnaturaliza, debe ser desechada a nuestro criterio pues vulnera no solo el principio de seguridad jurídica, cuya clave lo constituye el artículo 1197 del Código Civil, sino también porque coloca en inferioridad de condiciones al presunto lesionado con respecto a la pretendida víctima, obligándolo a probar la existencia de hechos negativos (inexistencia de aprovechamiento y de la situación de inferioridad del presunto lesionado) en contra de todas las reglas del *onus probando*, lo que haría aplicable al caso la norma del artículo 18 de la Constitución Nacional nulificando la aplicación de la norma así entendida (Highton-Bueres, op. cit., p. 609).

La interpretación de esta parte de la norma también ha dividido a la doctrina. Una posición estima que la existencia de notable o evidente desproporción de las prestaciones recíprocas hace presumir, salvo prueba en contrario, que ha mediado aprovechamiento por una de las partes del acto jurídico de la situación de inferioridad de la otra (conf. Borda, Zannoni, Cifuentes, Bustamante Alsina, Astuena y Carranza).

Así se ha declarado que a quien invoca el vicio de lesión le basta probar que la contraparte ha recibido como consecuencia del acto una ventaja patrimonial desproporcionada, pues el aprovechamiento se considera implícito en aquella, y si el demandado pretende justificar la desproporción dado que se está excepcionando, corresponde, al demostrarlo; y ello es así porque cuando hay una grosera desproporción entre las prestaciones recíprocas, esa desproporción no puede tener otro origen que el aprovechamiento, a menos que se trate de una liberalidad.

Por su parte, la tesis amplía que comprende en la presunción legal a la situación deficitaria del lesionado (Borda, "Acerca de la lesión como vicio de los actos jurídicos", LL 1985, D, p. 985; Bustamante Alsina, "La presunción legal en la lesión subjetiva", LL 1982, D, p. 31; Llambías "Estudio de la reforma del Código Civil, Ley 17.711", JA, año 1969, p. 62; Rivera "La lesión", en Estudios en homenaje al doctor Guillermo Borda, p. 195; López de Zavalia, *Teoría de los contratos. Parte General*, 1971, p. 395; Masnatta "Usura y lesión", *Juris* 40295; Arauz Castex, *La reforma de 1968, Derecho Civil, Parte General*, 1968, p. 129; Cifuentes, *Negocio Jurídico*, 1986, p. 486).

Otra corriente considera que la evidente o notable desproporción solamente hace presumir, salvo prueba en contrario, la explotación o el aprovechamiento por el lesionante. De tal forma, el lesionado deberá probar la desproporción y además su situación de inferioridad para que la acción prospere, quedando siempre a cargo del presunto lesionante la posibilidad de enervarla probando que la falta de equivalencia obedece a una razón que la justifique (Moisset de Espanés, Rivera). Así, los Tribunales tienen establecido que "*quien invoca la lesión subjetiva debe probar la existencia de dos de los tres elementos que la configuran, esto es la desproporción de las prestaciones y la existencia de un estado de necesidad típico, acreditados estos extremos, se presume la explotación*" ( LL, 1979 B, p. 214).

(En contra de la extensión de la presunción a la situación deficitaria de la víctima ver Moisset de Espanés, *La lesión subjetiva y el nuevo artículo 954 del Código Civil*, p. 104; Zago, *El consentimiento en los contratos y la teoría de la lesión*, p. 190; *V Jornadas de Derecho Civil*, Rosario, 1971 y *IV Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil*, 1976).

## LA SENTENCIA DE CÁMARA

La sentencia de Cámara que comento califica como evidente la desproporción entre el denominado "precio" de la operación y el valor de mercado del inmueble, los elementos probatorios demuestran la desmedida ventaja patrimonial, no aportando Saavedra prueba en contra a la presunción legal de explotación de la situación de inferioridad del deudor.

Asimismo, expresa: *"La necesidad del deudor se ha perfilado con el riesgo inminente de la pérdida de la casa que constituía el hogar familiar el cúmulo de las deudas pendientes y la imposibilidad de acceder al crédito bancario, traduciéndose en la situación agobiante que colocó al deudor en franca inferioridad de condiciones frente al prestamista".* Y continúa sosteniendo que: *"Cuando se trata de un acto afectado por el vicio del consentimiento de lesión, sin hesitación debe afirmarse que estamos en presencia de actos anulables en que, a diferencia de lo que ocurre con los actos nulos la ley, no establece su ineficacia sino que la sujeta a las circunstancias particulares de cada caso".*

## ACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

La acción de daños y perjuicios es accesoria de la acción de nulidad que está destinada a resarcir los daños que no pueden ser reparados por la sola declaración de nulidad (que importa dejar sin efecto las prestaciones intercambiadas en el contrato anulado). El artículo 1056 del Código Civil lo establece expresamente cuando señala: *"Los actos anulados aunque no produzcan los efectos de actos jurídicos producen sin embargo los efectos de los actos ilícitos".*

Para una corriente doctrinaria, el acto lesivo es un hecho ilícito que origina la obligación de resarcir, ya que se daría en él los requisitos para sostener que existe responsabilidad civililicitud (prohibición implícita de realizar el acto, artículo 1066 del Código Civil), culpa del explotador en sentido genérico (artículo 1067, Código Civil); un daño jurídico (artículo 1068 y 1069 del Código Civil); relación de causalidad adecuada entre el acto ilícito y el daño (artículo 901 y ss. del Código Civil).

Otra parte de la doctrina sostiene la postura opuesta, así Moisset de Espanés sostiene que la nulidad importa reparación bastante, Molina sostiene que, al no mencionar a la acción de daños y perjuicios (artículo 954 del Código Civil), queda excluida (Moisset de Espanés, *Abuso del derecho lesión e imprevisión*, p. 162).

En el fallo que comentamos no se hizo lugar al reclamo por daños y perjuicios interpuesto en la demanda por el actor.

## NEGOCIO FIDUCIARIO

*El negocio fiduciario es un conjunto de actos jurídicos diversos, necesarios y útiles para el cumplimiento de una finalidad determinada, que se logra por vía indirecta, ya sea por actos entre vivos o disposiciones de última voluntad, a partir de la constitución por el fiduciante de un patrimonio de afectación en cabeza del fiduciario quien ejercerá la propiedad conforme las instrucciones recibidas y operara la atribución final de la propiedad plena a su destinatario.*

*El contrato de fideicomiso es un acto jurídico de disposición con finalidad múltiple, que puede combinar un negocio de gestión patrimonial y administración de los bienes fideicomitados con fines de garantía, típico, bilateral, de contenido patrimonial, consensual, neutro, conmutativo, de ejecución continuada, unitario, paritario o de adhesión, formal no solemne.*

*La propiedad fiduciaria es el derecho de contenido patrimonial que pertenece al fiduciario a partir de la transferencia de la propiedad de bienes y cosas por el fiduciante, que presenta las características de un patrimonio de afectación, y que puede recaer sobre bienes, constituyendo la llamada "propiedad fiduciaria" cuya naturaleza corresponde a la de los derechos personales y sobre cosas, constituyendo el llamado "dominio fiduciario" cuya naturaleza corresponde a la de los derechos reales" (Eduardo G. Cusellas y Carolina Ormaechea, *Contratos con Garantía fiduciaria*, Ed. La Ley, pp. 29 y 30).*

El negocio fiduciario presenta una dualidad, tratándose en parte de un conjunto de derechos personales, emanados de una fuente única pero cumplidos en diversas etapas del desarrollo del mismo, y un conjunto de derechos reales, constituidos, transmitidos, declarados, modificados o extinguidos sobre cosas determinadas.

El fideicomiso es un contrato regulado por las disposiciones de la ley 24.441, con la cual adquiere tipicidad, lo que trae por consecuencia que las cláusulas esenciales y elementos se adecúan a la previsión legal, independientemente del nombre que le den las partes.

El contrato de fideicomiso tiene regulación legal propia más allá de la preexistencia en el Código Civil del dominio fiduciario (artículo 2662, Código Civil) como una forma de dominio imperfecto, regulado legalmente.

El Código Civil lo que prohibía y prohíbe es la sustitución fideicomisaria en el derecho sucesorio pero no los negocios fiduciarios, por lo que es posible la celebración de negocios fiduciarios en el marco del Código Civil, conjugando sus normas en el campo de los derechos reales con las de la ley 24.441.

## DOMINIO FIDUCIARIO

Para arribar al tema es conveniente repasar en un primer término el concepto general de dominio, que es "*el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y acción de una persona*" (artículo 2506, Código Civil). Cuando ese derecho real es perfecto, se caracteriza por ser absoluto (otorga a su titular el derecho de usar, gozar y disponer de la cosa), con el límite establecido por el ejercicio regular y no abusivo del mismo; por ser exclusivo (artículo 2508, Código Civil), el titular de la facultad de excluir a los terceros de su relación con la cosa; y por ser perpetuo (artículo 2510, Código Civil) ya que el derecho real de dominio no reconoce un límite temporal y permanece mientras subsista la cosa sobre la que recae.

### El dominio fiduciario es un dominio imperfecto

El titular de derecho real de dominio fiduciario gozará de este derecho, con todas las facultades materiales y jurídicas que son propias del dueño, con carácter absoluto, dejando a salvo las restricciones que se le impongan por vía de contrato o testamento y siempre que fueran expresamente dispuestas al fundar el patrimonio de afectación.

Su dominio será exclusivo ya que este carácter del derecho real no se altera en el caso de que sea fiduciario, pero se verá afectado en la perpetuidad, reconoce un límite temporal que estará dado por la obligación de entregar la cosa una vez cumplida la condición resolutoria o el plazo. Esta imperfección se manifiesta con relación al fiduciario. El dominio fiduciario es una de las variantes posibles que puede resultar de la utilización de negocios fiduciarios; en cambio, el negocio fiduciario está configurado por la relación contractual y el dominio fiduciario es el derecho real que surge de aquella, no todo negocio fiduciario tiene por fin constituir un dominio fiduciario.

El dominio fiduciario de nuestro Código Civil, dentro de la gran calificación de los negocios fiduciarios, es consecuencia de un negocio fiduciario impuro en la terminología empleada por Navarro Martorell.

La figura del dominio fiduciario tipificada por el artículo 2662, que limita los poderes del fiduciario por medio de una condición o plazo resolutorios, responde a la primera de las teorías mencionadas.

## DIFERENCIAS ENTRE LA SIMULACIÓN Y EL NEGOCIO FIDUCIARIO

Con relación a la simulación absoluta, la distinción se hace nítida pues el negocio fiduciario es siempre productor de efectos. Se trata de un negocio querido existente, mientras que en la simulación absoluta ninguna modificación ocurre en la relación jurídica. La dificultad se evidencia en el caso de simulación relativa, por la identificación que para una postura se observa en la eficacia obligatoria del negocio fiduciario con la parte disimulada del negocio relativamente simulado.

Esta semejanza hizo que se considerara como negocios relativamente simulados a los fiduciarios, verificando en ellos una relación externa de efectos reales como negocio simulado, y otra de efectos obligatorios entre las partes como disimulado.

La diferencia entre un acto simulado y el negocio fiduciario radica fundamentalmente en que este último produce la efectiva transferencia del derecho con oponibilidad *erga omnes* mediante el acto atributivo ostensible, celebrado entre fiduciante y fiduciario.

*"Esa traslación efectiva surge de la voluntad declarada y objetivada en el acto ostensible, eficaz respecto de las partes y de los terceros. El fiduciario es el propietario de la cosa, no solo frente a terceros sino frente al mismo fiduciante, lo cual ciertamente origina una situación de peligro para este por la posibilidad de abuso del fiduciario. En la simulación, en cambio, hay discordancia entre la voluntad real (oculta) y la declarada (aparente). La traslación del derecho deriva del lado oculto del acto y no del ostensible lo cual crea diferencias con el negocio fiduciario, donde la transferencia proviene del lado ostensible".* Además se afirma que el negocio relativamente simulado no es querido por las partes mientras que el fiduciario opera una construcción realmente querida (Carriota Ferrara, *El negocio fiduciario*, p. 44).

Los negocios fiduciarios son serios concluidos realmente entre las partes; para obtener un efecto práctico determinado, las partes concluyen el negocio real y visiblemente para obtener una finalidad lícita lo que aleja a esta figura de la simulación. La simulación, sostiene Carriota Ferrara, es la declaración 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 y que es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo, la simulación supone un concierto una inteligencia entre las partes, estas cooperan juntas en la creación del acto aparente, en la producción del fantasma jurídico que constituye el acto simulado.

Guastavino, en su obra *Estudios de Derecho Civil, Actos fiduciarios*, p. 365 y ss., expresa: *"El negocio fiduciario produce efectivamente la transferencia del derecho, con oponibilidad erga omnes, mientras que en la simulación relativa hay discordancia entre la voluntad real (oculta) y la declarada (aparente), de modo que si se produce la trasla-*

*ción del derecho deriva del lado oculto del acto, en cambio, en el fiduciario la transmisión deriva del lado ostensible. b) Mientras que en el negocio fiduciario una de las partes no puede unilateralmente dejar sin efecto o revocar el acto, porque se encuentra sujeta al pactum fiduciae, en la simulación relativa las partes tienen derecho a demandar la nulidad del acto aparente y exigir el cumplimiento del acto oculto, si ello no es reprobado por ley ni perjudica a terceros. c) En el negocio fiduciario no hay intención de ocultar la transmisión oponible erga omnes ni de engañar a terceros, lo que sí acontece en la simulación relativa. d) En la simulación relativa los efectos del acto simulado se encuentran neutralizados por el contenido del acto simulado. En el negocio fiduciario los efectos obligatorios deben producirse en el futuro, y también pueden no producirse si el fiduciario abusa de sus derechos. En este último la neutralización entre el medio empleado y el fin querido se logra en una etapa posterior cuyo acaecimiento depende del comportamiento del fiduciario. e) Con respecto a terceros ellos están obligados a respetar el negocio fiduciario por la efectividad de la transferencia real que produce y por la intangibilidad de las convenciones particularmente lícitas (arg. artículo 1199, Código Civil) mientras que ellos pueden con la acción de simulación hacer cesar las apariencias del acto simulado y restablecer la realidad del acto oculto en el supuesto de simulación relativa". En el caso de los negocios fiduciarios, los terceros solo dispondrían si hubiera fraude a sus derechos de la acción revocatoria o pauliana que se otorga contra todo acto efectivo no simulado que perjudique fraudulentamente a terceros: para ejercer esta acción, a diferencia de la acción de simulación se requiere que el tercero invoque un crédito de fecha anterior a la transmisión fiduciaria fraudulenta (arg. artículos 961 y 962 del Código Civil) .*

## **DACIÓN EN PAGO**

El fallo de la Cámara Civil analizado sostiene que: *"En el caso de no poder reintegrar el préstamo el fiduciario puede vender la cosa y el fiduciante tiene el derecho de exigir la venta para evitar que la cosa quede en patrimonio definitivo del fiduciario, pues es propio del pacto de fiducia que, una vez que el fiduciario hubiera cobrado el monto de la deuda, el remanente correspondía al deudor (fiduciante), de lo contrario, se ha sostenido en un fallo de la Sala A de la misma Cámara dictado el 9305 según el voto del doctor Moltenique, en lugar de un negocio de garantía se habría celebrado una dación en pago".*

La dación en pago tiene lugar cuando el acreedor recibe voluntariamente por pago de la deuda una cosa que no sea dinero, en sustitución de lo que se le debía entregar o del hecho que se le debía prestar (artículo 779, Código Civil).

No se confunde con el pago propiamente dicho ni con la novación: a) El pago consiste en el cumplimiento específico de la obligación, la dación en pago tiene por objeto un

bien distinto del debido. La novación consiste en la sustitución de una obligación por otra, la dación en pago consiste en la sustitución del objeto del pago por otro distinto del que fuera debido. La novación deja pendiente una nueva obligación que se ha constituido en reemplazo de la primitiva, mientras la dación en pago extingue la obligación primitiva sin que subsista alguna otra deuda en su reemplazo.

Deben reunirse los siguientes requisitos para que se concluya en la existencia de una dación en pago:

- 1)** Que existe una primitiva obligación válida en defecto de lo cual la dación en pago constituiría un enriquecimiento sin causa para el acreedor que no tendría título para recibirla.
- 2)** Entrega actual de la cosa distinta de la debida.
- 3)** Consentimiento de las partes para cancelar la primitiva obligación con el objeto dado en pago.
- 4)** *Animus solvendi* o intención de cancelar por ese medio la obligación primitiva. Si la entrega se hiciera por otro concepto, no habría dación en pago.
- 5)** Capacidad del acreedor y del deudor para consentir en la dación en pago. Se trata de un acto de disposición que requiere plena capacidad de las partes para que sea válido (conf. artículo 1040).

El fallo de la alzada descartó la existencia en el caso de una dación en pago ya que el acreedor había reconocido que, de no cancelarse la deuda, el deudor corría en peligro de quedarse él con la propiedad, por lo que concluyó no existió dación en pago.

Consideró que se daría un abuso al permitir que el acreedor retuviera para sí el dominio de la cosa dada en garantía, cuyo valor de mercado excede notoriamente el monto de la deuda en función de una dación en pago no concertada. Por otra parte, no hubo entrega voluntaria de la cosa, pues Romero y su familia, como se anticipara, permanecieron en el inmueble, demostrándose, según se expresa en los considerandos, que el interés del fiduciario no apuntaba tanto a la ocupación sino a preservar el dominio del inmueble cumpliendo la función de garantía que motivara su adquisición.

En conclusión, las partes habrían celebrado, conforme interpretó el Tribunal de Alzada, un verdadero negocio fiduciario en el que la traslación del dominio respondía a la finalidad de asegurar la devolución del préstamo que había otorgado y cuyo monto es el precio que se consignara en el acto escriturario. Estando en presencia de un negocio fiduciario, de haberse producido el pago de la prestación por el deudor, el mismo actuaría como condición resolutoria y se retrotraería el dominio de la cosa, y si persistiera la deuda, según sea el monto, quedaría saldada con el derecho transmitido en garantía, pero, si el valor del bien inmueble supera la deuda, se dispondría la venta reintegrando al deudor el saldo remanente una vez satisfecho el crédito.