LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN

 La simulación es una institución de derecho civil; el derecho civil es su ámbito natural y original. Cualquier perspectiva civil que se asuma termina apuntando a los cimientos mismos de esta institución más que a alguna de sus particulares manifestaciones. Así, en un esfuerzo por intentar delimitar el tratamiento de la materia.

LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN EN GENERAL.-

 Se ha definido la acción de simulación como “una acción autónoma y declarativa, tendiente a hacer constar de un modo autorizado la falta de realidad o la verdadera naturaleza de una relación jurídica” Lo que pretende, en caso de haber existido una simulación absoluta, es obtener se declare la inexistencia o nulidad de un acto ficticio; es decir, se trata de una acción de reconocimiento negativo. En caso de simulación relativa, lo que se persigue es, simultáneamente, un reconocimiento negativo y positivo: se declare a la vez la inexistencia o nulidad del acto ficticio y la realidad del negocio disimulado.

 La simulación puede también alegarse por vía de excepción, cuando el actor intenta hacer producir efectos al acto ostensible tras el cual ninguna realidad existe o al acto ficticio que oculta el verdadero consentimiento. Incluso podría también suceder que frente a la acción de simulación absoluta el demandado opusiera la excepción de simulación relativa .

 La acción de simulación guarda estrechos vínculos con otras temáticas del derecho civil como la acción pauliana, la subrogación o la responsabilidad extracontractual. Con todo, creemos que tiene una vida propia. Desde la perspectiva de los terceros, su campo es simplemente el del derecho de prenda general de los acreedores. Cuando el articulo 2465 del Código Civil confiere a los (terceros) acreedores acción para perseguir sus créditos en “todos los bienes del deudor”, hay que considerar en tal concepto, naturalmente, aquellos bienes que nunca han dejado de pertenecer al deudor; bienes que sólo han salido aparentemente de su patrimonio. Aunque no obstante ello, y por muy evidente que resulte al tercero dicha apariencia, es preciso acreditarla fehacientemente ante el órgano jurisdiccional.

 Desde la perspectiva de las partes, en cambio, el derecho de poner de manifiesto la verdadera voluntad en contraste con la ficticia o poner de manifiesto la no voluntad en un acto ficticio, ese derecho, repito, no puede sino encontrar fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad o, más directamente, en el voluntarismo jurídico. En efecto, podemos convenir todo aquello que no esté prohibido. Y llegado el caso, tenemos el derecho de hacer prevalecer, sobre cualquier apariencia, la verdadera voluntad, sea esta la de haber celebrado un acto diferente o la de no haber celebrado acto alguno.

TITULARES DE LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN.

 Sin interés no hay acción. Siempre el titular de una acción debe ser alguien interesado en ejercerla. En la simulación rige el mismo principio. Desde luego, puede tener interés en establecer la verdad jurídica cualquiera de quienes participaron -personalmente o representados por mandatario que hubiere actuado a nombre del mandante- en la celebración del acto aparente, cuando dicho acto aparente pero ficticio amenaza con producir efectos jurídicos -no deseados- como si fuera real.

 El hecho que el o los autores de un acto simulado puedan hacer ostensible la ficción es consecuencia -como ya hemos señalado- del principio de la autonomía de la voluntad: si podemos fingir, también podremos dejar sin efecto esa ficción de mutuo acuerdo, ya sea convencionalmente, o bien unilateralmente, acreditando la falsedad del acto ostensible. No debe olvidarse, además, que el propio Código Civil, al dar más valor a la voluntad contenida en la contraescritura (articulo 1707 y 1876 inciso 2o) -si bien reglamenta en qué condiciones ella podría afectar a terceros- está legitimando que el consentimiento pueda pactarse en forma secreta. No hay aquí sino una aplicación más del principio de la libertad contractual, tan caro al legislador de nuestro Código Civil.

 La acción de simulación de una de las partes en contra de la otra suele ser fácil de justificar en la simulación absoluta. Es el caso del cómplice de una compraventa simulada destinada a eludir a los acreedores y que después traiciona la confianza del enajenante pretendiendo la plena vigencia de la transferencia.

 No se comprende en cambio tan fácilmente la acción de una de las partes contra la otra en la simulación relativa. Como expresaba Víctor Santa Cruz en su clarificador trabajo sobre el instrumento público, “por lo general, cuando se trata de establecer una voluntad real diversa de la declarada, los litigantes, y los mismos tribunales olvidan que se trata de una acción de simulación y creen que se trata de rendir pruebas que contradicen el mérito del instrumento público que contiene las declaraciones” Ejemplos de ese errado enfoque lo encontramos en algunos fallos nacionales . Pero hay una esclarecedora sentencia de la Corte Suprema que resolvió en alguna oportunidad que “cuando se establece la existencia de la simulación de un contrato de venta por medio de prueba de presunciones, o se infringe el articulo 1700 del Código Civil, porque no se niega el mérito probatorio de la escritura de venta sino que se acredita la existencia de un acto secreto que se contradice al acto público de la venta” .

 Una parte puede invocar el acto oculto en contra de la otra; el tercero de buena fe puede invocar el acto oculto frente a la partes; también frente a otro tercero de buena fe. Ello se justifica, en nuestro Código, en su agudo voluntarismo jurídico: la voluntad es fuente y medida de los efectos jurídicos: una ejecución de buena fe de un contrato se identifica con ejecutar la voluntad real.

 No en todas partes es así. En otras legislaciones, la buena fe contractual tiene un sentido menos voluntarista y más vinculado con lo que se ha dado en llamar la buena fe objetiva, entendida como un estándar juridico: “un patrón de conducta indicativo de la orientación que el derecho pretende dar al individuo en sus relaciones individuales”. Una disposición del Código Civil Brasileño establece, en tal sentido, que habiendo existido intención de perjudicar a terceros o de infringir preceptos de la ley, nada podrán alegar o requerir los contratantes en juicio en cuanto a la simulación del acto .

 En verdad, que quien ha maquinado una simulación pueda después alegarla no deja de tener sus reparos éticos. Supongamos a un deudor que enajena simuladamente “en perjuicio” de sus acreedores. Pasado el peligro de la ejecución -por ejemplo, una vez que hayan prescrito las acciones- el deudor, frente al intento del adquirente/cómplice de desconocer que se trataba de una ficción, ejerce acción de simulación. Al ejercer la acción lo que el deudor pretende es, precisamente, consumar el fraude a los acreedores. El Tribunal, al acoger la acción no hace sino sancionar la última etapa de la maquinación. Si la acción de los acreedores está vigente, aceptar la acción de simulación se justifica plenamente: la declaración de simulación le permitirá a los acreedores proceder a ejecutar sus créditos en los bienes del deudor y se sancionará al adquirente, cómplice de la simulación. Sin embargo, si los acreedores ya no pueden ejercer acciones, ¿cómo justificar que el Tribunal permita al deudor que enajenó simuladamente concluir a su plena satisfacción la maquinación? Simplemente en que -obligado a optar entre el enajenante fraudulento que luego ejerce la acción de simulación y el adquirente cómplice de la simulación que luego pretende desconocerla- el legislador prefiere optar por el primero. Al menos su pretensión se ajusta a la realidad. Y en estricto rigor, no perjudica al adquirente. Sólo le impide enriquecerse ilegitimamente: aprovecharse de la confianza que en él se depositó para adquirir en virtud de un título falso.

 Pero si nuestro Código Civil permite a una de las partes invocar el acto oculto frente a la otra, impide en cambio que una parte alegue en contra de un tercero una voluntad oculta que el tercero no ha podido conocer (articulo 1707). Ahora, reconocer esta acción podría ser eventualmente la mejor manera de evitar la consumación de un fraude, de evitar que alguien pueda aprovecharse de su propio dolo. Creemos, en efecto, que el articulo 1707 consagra un principio demasiado absoluto, toda vez que permite interpretar que el tercero -invocando su ignorancia, verdadera o supuesta- puede aprovecharse del acto ficticio ostensible . Lo que obviamente es legitimar su conducta fraudulenta no sólo en perjuicio del verdadero propietario que sólo aparentemente enajenó, sino también en perjuicio del acreedor de ese verdadero propietario, que entonces no podrá hacer efectivo su crédito producto de la simulación. A vende a B simuladamente, de acuerdo en la simulación. B vende luego a C, a un tercero de buena fe. ¿Podría luego A recuperar el bien accionando de simulación en contra de B y perjudicando a C? El tercero adquirente de buena fe resultaría afectado si se le resta eficacia a su adquisición, pero hay otro tercero -el acreedor burlado con la enajenación simulada- que resultaría favorecido con dicha declaración, esto es, con el reconocimiento de que los bienes nunca han salido realmente del patrimonio del deudor autor del fraude.

 Nadie discute en la procedencia de acción de simulación de un tercero de buena fe contra un tercero de mala fe. “Así, en una venta simulada, el acreedor del vendedor tiene acción contra los acreedores del comprador que están de mala fe para demostrar la existencia de la simulación y lograr que ellos, y no los acreedores del comprador, se paguen con la cosa” . Más discutible es si un tercero de buena fe puede accionar en contra de otro tercero de buena fe. En esa coyuntura, estimamos que debe preferirse a aquel tercero cuya protección se funda en la verdad y no al tercero cuyo interés se funda en la apariencia. El principio del voluntarismo jurídico en que se inspira nuestro derecho civil nos fuerza a llegar a esa conclusión.

 Ahora bien, ¿qué ocurre si se celebra una convención simulada por un mandatario? Hay que distinguir. Podría ocurrir que el mandatario se hubiere extralimitado en sus poderes, por lo que él sólo sería responsable de lo obrado, y la simulación sólo podría llegar a volverse en contra del mandatario. No se concibe que el mandante pudiera tener interés en la declaración de simulación.

 Podría ocurrir sin embargo que el mandante hubiera dado mandato para celebrar el acto simulado. En tal evento, el mandatario que lo hace en nombre del mandante no está sino cumpliendo las instrucciones impartidas: los efectos del acto simulado se radicarán en el mandante representado. Si el fraude se vuelve contra él, podrá demandar la declaración de simulación a fin de poner término las consecuencias nocivas del fraude. Si en cambio el mandatario actuó a nombre propio, es él quien fue parte, en él se radicarán, al menos temporalmente, los efectos de lo obrado y como tal interesado, será él quien podrá intentar la acción de simulación.

 Los herederos de quienes participaron del acto simulado pueden también ejercer la acción de simulación, esto es, sostener la falta de realidad o sinceridad de lo declarado en el acto por su causante, toda vez que los herederos son sus continuadores legales y en esa medida pueden ser considerados como verdaderos partícipes de la simulación (articulo 1097 del Código Civil). Consideramos inaceptable sostener -como la hecho un fallo - que el heredero no podría ejercer la acción de simulación contra un instrumento público atendido que éste produce plena fe contra la parte y por ende contra el heredero (su continuador legal). Tal forma de razonar incurre en el error de confundir la autenticidad -que hace plena fe contra el declarante- con la sinceridad -respecto de la cual el instrumento sólo contiene una presunción de sinceridad-.

 Los herederos, no obstante ser continuadores de un causante que fue parte de un acto simulado, no necesariamente ejercerán la acción de simulación en calidad de parte. Si accionan para defender derechos propios, accionarán como terceros a la relación contractual simulada. Lo mismo podría decirse del cónyuge sobreviviente que impugna los actos simulados realizados en vida por el difunto perjudicando sus gananciales de la sociedad conyugal o su porción conyugal. Finalmente, también es tercero el legatario a quien el autor de la simulación legó el bien objeto del acto simulado: el legatario, por expresa disposición legal, no es continuador de la persona del causante (articulo 1104 del Código Civil).

REQUISITOS PARA LA INTERPOSICIÓN DE LA ACCIÓN

 Nuestros tribunales han establecido que “el único requisito necesario para ejercer la acción de simulación es la existencia de un interés jurídico del actor, o sea, un interés en interponer una demanda para que se declare o afirme la titularidad de un derecho subjetivo o de un conjunto de relaciones jurídicas y que por estar violentado o amenazado por un contrato aparente, hace nacer la necesidad de una tutela jurídica” .

 Al respecto, creemos que las mismas razones que se han invocado para sostener que el interés que exige el articulo 1683 para alegar la nulidad absoluta puede ser no pecuniario sino meramente moral, esas mismas razones, repito, permitirían concluir que no sólo puede ejercer la acción de simulación quien tiene interés pecuniario en ella sino también quien tiene un interés meramente moral.

 Por otra parte, pensamos que el interés no necesariamente debe relacionarse con un perjuicio actual causado por el acto aparente. El interés para actuar equivale, en las insustituibles palabras de Ferrara, en la necesidad de tutela jurídica. Se ha sostenido que también debe considerarse que existe interés -aunque no haya un perjuicio actual- en el eventual legitimario que, en vida de su padre está viendo cómo éste merma simuladamente su patrimonio para burlar su legítima. Se argumenta que en tal caso no sería razonable que el hijo deba esperar el fallecimiento del causante para ejercer acción de simulación o de inoficiosa donación.

 Creemos que mientras el causante no muera, los asignatarios forzosos tienen una mera expectativa que les impide tener injerencia alguna en el patrimonio del futuro difunto. Ni siquiera podrían -pensamos- impetrar medidas conservativas (que el legislador en el articulo 1078 reconoce para el asignatario condicional, lo que es muy distinto). Sin embargo, dado el especial carácter de la simulación, creemos que esta sería posible en la especie propuesta. No se trataría de una suerte de medida conservativa, como se ha insinuado, sino sólo una acción declarativa de mera certeza. Ella es a nuestro juicio suficiente interés como para ejercer la acción de simulación impugnando en vida del enajenante y futuro causante las enajenaciones simuladas. En la doctrina comparada esto ha sido enfocado bajo el interesantísimo planteamiento de la amenaza de violación de un derecho como justificación de la tutela jurídica .

 En nuestro país encontramos algunos fallos muy contrarios a esta tesis. En una oportunidad se rechazó una acción de simulación intentada por el cónyuge sobreviviente contra dos sobrinas del difunto que habían comprado aparentemente en forma simulada unos inmuebles. La sentencia de primera instancia y confirmada en alzada rechazó la demanda pues la demandante comparecía -a juicio del sentenciador- como agente oficioso de un difunto, lo que era improcedente faltando, por ende, el requisito del interés. No compartimos en absoluto la sentencia: la actora había comparecido en defensa de un interés propio; no como representante.

 En otra oportunidad se acogió en primera instancia, fallo revocado en alzada, acción de simulación intentada por legitimarios en vida del eventual difunto, explicando a nuestro juicio equivocadamente la acción ejercida como una medida conservativa . Lo que sí es interesante es destacar la idea de que la acción de simulación puede ser considerada como una acción autónoma de carácter tutelar. En nuestro derecho, sin embargo, no existe la idea de los juicios cautelares autónomos.

 Ahora bien, en relación al acreedor condicional o a plazo, no puede caber duda, a nuestro juicio, que son titulares de la acción de simulación. En efecto, tienen un interés condicional o a plazo que el legislador se los reconoce hasta el punto de permitirles impetrar medidas conservativas, como lo señala el Código Civil para el acreedor condicional, el asignatario testamentario condicional y el fideicomisario. Ahora bien, el ejercicio de dichas medidas precautorias eventualmente exigirá, en forma necesaria, el ejercicio de la acción de simulación. Primero vendría esta y luego, en la certeza de que tales o cuales bienes nunca han salido del patrimonio del deudor, se ejercerían, eventualmente, y si pareciera necesario, las acciones precautorias. En otras palabras, el ejercicio de la acción de simulación sería un requisito previo al ejercicio de las medidas precautorias. Si a un litigante le es permitido solicitar medidas precautorias, no se divisa razón para negarle una acción de simulación que ha de ser el paso previo a la interposición de aquellas. Con todo, razones de orden procesal nos llevan a ser más cautos en este caso. ¿No podría pensarse acaso en un problema de delimitación de competencias? Habría un tribunal conociendo de un litigio ante el cual se pretendería solicitar una medida precautoria y otro en el que se intentaría una acción ordinaria declarativa, paso previo necesario para el ejercicio de la medida precautoria. El Tribunal de la simulación sería, naturalmente, incompetente para conocer de una medida precautoria fundada en el derecho litigioso hecho valer en otro tribunal. ¿No sería acaso igualmente incompetente para conocer de esa acción de simulación que inevitablemente se justificaría sobre la base de un interés vinculado al pleito paralelo y de fondo?

LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN Y LA NULIDAD ABSOLUTA DE ACTO APARENTE

 Al interponerse una acción de simulación es necesario encuadrar el acto ostensible dentro del marco de la nulidad o de la inexistencia. Nuestros tribunales en ciertos casos han fundado dicha nulidad en la falta de consentimiento , otras veces en falta de causa y, en fin, en haber existido causa ilícita .

 Creemos que la correcta doctrina es aquella que cree ver en la simulación una nulidad absoluta por falta de consentimiento. Por lo mismo, respecto de los terceros perjudicados, la simulación ilícita es fuente de responsabilidad extracontractual. Entre las partes, en cambio, será fuente de responsabilidad contractual, pues aunque el acto simulado careció de consentimiento, hubo un nexo jurídico, aunque no fuera más que para urdir el fraude.

 De lo expuesto se infiere que en la simulación deberá pedirse, en la demanda, la declaración de simulado del acto ficticio y además su nulidad absoluta por falta de consentimiento. Lo primero a fin que se declare que no ha habido realmente el acto que se pretende; lo segundo, para que quede sin efecto lo que pretendió ser el acto.

 La primera es una acción declarativa que apunta a poner de manifiesto la inexistencia del acto que se pretendió real sin pronunciarse sobre cual fue el motivo de esa inexistencia. La acción de nulidad, en cambio, es una acción sancionatoria que priva de efectos a esa ficción en virtud de dar por establecido gracias a la prueba rendida, que no hubo consentimiento acerca del acto simulado.

 Ambas acciones no son en absoluto lo mismo ni tienden a obtener lo mismo. Son complementarias y por ende deben ser ejercidas simultáneamente. Y teniendo especial cuidado en la causal que se invoque como generadora del vicio de nulidad. Toda vez que se ha fallado que si se otorga la nulidad pero por una causal diferente a la invocada, se incurre en ultra petita

 En la simulación relativa, esta distinción aparece mucho más clara. En la simulación relativa, hay consentimiento; hay un acto real y verdadero en que las partes han consentido, sólo que está disimulado por una ficción. No hay una acción de nulidad absoluta porque no es necesaria. Al ejercerse la acción de simulación se solicita prevalezca el consentimiento real pero oculto; se pide que se delimite el ámbito en el que se expresó el consentimiento. Al acto ficticio simplemente se lo ignora como un hecho más . En la simulación relativa, el acto disimulado puede reunir todos los requisitos de existencia y de validez, de forma y fondo, y en tal caso será válido. De lo contrario, la acción habrá podido ser el antecedente de una acción de nulidad absoluta, nulidad relativa, o de otra sanción (como, por ejemplo, una revocación por ingratitud) .

 Deseamos añadir que cuando se ejerce una acción de simulación se está intentando obtener una declaración acerca de la falta de consentimiento de un acto. No se intenta probar un consentimiento en sentido contrario sino la ausencia de cualquier consentimiento o la ausencia de consentimiento para el acto que se pretende. Pensamos, por eso, como decía el maestro Ferrara, que una contraescritura, o en general una contradeclaración, no es una convención que venga a modificar o anular una convención anterior, sino más bien un acto por el que las partes reconocen o declaran con fines probatorios, la simulación total o parcial o la ocultación de un contrato. Resumamos diciendo que una contraescritura no es un contrato en sentido contrario sino lo contrario de un contrato.

 Deseo insistir sobre el punto. En la simulación no hay dos actos jurídicos sino uno sólo. En la simulación absoluta, las partes crean una ficción pero, ocultamente, declaran -si por escrito, será una contraescritura- que se trató de una ficción. Esa declaración es el único acto jurídico. Tiene consentimiento y causa (eventualmente ilícita) que es la causa simulandi. En la simulación relativa, las partes acuerdan un verdadero contrato, ocultándolo bajo la apariencia de otro de distinta naturaleza. El contrato oculto lleva implícita la mutua declaración o reconocimiento acerca de la no realidad del acto ostensible.

 Hago estas aclaraciones porque el artículo 1707 de nuestro Código Civil es extremadamente impreciso al definir las contraescrituras como el documento en que se altera lo pactado en escritura pública. “No se trata de eso. La contraescritura es esencialmente declarativa, no es modificativa de la escritura principal. En la contraescritura se declara que la voluntad de las partes es diversa de la que falsamente declararon en la escritura ostensible. En la contraescritura no se expresa una nueva voluntad que altere la voluntad ya manifestada. No hay dos voluntades ni hay dos actos: hay una sola voluntad y un sólo acto” . De allí que se haya dicho, con toda razón, que las escrituras que modifican realmente lo pactado en otra escritura no se rigen por el articulo 1707, previsto para reglamentar la simulación. “Se crea un crédito por una escritura y se nova por otra. Son dos escrituras diferentes y no hay contraescritura. La segunda escritura vale entre las partes y contra terceros conforme a las reglas generales de las de su clase y no hay que aplicar las restricciones del articulo 1707” .

 En esa contraescritura las partes hacen una declaración preventiva. Se precaven de una eventual deslealtad de su cómplice en e fraude; se prefabrican de un medio de prueba destinado a destruir la presunción de veracidad del acto ostensible. Pues debemos recordar que en derecho se presume lo normal y lo normal es que sea congruente lo declarado con lo querido ; por lo que el onus probandi debe recaer sobre el actor.

 Ahora bien, la contraescritura es un acto jurídico y como tal se encuentra sujeto a las limitaciones a la prueba testimonial (articulo 1709 del Código Civil), salvo ciertas excepciones, como la imposibilidad física o moral de obtener pruebas escritas . En la acción de simulación interpuesta por un tercero, hay, por razones obvias, imposibilidad física de haberse procurado una prueba escrita . Aunque si el acto oculto es solemne, sólo podrá acreditarse a través de la respectiva solemnidad, de acuerdo a exigencia del articulo 1701 del Código Civil.

 Queremos hacer presente, además, que la imposibilidad de una de las partes de obtener prueba escrita de la simulación, puede haber surgido con posterioridad al acto simulado. Es el caso del que acepta vender simuladamente y el comprador simulado le asegura que “más tarde” le hará llegar la contraescritura debidamente firmada. Esta nunca llega. Demanda de simulación y el demandado lo desafía a exhibir alguna prueba escrita de lo que afirma. El actor no la tiene. ¿Deberá admitirse la prueba testimonial? Se ha sostenido que no sería legítimo probar testimonialmente en la medida en que le afectara la limitación a la prueba testimonial derivada de la no escrituración del acto oculto, que es real. Sin embargo, compartimos en esta parte, una vez más, la respuesta que da el maestro Ferrara: ”Lo sorprendente es que magistrados y tratadistas acepten este sofisma sin comprender que el contratante engañado no intenta probar la simulación del acto sino el dolo del otro contratante que lo indujo a la simulación; pide, por tanto, la rescisión de esta apariencia de contrato que pesa sobre él como una amenaza...”. ”...Análoga solución debe adoptarse cuando el consentimiento de uno de los simulantes haya sido arrancado con violencia” .

 Nuestra jurisprudencia en una ocasión estableció que el hecho del fraude y la falta de consentimiento son meros hechos que pueden ser probados por testigos sin que pueda pretenderse afectar la limitación a la prueba testimonial en consideración al acto ficticio y su cuantía . Salvo, naturalmente, que el acto aparente haya constado por instrumento público, pero en tal caso la razón es otra: la prueba testimonial resultaría insuficiente para destruir la presunción de veracidad de las declaraciones dispositivas contenidas en el instrumento público. Pero se admitirá confesión e incluso instrumento privado reconocido o mandado tener por reconocido

 En todo acto o contrato simulado hay una causa; no es lógico concebir una simulación motivada por la nada. Pero es una causa como motivadora de realizar una ficción: lo que se ha dado en llamar la causa simulandi: ”El interés que lleva a las partes a hacer un contrato simulado, el motivo que induce a dar apariencia a un negocio jurídico que no existe, o a presentarlo en forma distinta de la que le corresponde: es el por qué del engaño” . Esa causa simulandi es real; tan real como que llevó a urdir la simulación. La causa simulandi sólo no será real en aquellos casos en que fue expresada mediante algún vicio de la voluntad. Dicho de otro modo, cuando quien consintió en el fraude, en elaborar la ficción, no quiso en realidad hacerlo...

 Pero por otra parte, hay también una causa simulada; o, para ser más expresivos una causa fingida. En la simulación absoluta la causa simulandi es la que lleva a urdir el engaño y la causa simulada es la que se explica, frente a terceros, como motivación del acto ostensible. En la simulación relativa también se da la doble causa. Así, en una donación encubierta de compraventa, hay una causa real, simulandi, que es la liberalidad, y una causa simulada (motivo fingido), que se identifica con el precio (simulado) que pretende obtener el vendedor (simulado).

 Establecido, entonces, que el acto simulado es absolutamente nulo por falta de consentimiento, creemos que resultaría esencialmente inaplicable la limitación que el artículo 1683 de Código Civil establece en orden a impedir alegar la nulidad absoluta al que ejecutó el acto o celebró el contrato sabiendo o debiendo saber del vicio que lo invalidaba. En efecto, si se aplicara, se estaría dando, al afectado con el impedimento, el carácter de parte, se prejuzgará en orden a haber efectivamente consentido, cuando precisamente lo que se pretende es se declare que no hubo consentimiento . Darle la calidad de parte significaría prejuzgar en orden a que hubo consentimiento y por ende dar por establecido que no hubo simulación. Ello, pues el articulo 1683 se refiere al que ejecutó un acto o celebró un contrato reales; no meras simulaciones. Dicho de otro modo, en la simulación absoluta las partes pueden siempre pedir la nulidad absoluta por mucho que aparezca como ilícito en su objeto o en su causa ese acto ostensible. Pues, en efecto, en tal caso las partes no han consentido en ese acto ilícito en su objeto o causa, acto que sólo es ficticio. Salta a la vista, además que un acto ficticio no puede ser calificado de ilícito (tal vez lo será la conducta, pero no el acto, que por falta de consentimiento carece de objeto y causa). Se puede demandar entonces la nulidad absoluta del acto ostensible por falta de consentimiento o falta de causa (que en definitiva viene a ser lo mismo pues si no hay causa no puede haber voluntad) y conjuntamente la nulidad absoluta del acto oculto por ilicitud en el objeto o en la causa.

 Llevemos lo expuesto a una aplicación práctica. Es sabido que una compraventa entre cónyuges, salvo que estén separados judicialmente, es nula de nulidad absoluta. Si yo deseo vender -nótese, vender; no donar- el único camino fácil es, entonces, el siguiente: reconozco una deuda y luego la extingo mediante una dación en pago. El tercero deberá acreditar primero que la deuda era inexistente, que la dación en pago fue por tanto incausada y, consecuencialmente, que no hubo voluntad en tal sentido. Una vez despejada la ficción, acreditará la nulidad absoluta de la compraventa por objeto ilícito por vulnerar una norma prohibitiva.

 Por lo anterior, compartimos plenamente el criterio de quienes desde la doctrina y en nuestra jurisprudencia han sostenido que el impedimento del articulo 1683 se refiere a la nulidad absoluta por objeto o causa ilícitas. No puede referirse a la nulidad absoluta por falta de consentimiento (por simulación), pues lo supone, ni puede referirse a la nulidad absoluta por incapacidad pues en tal evento la regla a aplicar es la del incapaz que ejerció dolo para inducir al acto o contrato (que también está impedido para alegar la nulidad en virtud de otra norma diferente).

 Ahora bien, en caso de una simulación relativa, si el acto oculto adoleció de una causal de nulidad relativa, la persona en cuyo favor ha sido establecida, o sus herederos o cesionarios, podrán alegar la nulidad. Si el acto oculto era, en cambio, nulo por ilicitud en el objeto o en la causa, y una o ambas de las partes lo sabían, o estaban en condiciones de no haberlo podido ignorar, no podrían alegar la nulidad del acto real pero disimulado pues aquí sí hubo consentimiento al acordarlo: aparentemente no hubo acuerdo de celebrar el acto disimulado, pero en realidad sí lo hubo. Si se aceptara que alguna de las partes pudiera demandar la nulidad absoluta del acto disimulado, se estaría legitimando una actuación contraria a un acto propio pasado, hipótesis abiertamente contraria a la buena fe objetiva. En cambio, consentimiento acerca del acto ostensible faltó y por eso que en la acción de simulación relativa se solicita se declare la nulidad absoluta del acto ostensible (por falta de consentimiento) y se pide se declare la plena vigencia del acto oculto.

 Ahora bien, concentrándonos en el impedimento del articulo 1683, debo partir por recordar que el sabiendo o debiendo saber el vicio no puede entenderse referido a la ficción de conocimiento de la ley que a todos nos afecta por igual -seamos grandes juristas o analfabetos- sino al conocimiento real y efectivo del vicio (que supone conocimiento real y efectivo de las circunstancias y de las normas) o a la concurrencia de circunstancias que hacen impensable la ignorancia del vicio con mediana diligencia .

 Segunda cuestión. En cuanto a si acaso pueden ejercer la acción de nulidad absoluta los herederos del que celebró el contrato sabiendo o debiendo saber del vicio que lo invalidaba. Nuestra Corte Suprema ha sostenido que están inhabilitados para alegar la nulidad absoluta los herederos del que ejecutó el acto o celebró el contrato sabiendo o debiendo saber del vicio .

 En cambio, un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, argumentado en sentido contrario ha sostenido que “la facultad de los herederos para alegar la nulidad absoluta no deriva del causante, que carecía de ese derecho, sino que es la propia ley la que se la concede”...”La prohibición en examen es de carácter restrictivo y personalísimo en atención al móvil que le inspira y no puede operar sino respecto a la persona natural que celebró el acto o contrato a sabiendas del vicio existente”...”Las inhabilidades no se transmiten ni se transfieren, porque son personalísimas y porque su objeto es sancionar a la persona que realizó el acto inmoral”.

 Añadamos algunos argumentos de nuestra doctrina para sostener que los herederos están habilitados para alegar la nulidad en la hipótesis en examen: Uno: La prohibición del articulo 1683 del Código Civil es una inhabilidad y las inhabilidades son excepcionales y deben interpretarse restrictivamente. Dos: Los herederos suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones transmisibles pero la inhabilidad en examen no es derecho ni obligación. Tres: El derecho de alegar la nulidad que corresponde al heredero no lo ha heredado, sino que se lo da la ley directamente por el sólo hecho de tener interés en ello. Cuatro: El articulo 1685 es una excepción que no hace sino confirmar la tesis de que el articulo 1683 establece una verdadera inhabilidad que por su naturaleza es personalísima. Deseo añadir que a nuestro juicio es inaplicable la analogía que se ha pretendido a señalar que habría que distinguir en este caso, como se distingue, en la responsabilidad extracontractual, entre el dolo, que es personalísimo, y los efectos patrimoniales del dolo. Me parece que no es extrapolable pues en la responsabilidad extracontractual el efecto es una obligación indemnizatoria que como tal obligación es transmisible a los herederos. En el dolo del articulo 1683 el efecto es un impedimento, lo que es muy distinto.

 Finalmente, ¿podrá alegar la nulidad absoluta el representado si el representante celebró el acto o contrato a sabiendas del vicio? La jurisprudencia ha variado conforme ha variado su manera de enfocar el fenómeno de la representación. Si se siguen las teorías de la ficción, del “nuntius” o de la cooperación de voluntades, resulta difícil permitir que el representado alegue la nulidad: en todas estas teorías se acepta que, total o parcialmente, es la voluntad del representado la que configura el acto. A lo que cabe añadir que de conformidad al articulo 1448 del Código Civil chileno, lo que el representante ejecuta a nombre del representado produce en este último iguales efectos que si hubiera actuado personalmente .

 Si en cambio se sigue la teoría de la representación como modalidad del acto jurídico, fácil es aceptar que el representado puede alegar la nulidad: quien consintió en el acto fue exclusivamente el representante y sólo a él puede afectarle la inhabilidad que, como toda sanción, debe ser aplicada restrictivamente. Más aun en el caso de la inhablidad del articulo 1683, que se funda en que nadie abuse de su propia inmoralidad. Esta última teoría ha sido la predominante en la doctrina nacional. Claro está que si el representado supo o debió saber del vicio no podrá alegar la nulidad aunque el representante no haya sabido ni debido saber del vicio.

 Finalizo esta parte recordando que el juez puede y aún debe declarar la nulidad absoluta cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato. Sin embargo, no está facultado para declarar de oficio una simulación. Esto tiene importancia sobre todo en la simulación relativa. El juez puede y debe declarar de oficio la nulidad absoluta del acto ostensible por falta de consentimiento si ello aparece de manifiesto pero no podrá nunca de oficio declarar la realidad o vigencia del acto oculto.

ACCIÓN DE SIMULACIÓN, ACCIÓN PAULIANA Y ACCIÓN OBLICUA

 El articulo 2465 del Código Civil reconoce el derecho de prenda general de los acreedores para perseguir la ejecución de sus créditos sobre todos los bienes del deudor. Al hablar de todos los bienes incluye aquellos que aparentemente han salido del patrimonio del deudor pero en realidad nunca lo han hecho. En la simulación no ha habido en realidad enajenación. No ha habido disminución del patrimonio del deudor; por es decimos que el interés que justifica el ejercicio de la acción de simulación no es hacer desaparecer un “perjuicio” en el sentido de disminución patrimonial, sino la necesidad de tutela jurídica. En la simulación no hubo perjuicio directo. Incluso puede ser que no haya habido fraude. No ha habido perjuicio para el acreedor, y por eso la acción puede ejercerla aunque su crédito haya sido posterior al contrato supuestamente simulado (lo que resultaría impensable respeto a la acción pauliana). No obstante, el acreedor necesita la declaración de simulación. Mientras ello no ocurra, materialmente estará impedido de hacer efectivo su crédito. Ha habido una ficción; un acto inexistente o al menos absolutamente nulo. Declarada la simulación, el acto ostensible queda como absolutamente ineficaz.

 En la acción pauliana, en cambio, ha habido una enajenación real, efectiva, que ha causado perjuicio al acreedor pues ha mermado el patrimonio en que puede ejecutar sus créditos. El acreedor era titular de crédito con anterioridad al acto que se intenta revocar. De lo contrario no podría ser calificado de acreedor perjudicado. El acreedor perjudicado por ese acto que genera o agrava la insolvencia del deudor, intenta hacer desaparecer o morigerar ese perjuicio dejando sin efecto total o parcialmente la enajenación, en la medida necesaria para cubrir sus créditos.

 La acción de simulación y la acción pauliana son incompatibles. Si se acoge la de simulación, quiere decir que el acto ostensible, digamos, por ejemplo, la enajenación, no existió en realidad; no hubo, pues, realmente disminución de patrimonio. No hubo perjuicio alguno. Si se acoge la acción pauliana, quiere decir que hubo un acto real, que se realizó motivado por un ánimo fraudulento y que causó un perjuicio.

 Pero como acciones incompatibles, pueden ser ejercidas subsidiariamente una de otra, aunque en una misma demanda. Se ejercerá la de simulación y en subsidio la acción pauliana. Pues como paso previo a definir si el acto fue fraudulento y si causó perjuicio (presupuestos de la acción pauliana), será preciso previamente definir si el acto que se analizará existió realmente o fue pura ficción. Digamos que el rechazo de la acción de lo principal significará el reconocimiento de que el acto que el actor pretendía ficticio fue en verdad real. Mirado así, es el primer paso para que pueda ser acogida entonces la acción subsidiaria: hubo un acto; sólo faltaría acreditar que hubo perjuicio y que fue fraudulento.

 El ejercicio subsidiario así propuesto será de ordinaria ocurrencia, pues el acreedor no sabrá a ciencia cierta si hubo una enajenación real tendiente a disminuir el patrimonio o hubo una ficción destinada a crear la apariencia de disminución del patrimonio del deudor.

 La acción oblicua también llamada subrogatoria, tiene también algún parentesco con lo que llevamos analizando. El deudor, por desidia o mala fe, no ejerce sus acciones y derechos. Podríamos decir que simula un ánimo que en verdad no tiene. Sus derechos son, a nuestro juicio, parte de su activo, por lo que no resultaría preciso decir que el deudor tiene el propósito de no incrementar su patrimonio. Pensamos que el ejercicio de una acción o derecho no significará para el deudor un incremento patrimonial sino sólo un poner en evidencia bienes en los que es posible para los acreedores ejercer el derecho de prenda general.

SIMULACIÓN, POSESIÓN Y PRESCRIPCIÓN.

 La acción de simulación es declarativa: de mera certeza. La necesidad de esa declaración judicial, salta a la vista. Desde luego, normalmente se hará valer frente a actos que constaron por instrumento público, lo que implica una presunción de sinceridad de las declaraciones dispositivas de las partes, lo que automáticamente genera carga probatoria para quien alegue ser simulado el consentimiento ostensible.

 Por otra parte, si versa sobre bienes o derechos inscritos en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, la sentencia judicial será indispensable para lograr cancelar la inscripción practicada en virtud del acto simulado. Ello, en virtud de la perentoria exigencia del articulo 728 del Código Civil al establecer cuáles son las únicas causales por las que puede cancelarse una inscripción y por ende poner fin a una posesión inscrita.

 Ahora bien, de que el acto simulado sea inexistente -o por lo menos nulo-, se ha deducido por algunos, que el acto simulado no podría dar origen a prescripción adquisitiva alguna. Y para sostener tal aserto se ha invocado la opinión de quienes sostienen la imprescriptibilidad de la acción de simulación .

 A nuestro juicio, esta manera de reflexionar evidencia una deplorable confusión. Confusión entre la acción reivindicatoria y la acción de simulación. Si se confunden estas dos acciones, resultará como lógico corolario otra confusión: la de sostener que la voluntad real (contraescritura) implicaría un reconocimiento del derecho del dueño que configuraría un cese de la pasividad (interrupción natural), la que a su vez impediría la prescripción adquisitiva . Nos parece obvio, en cambio, que el reconocimiento del derecho del dueño por parte del comprador simulado, reconocimiento oculto, contenido en alguna contraescritura, no es una interrupción natural por la que pueda resultar perjudicado el tercero poseedor que ignora la simulación.

 Desde luego, creemos, con la inmensa mayoría de la doctrina y la legislación comparadas, en la imprescriptibilidad de la acción de simulación . Se trata, a nuestro juicio, de una acción declarativa, muy sui géneris, que no es real ni personal. Y no es personal por la sencilla razón de que no pretende el reconocimiento ni el cumplimiento de una obligación personal. Discrepamos, en tal sentido, de quienes han sostenido se trataría de una ación personal pues pretende el restablecimiento del derecho de prenda general, que dice relación con el campo de los derechos personales . Creemos, en cambio, que la acción de simulación pretende una declaración relativa a lo ficticio que ha sido una determinada operación jurídica. Si a consecuencia de ello el derecho de prenda general puede hacerse efectivo en forma más eficaz, permitiendo una más fácil satisfacción de los créditos, ello es irrelevante, a nuestro juicio, para la calificación de la acción.

 No obstante todo lo anterior, creemos que el elemento de la prescripción está presente, desde que existe la posibilidad que se produzca una prescripción adquisitiva por un tercero y, como consecuencia de ello deba entenderse prescrita la acción reivindicatoria, que es una acción real y que por consiguiente -para usar las palabras de don Andrés Bello en el artículo 2517 de nuestro Código Civil- se extingue por la prescripción adquisitiva del respectivo derecho. Insistimos: la acción que ha de considerarse prescrita por obra de la prescripción adquisitiva consumada, es la reivindicatoria, que es real. Pero la acción de simulación, que no es real ni personal, no merece se le aplique el articulo 2517, como se ha pretendido, ni tampoco los artículos 2514 y 2515.

 Se ha dicho que la acción de simulación no podría interponerse si ha operado la prescripción adquisitiva de la cosa en virtud de un contrato simulado . Creemos que no es así pues el paso del tiempo no puede hacer real lo que era ficticio. Otra cosa es que la acción reivindicatoria llegue a prosperar en contra de terceros. Lo que sí puede y debe hacer el derecho frente al transcurso del tiempo es proteger a los terceros y dar eficacia a los actos realizados confiando en la apariencia. Pues es muy fácil que las partes se coludan para fingir que hubo incumplimiento; que éste fue simulado, y de ese modo pretender afectar a terceros. Por eso nuestro Código acepta la acción reivindicatoria en caso de nulidad de la compraventa (por falsificación o nulidad de la escritura, hechos que el tercero puede conocer) pero en caso alguno como consecuencia de una resolución que podría surgir de un incumplimiento simulado (articulo 1876).

 En el caso de una simple acción de nulidad, el asunto, en cambio, es más complejo, toda vez que si bien la acción de nulidad, como la de simulación, no es personal ni real, sin embargo la ley le establece una prescripción extintiva explícitamente. Si el título era nulo, la prescripción adquisitiva habrá de ser extraordinaria por la irregularidad de su posesión. Transcurridos los diez años de posesión, es probable que la acción de nulidad haya prescrito. Sin embargo, no necesariamente ha de ser así. Podría suceder que la acción de nulidad no hubiera prescrito por haber operado una interrupción civil entre los contratantes. Pero esa interrupción en nada habría afectado a la prescripción adquisitiva del tercero que no ha sido notificado de demanda alguna. En tal caso, habrá operado la prescripción adquisitiva y el dominio del tercero será inatacable. Por su parte, el contrato original o base podrá ser declarado nulo (la acción no había prescrito); pero esa declaración será totalmente ineficaz.

 Un contrato simulado es un título injusto, sea por nulidad o por falsedad (articulo 704 de Código Civil). Confiere la posesión irregular de la cosa y permite al adquirente llegar a ganar por prescripción extraordinaria. Si el articulo 2510 del Código Civil permite la prescripción sin título alguno, ¿por qué no ha de admitirse la prescripción en virtud de un título injusto? El articulo 730 permite al adquirente del usurpador que siendo mero tenedor se da por dueño de la cosa y la enajena, ganar por prescripción. ¿No es acaso el usurpador un sujeto que ha actuado simuladamente? ¿No es acaso el título para el adquirente, en tal caso, un título falsificado o nulo? Y aun suponiendo que el título es inexistente; que, dicho crudamente, no hay titulo posesorio alguno. ¿No deberá entonces entrar a tener aplicación el articulo 2510 cuando establece que la prescripción extraordinaria puede tener lugar sin título posesorio alguno?

 Ahora bien. Lo que estamos diciendo es simplemente que la acción de simulación, una vez operada la prescripción adquisitiva, será en la práctica inoperante. Pero no por haber prescrito extintivamente. Ella, a nuestro juicio, deberá ser acogida. Pero la acción reivindicatoria que se ejerza conjuntamente, en cambio, no podrá ser acogida, en la medida en que el demandado de esta última acción oponga la respectiva excepción de prescripción adquisitiva. Este criterio es -pensamos nosotros- el que don Avelino Leon resumía cuando en una de sus obras afirmaba: ”La acción de simulación no prescribe por tiempo. Pero la adquisición de la cosa objeto del contrato por medio de la prescripción adquisitiva, la prescripción de la acción de nulidad que deba deducirse con la de simulación, etc., se rigen por las reglas generales. De este modo la acción de simulación será inoperante si han prescrito esas acciones, o si se ha adquirido la cosa por prescripción adquisitiva”

LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN Y EL PACTO DE SEPARACIÓN TOTAL DE BIENES.-

 La hipótesis es de sobra conocida. El marido, casado en sociedad conyugal, contrae deudas. Previendo una ejecución inminente por parte de sus acreedores, disuelve la sociedad conyugal. Adjudica a la mujer los bienes fácilmente perseguibles. En representación de su propia mitad de gananciales, se adjudica dinero, normalmente inexistente. El acreedor, ignorando el enjuague, demanda y notifica al marido. Embarga los bienes adjudicados a la mujer. ¿Podrá la mujer entrar entonces a escena con una tercería alegando ser dueña de los bienes embargados?

 Desde luego, surge un primer punto que aclarar. Como es sabido, la adjudicación en nuestro derecho tiene un efecto declarativo y por ende retroactivo. Sin embargo, en el caso de la sociedad conyugal suele existir un equívoco. Pues se pretende que -siguiendo con el ejemplo- la mujer sería dueña del bien adjudicado desde que fue adquirido. Suponerlo así equivale a pretender que la sociedad conyugal constituye un estado de indivisión. No repetiremos aquí las enormes diferencias que distinguen la sociedad conyugal de una comunidad. El efecto retroactivo de la partición de una comunidad sólo se aplica desde el inicio de la indivisión y la indivisión surge, precisamente, en el acto de la disolución de la sociedad conyugal que, las más de las veces será la misma fecha en que se liquide esa comunidad resultante. De modo tal que, en caso de liquidaciones de sociedad conyugal, la mayor parte de las veces el aludido efecto retroactivo no habrá alcanzado a existir: la comunidad se habrá liquidado el mismo día en que nació.

 Un segundo aspecto a considerar. ¿En qué medida ha habido publicidad para los terceros? Se podría pensar que habría que aplicar los artículos 1765 y 1766 para concluir en la necesidad de distinguir si se hizo inventario y tasación solemnes, de lo que dependería la posibilidad de hacer valer en juicio la adjudicación. Sin embargo, no ha sido ese el razonamiento de nuestra jurisprudencia. Se ha sostenido, por otra parte, que lo citados artículos estarían tácitamente derogados al menos en relación a la disolución convencional de la sociedad conyugal, pues si el articulo 1723 ha permitido la liquidación en la propia escritura de disolución, “no es razonable concluir que, por una parte, se permita la liquidación inmediata y, por otra, se pida inventario y tasación efectuados con solemnidad judicial” .

 El articulo 1723 del Código Civil establece que la disolución de la sociedad conyugal “no perjudicará en caso alguno los derechos validamente adquiridos por terceros respecto del marido o la mujer”. En el pensamiento del legislador estuvo, pues, presente, la idea de que el pacto del artículo 1723 podía prestarse para todo tipo de fraudes en perjuicio de los acreedores. Se trata de un inconveniente que es recurrente en la legislación comparada

 ¿Qué significa que el pacto se separación de bienes “no perjudicará en caso alguno los derechos válidamente adquiridos por terceros”? Desde luego, el acreedor podrá accionar de simulación o, siendo demandado en tercería, alegar la simulación por vía de excepción. Pero si fuese sólo ese el alcance de la citada norma, quiere decir que está enteramente de más. Pues a la misma conclusión podríamos haber llegado aún en ausencia de dicha regla. estaco desde ya que en nuestra doctrina se ha aceptado explícitamente la posibilidad de accionar de simulación en contra de una partición . Se trataría de un simulación absoluta con una causa simulandi ilícita (defraudar a lo acreedores) y en que el acto simulado carecería de causa y por ende de consentimiento.

 Tal vez la explicación de la citada regla legal esté más bien por el lado de la acción pauliana que, contrariamente a lo que se suele creer, no se refiere sólo a enajenaciones. En caso que la liquidación de la sociedad conyugal afecte al tercero acreedor, éste podrá ejercer la acción pauliana pues tal convención -ni gratuita ni onerosa- cae dentro del Nº 2 del articulo 2468, que no se refiere solo a los actos gratuitos sino que, genéricamente, a “los actos y contratos no comprendidos bajo el número precedente” (que comprende los actos onerosos).

 Otra posible explicación apunta más bien a la inoponibilidad. Como ha señalado certeramente nuestra Corte Suprema , si se considera que el perjuicio de los acreedores, necesario para ejercer la acción pauliana, consiste en generar o agudizar la insolvencia del deudor, lo que equivale a una disminución patrimonial; el pacto de separación total de bienes tiene en cambio un carácter esencialmente declarativo: “...no produce traslación de bienes por lo que en sí no puede ser perjudicial para los acreedores”. Así las cosas, la regla tantas veces citada del articulo 1723 significaría que los bienes adjudicados a la mujer “continúan respondiendo de las obligaciones contraidas por el marido con anterioridad a la disolución de la sociedad conyugal”. Tal adjudicación sería, pues, inoponible a los acreedores. El acreedor del marido podría ejecutar los bienes adjudicados a la mujer (invocando la inoponibilidad de pleno derecho establecida en el artículo 1723) o incluso los bienes personales de la mujer (invocando la responsabilidad, aunque limitada por el beneficio de emolumento, que tiene en las deudas sociales). Facilitará las cosas que en el título exista un mandato judicial recíproco entre marido y mujer para poder ser emplazados a través del mandatario. De este modo el acreedor del marido sin tener que notificar siquiera a la mujer podrá ejecutar el crédito en los bienes de ésta.

 Sin embargo, que la liquidación de la sociedad conyugal no perjudica a los acreedores es bastante discutible. Todo depende de lo que se entienda por perjuicio para los acreedores. Cabe una interpretación más amplia que la hecha por nuestra Corte Suprema. Cabe sostener incluso que para los acreedores la sola disolución de la sociedad conyugal es perjudicial para los acreedores . Los acreedores del marido, durante la vigencia de la sociedad conyugal, podían accionar contra los bienes del marido o contra los sociales indistintamente. Disuelta la sociedad conyugal el asunto se complica: el acreedor tiene frente a sí una comunidad. Demandado el marido, solo podría embargar la cuota del marido. Ello, sin perjuicio de demandar la cuota de la mujer por su responsabilidad en las deudas sociales .

LA SIMULACIÓN, EL DOMICILIO CONVENCIONAL Y LA CLÁUSULA DE COMPROMISO.-

 Una última problemática que deseo plantear es la siguiente. En un contrato simulado las partes establecen un domicilio convencional para cualquier efecto o cuestión sobre la validez, nulidad, aplicación o interpretación del contrato. Una de las partes ejerce acción de simulación contra la otra a fin de que el Tribunal declare que no hubo contrato de ninguna especie (simulación absoluta) o para que haga salir a la luz el verdadero contrato (simulación relativa). ¿Cual deberá ser tenido como domicilio del demandado (para efectos de determinar el tribunal competente? ¿El domicilio real o el pactado en el acto simulado?

 Hay quienes estiman que el domicilio que debe ser tenido en cuenta ha de ser el real del demandado, pues sería contradictorio demandar la nulidad del contrato y al mismo tiempo, al hacerlo, estar dando aplicación a una cláusula del contrato . Se ha dicho que “si se admite a discusión la falta de sinceridad del contrato de compraventa, sin duda, está cuestionada también la voluntad consignada en la cláusula de domicilio especial. No se advierte cómo el demandante, sin vulnerar las normas de la lógica más elemental, pudiere pretender simulado el contrato de compraventa contenido en la escritura pública y sincera la cláusula de domicilio especial contenida en el mismo instrumento”

 Estimamos, por nuestra parte, que mientras una nulidad no es declarada judicialmente el acto es válido y por ende obligatorio: el domicilio allí convenido obliga a las partes. Demandar ante el tribunal del domicilio así definido no sería convalidar el contrato sino simplemente la única manera legal de ejercer la acción. Pues mientras el contrato no haya sido declarado nulo, es ley para las partes contratantes . Además según la fórmula normalmente usada, el domicilio convencional se pacta “para todos los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar”, y la acción de simulación es un acto judicial generado indirectamente por el “contrato” (que es verdaderamente tal mientras no se declare lo contrario, a causa de la presunción de sinceridad y buena fe que impone la carga probatoria en quien sostenga que el contrato era simulado).

 Agreguemos que nos parece perfectamente atendible que el contrato haya sido simulado pero en la cláusula de domicilio haya habido un consentimiento real y efectivo. Mal que mal las partes celebran el contrato simulado siempre con la inquietud soterrada en orden a que eventualmente tendrán que alegar esa simulación. ¿Por qué pensar que el domicilio convenido no fue el realmente deseado por las partes? Adicionalmente pensamos que nuestra tesis tampoco contraría el imperativo de que los contratos deben ejecutarse de buena fe (articulo 1546). Al contrario. Sería una ejecución de mala fe considerar como domicilio uno distinto al que -a nuestro juicio sinceramente- fue convenido .

 Planteo el problema sobre la base de otra hipótesis. Se celebra una sociedad simulada. En una de sus últimas cláusulas se establece que cualquier dificultad que surja entre lo socios, con ocasión de la validez o nulidad o la aplicación o interpretación del contrato de sociedad, será de conocimiento de un juez árbitro que se designa. Entonces, esa cláusula arbitral simulada, ¿dará competencia al árbitro?. En parte la respuesta debe partir por dilucidar si ese nombramiento de árbitro era efectivamente simulado. No nos parece que deba serlo necesariamente. Más bien nos parece que si la sociedad era simulada, la intención de las partes fue precaverse de algún abuso que un socio intentare perpetrar escudándose en el acto ostensible pero ficticio. Si esa fue la intención no debemos guardar dudas de que la cláusula compromisoria fue absolutamente real y por ende la competencia del juez árbitro no debiera ser desconocida.