

El negocio jurídico indirecto y las relaciones de familia

Por

María Victoria Santangelo

Sumario: A. Concepto. B. ¿Por qué o para qué se utiliza el negocio indirecto? C. Ejemplos de negocios jurídicos indirectos D. Origen y antecedentes. E. El negocio indirecto ¿es una figura jurídica autónoma? F. Diferencias con el negocio simulado. G. Diferencia con el negocio fraudulento. H. Diferencia con el negocio de fiducia o fiduciarios. I. Licitud o ilicitud del negocio jurídico indirecto. J. El negocio jurídico indirecto en las relaciones de familia y de derecho sucesorio. a) El negocio indirecto frente al régimen patrimonial del matrimonio y el derecho sucesorio. b) El negocio indirecto y las uniones de hecho. K. Colofón.

A. Concepto

El negocio jurídico supone un precepto normativo a través del cual se realizan los intereses humanos, sean estos de contenido patrimonial o extrapatrimonial. De ordinario, la finalidad jurídica y la finalidad empírica confluyen en un acto jurídico concreto, el que cumplirá su ciclo vital dentro de la regulación prevista. Es más, la tipicidad del negocio se sostiene en la idea que quien lo celebra tiene en la mira la obtención del fin objetivo típico del respectivo negocio y a este endereza el fin que, subjetivamente lo pueda impulsar¹.

La causa no está ausente de la conformación del negocio, es un presupuesto del acto, requisito de toda conducta humana a los fines de su encuadramiento en el plexo normativo².

Al respecto Zannoni menciona que por causa debemos entender la razón, los motivos, la finalidad -en suma- que impulsa a los celebrantes del negocio. En ese punto es importante destacar que el acto jurídico es, como tal, causa fuente de la relación jurídica que se establece, modifica o extingue entre las partes, pero simultáneamente, como el reverso de la medalla, esa relación jurídica

¹ Giavarino, Magdalena B. "El negocio jurídico indirecto: dogmática versus pragmatismo". *Revista Jurídica de la Universidad de Lomas de Zamora*, N° 3, 20 años 1986-2006, p. 63.

² Giavarino, Magdalena B., ob. cit., p. 64.

obedece a un fin apetecido por los sujetos y, desde este último punto de vista, toda relación jurídica presupone una finalidad, una causa, es decir, que constituye una regulación cuyo fin es a satisfacción adecuada de un interés³.

A diferencia de los negocios jurídicos directos, que tienen por objeto la obtención inmediata del resultado con el negocio mismo, los indirectos exigen el empleo de un procedimiento oblicuo para alcanzar el resultado, que no se podía obtener directamente⁴.

La doctrina entiende que: *"Hay negocio jurídico indirecto cuando las partes recurren en el caso concreto a un negocio concreto determinado, para alcanzar consciente y consensualmente por su medio fines diversos de aquellos típicos de la estructura del negocio mismo"*⁵.

Estos negocios se caracterizan por el empleo de un negocio para la consecución de fines que se obtienen normalmente por otros caminos⁶.

Se construye de esa forma un negocio nuevo, mediante la utilización del negocio típico como medio para obtener una finalidad propia y particular de las partes.

Para configurar un negocio jurídico indirecto resultan necesarios estos elementos: a.- un negocio medio, de ordinario concebido y abordado por la legislación, que sería el que las partes celebraran formal y expresamente, y b.- un resultado, que, manifestado o no en el cuerpo de aquél, no se enlazaría con ninguno de los efectos que le fueran ordinarios⁷.

b. ¿Por qué o para qué se utiliza el negocio indirecto?

Se ha dicho que el fenómeno del negocio jurídico indirecto se debe a la necesidad de encontrar nuevas soluciones jurídicas que se adapten a la diversidad de circunstancias que aparecen en el mundo de los negocios que no pueden

³ Zannoni, Eduardo. "Conferencia del 2 de abril de 1981 en la Universidad Notarial Argentina, Delegación Córdoba", en *Revista Notarial del Colegio de Escribanos de Córdoba*, 1981, pp. 25-42.

⁴ CNac. Civ., Sala C, 30/06/77, ED 74-456.

⁵ De Castro y Bravo Federico. *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, p. 447.

⁶ Rubino, Domenico. "El negocio jurídico indirecto", Rodríguez Arias (trad.), *Revista de Derecho Privado*, Madrid.

⁷ Gabriel de Reina Tartiere en Ponencia presentada en la Comisión N° 1 de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 22, 23 y 24 de septiembre de 2005.

atenderse mediante los tipos tradicionales, porque se requiere la constitución de relaciones jurídicas distintas, adaptadas a la actualidad⁸.

Otros lo simplifican mencionando que se recurre a este tipo cuando se desea conseguir un resultado prohibido o cuando no existe esquema negocial directo o no se quiere adoptar el existente.

La doctrina italiana expresaba que son las exigencias de la realidad jurídica en cada momento histórico las que impulsan a los hombres a buscar dentro de los viejos institutos jurídicos la satisfacción de nuevas necesidades⁹.

La facultad de las partes de recurrir a este tipo de negocios tiene su origen en la autonomía de la voluntad, la que debe ejercitarse dentro de límites que establece el orden público.

El principio de la autonomía de la voluntad tiene base normativa en dos órdenes: uno constitucional en el artículo 19 de la Constitución Nacional y uno de derecho interno en el art. 53 y en el art. 1197 del Código Civil que sostiene que "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma". Además dicho Código reconoce que las partes pueden crear libremente sus contratos, al distinguir en el art. 1143 entre los contratos típicos (nominados) y atípicos (innominados)¹⁰.

c. Ejemplos de negocios jurídicos indirectos

La doctrina ha señalado ejemplos de negocios jurídicos indirectos los siguientes:

Así se menciona a la compraventa, cuando desvirtuando su función económica social, es utilizada como garantía para preservar el cumplimiento de un contrato, realizándose un pacto de retroventa con esa finalidad¹¹.

⁸ Lavallo Cobo, Jorge Aira, Verónica Andrea. "Negocio jurídico indirecto", *La Ley*, 2006, F-952.

⁹ Ascarelli. "Il negozio indiretto e le società commerciali", en los *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, I Roma del Foro Italiano, 1931, pp. 23 yss. Citado por Boretto Mauricio "asociación bajo forma de sociedad: asociación o sociedad", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2004-3, p. 49.

¹⁰ Lavallo Cobo, Jorge y Aira, Verónica Andrea. "Negocio jurídico indirecto", *La Ley*, 2006 F, 952.

¹¹ En el derecho comparado: en Venezuela la justicia debió resolver un planteo de nulidad de un pacto de venta con retroventa en garantía de un préstamo. Posteriormente el "adquirente" se negó a recibir el pago ya que se debían los intereses y la "trasmitente" accionó por simulación. La demanda fue rechazada entiendo que no existió simulación alguna y que se trataba de un///

En otro sentido, existen algunos casos, *donde la venta se utiliza como un modo indirecto de donación, cuando la misma tiene por cierto, fines lícitos. Este supuesto ha provocado importantes problemas de interpretación, especialmente cuando se trata de saber si resultaría posible utilizar la facultad de revocación en caso de ingratitud, sobre todo frente a una estructura formal que materializa un acto a título oneroso, aunque detrás del mismo sea factible advertir una liberalidad*¹².

Otro caso mencionado refiere al otorgamiento de poderes irrevocables para la venta de un bien, sin cargo de rendición de cuenta, que puede equivaler a supuestos de transmisión de bienes a título oneroso. En este caso, el mandatario se encontrará investido de poderes reales sobre la cosa en igualdad de condiciones que el propietario de la misma.¹³

El reconocimiento de deuda se lo suele emplear como una manera de hacer un legado o una donación o de resolver una determinada situación de hecho mediante el empleo de un negocio con fines específicos distintos.

La jurisprudencia ha referido en varias oportunidades -y largo se ha escrito al respecto- aquellos supuestos en que una donación aparece simulada en un contrato de compraventa.

Por último la doctrina extranjera menciona dentro de ejemplos de negocio jurídico indirecto a la controvertida figura de la sociedad anónima de un solo socio.

d. Origen y antecedentes

El concepto de negocio jurídico indirecto aparece por primera vez en la doctrina alemana.

El primer autor que señaló la existencia de negocios en los cuales las partes ingresaban con finalidades distintas de las normalmente perseguidas por medio de ellos fue Ihering, quien destacó que en el derecho romano existían negocios aparentes, en los cuales la utilización de formas sacramentales

///*negocio indirecto lícito, TSJ Juzgado del Municipio Zamora de la circunscripción judicial del estado Miranda Guatire, 10/05/2005. Ver <http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2006/febrero/108-14-2048-05-.html>*

¹² Palmero, Juan C. "Negocio jurídico indirecto. Simulación de sociedad anónima", *La Ley*, 2005, E-1027.

¹³ Palmero, Juan C. "Negocio jurídico indirecto. Simulación de sociedad anónima", *La Ley*, 2005, E-1027.

permitía su utilización como medio para obtener finalidades ulteriores. Sosteniendo además, que “*solo la falta de una intención engañosa diferenciaba a esta figura de la simulación*”.¹⁴

En ese sentido, Khöler¹⁵ señalaba que la existencia de negocios en los cuales, aún queriendo producir lo que expresa él mismo, se intenta llegar ulteriormente a un resultado ajeno al medio empleado partiendo de dos preposiciones: el aspecto jurídico de los negocios causales que puede o no coincidir con el aspecto económico.

Posteriormente la doctrina italiana es quien toma esta noción para otorgarle forma y desarrollarla.

Así Ferrara¹⁶ se referirá al negocio indirecto u oblicuo. Tiempo después Ascarelli¹⁷ será quien se destaque en el abordamiento de la problemática al enfocar su estudio en las sociedades de comodo o de conveniencia.

Otro jurista destacado en el derecho italiano que se dedicó al estudio del tema fue Rubino,¹⁸ quien centra su atención en el resultado indirecto en cuanto matriz del negocio, el cual define como un “resultado de aspecto jurídico exactamente individualizado ajena al negocio utilizado en el caso concreto, y que, cuando este negocio recibido completa ejecución, sustituirá en todo o parte al resultado inmediato del mismo”.¹⁹

¹⁴ Lavallo Cobo, Jorge y Aira, Verónica Andrea. “Negocio jurídico indirecto”, *La Ley*, 2006, F-952.

¹⁵ “Khöler, Joseph. “Studien über mental reservation und simulation”, 1878, XVI, p.140 y ss. citado por Gabriel de Reina Tartiere en Ponencia presentada en la Comisión, N° 1 de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 22,23 y 24 de septiembre de 2005.

¹⁶ Ferrara. “I negozi fiduciari” en *Studi in onore di Vittorio Scialoja nel XXV aniversario del suo insegnamento*, Il Milan, Ulrico Hoeple, 1905, p. 739 y ss. Citado por Gabriel de Reina Tartiere en Ponencia presentada en la Comisión, N° 1 de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 22, 23 y 24 de septiembre de 2005.

¹⁷ Ascarelli. “Il negozio indiretto e le società commerciali”, en los *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, I Roma del Foro Italiano, 1931, pp. 23 y ss. Citado por Gabriel de Reina Tartiere en Ponencia presentada en la Comisión N° 1 de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 22, 23 y 24 de septiembre de 2005.

¹⁸ Rubino. “El negocio jurídico indirecto con traducción de Rodríguez Arias”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1953.

¹⁹ Gabriel de Reina Tartiere en Ponencia presentada en la Comisión N° 1 de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 22, 23 y 24 de septiembre de 2005.

e. El negocio indirecto ¿es una figura jurídica autónoma?

En relación con el tema de la regulación de los negocios jurídicos indirectos, existen dos corrientes contrapuestas, entre quienes niegan por completo la existencia del negocio jurídico indirecto como instituto autónomo dentro del derecho privado y por el otro, aquellos que entienden que debe considerárselo como un instituto autónomo en el tratamiento general de los actos jurídicos, sobre la base de una clasificación relacionada con sus efectos.

La primera tesis parte de la idea que el fin ulterior constituye una consecuencia que se desprende de la causa fin del acto jurídico, y que al materializarse este objetivo indirecto o transversal por parte de quien lo ejecuta, tal resultado permanece ajeno al derecho, siempre y cuando no implique una causa ilícita o contraria a la ley.²⁰

Sostiene a ese respecto Messineo que no corresponde reconocerle autonomía a la figura del negocio jurídico indirecto,²¹ atento que esas consecuencias o efectos se exteriorizan fuera del ámbito de lo estrictamente técnico.

Estos autores se refieren a la inutilidad de estos conceptos, porque antes de ser utilizado en forma diferente, el negocio indirecto es un acto perfectamente típico, al cual el derecho asigna una función económica en razón de su propia causa fin.

La doctrina mayoritaria concluye que no es una figura jurídica autónoma toda vez que las finalidades perseguidas por las partes -que exceden la causa típica del negocio jurídico utilizado para alcanzarlas- no adquieren relevancia jurídica y en consecuencia, no son idóneas para calificar una nueva figura de negocio.²²

Contrariamente a ello, se encuentran quienes sostienen que el negocio jurídico indirecto constituye una categoría jurídica con autonomía institucional propia dentro de la teoría de los actos jurídicos.²³

²⁰ Domineddo, F. "La costituzione fittizia delle anonime", en *Riv. Dir. Comm.*, 1936, T. II, p. 358, citado por Lavallo Cobo y Jorge Aira, Verónica Andrea. "Negocio jurídico indirecto", *La Ley*, 2006, F-952.

²¹ Messineo, F. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, E.J.E.A., T. II, p. 446, citado por Lavallo Cobo, Jorge y Aira, Verónica Andrea. "Negocio jurídico indirecto", *La Ley*, 2006, F-952.

²² Quinteros, Fernando Germán y Rodríguez Fernández, Marcelo Enrique. Ponencia presentada en la Comisión N° 1 de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 22, 23 y 24 de septiembre de 2005.

²³ Ascarelli, T. "Contratto misto, negozio indirecto, negotium mixtum cum donatione", *Riv. Dir. Comm.*, 1930, T. II, p. 462, citado por Lavallo Cobo, Jorge y Aira, Verónica Andrea. "Negocio jurídico indirecto", *La Ley*, 2006, F-952.

f. Diferencias con el negocio simulado

El acto simulado es un negocio aparente, ficticio, no querido como tal por las partes; y cuando existe un negocio oculto, disimulado, real, la simulación pretende presentarlo en forma distinta de la que le corresponde.²⁴

Ese negocio jurídico falso, insincero en todo o en parte, aparente, busca generar en los terceros la certeza de la realización del fin típico, cuando en realidad, la finalidad buscada por las partes, es otra. A su vez, esta última puede realizarse por la celebración de otro acto real, oculto que satisface las verdaderas intenciones de las partes.²⁵

Aun cuando a esta altura el negocio indirecto parecería asimilarse en todo al negocio simulado, la doctrina mayoritaria distingue ambos conceptos.

En el negocio jurídico indirecto el negocio es querido por las partes aunque ellas lo realizan para alcanzar un resultado ulterior que excede -que es ajeno- a su función económica típica. En el acto simulado, en cambio las partes no quieren, en realidad sus efectos, se valen de su apariencia para realizar el negocio oculto, disimulado.²⁶

El negocio indirecto no pretende provocar una creencia engañosa, sino ser el medio de un fin ulterior.

Algunos autores afirman que tal distinción no es tal en los casos de simulación relativa.

Para Zannoni el negocio indirecto es un género que abarca diversos casos en que se acude a él para otro fin. En la simulación se utiliza la vía del negocio aparente, falso mientras que en el negocio indirecto propiamente dicho se acude a un negocio real. En ambos casos el negocio es un medio para conseguir un resultado diferente de aquel que por naturaleza está destinado a producir.²⁷

Por ello, este autor considera que debería contraponerse los negocios indirectos simulados a los negocios indirectos reales.

²⁴ Zannoni, Eduardo A. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 356.

²⁵ Giavarino, Magdalena B., *ob. cit.*, p. 65.

²⁶ Zannoni, Eduardo A., *ob. cit.*, p. 356.

²⁷ Zannoni, Eduardo A., *ob. cit.*, p. 357.

g. Diferencia con el negocio fraudulento

El negocio fraudulento es un negocio jurídico real, querido por las partes, pero que en su proyección hacia los terceros resulta antifuncional. No hay un mero engaño como en la simulación, sino un ardid defraudatorio, un perjuicio, un daño que se traduce tanto en la lesión al patrimonio del acreedor, afectando la garantía del crédito como en una burla a la legislación.

El fraude en general, consiste en hacer que opere una norma jurídica con el fin o el propósito de eludir, evitar, la aplicación de otra. Se dice pues, que un acto jurídico es fraudulento, cuando si bien sus otorgantes obran legitimados formalmente en una norma legal en realidad, eluden otra u otras que les impedirían obtener el resultado o fin práctico que se proponen.²⁸

El negocio fraudulento se califica tal por su resultado dañoso, lo que de por sí configura una situación ilícita, un apartamiento del derecho.²⁹

El negocio fraudulento es siempre atacable por la ilicitud de su resultado.

h. Diferencia con el negocio de fiducia o fiduciarios

Se consideran negocios fiduciarios los que determinan una modificación subjetiva de la relación jurídica preexistente y el surgimiento simultáneo de una relación: la modificación subjetiva en la relación preexistente consiste en la transmisión plena del dominio u otro derecho efectuado con fines de administración, facilitación de encargos o garantía, que por sí mismos no exigirían la transmisión; y la nueva relación que surge simultáneamente con aquella transmisión consiste en la obligación que incumbe al adquirente de restituir el derecho al transmitente o de transferirlo a una nueva persona, una vez realizada la finalidad, todo por la confianza que el transmitente dispensa al adquirente.³⁰

El negocio de fiducia tiene como característica principal la confianza que tiene una de las partes con respecto de la otra, quien detenta el poder de abuso sobre los bienes transmitidos.

La doctrina señala algunas diferencias entre ambos conceptos³¹: a) el negocio fiduciario puede ser abstracto o causado, mientras que el negocio indirecto es

²⁸ Zannoni, Eduardo A. *Código Civil Comentando, Anotado y Concordado*, p. 428 y s.

²⁹ Giavarino, Magdalena, ob. cit., p. 65.

³⁰ Rubino, Domenico, ob. cit., p. 25.

³¹ Quinteros, Fernando Germán y Rodríguez Fernández, Marcelo Enrique. Ponencia presentada en la Comisión N° 1 de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 22, 23 y 24 de septiembre de 2005.

siempre causado; b) en la estructura del negocio fiduciario siempre está presente la traslación dominial de los bienes, mientras que en el negocio indirecto dicha traslación puede faltar.

Por ello, **pueden existir negocios fiduciarios que sean negocios indirectos pero no todo negocio fiduciario es un negocio indirecto, ya que los conceptos no son completamente identificables entre sí.**

El contrato de fideicomiso regulado por la Ley 24.441 tiene como función o finalidad jurídica la constitución de un dominio fiduciario para la consecución de la finalidad perseguida por las partes, la que se alcanzará a través del ejercicio de dicho dominio a favor del beneficiario. Una de las principales características del contrato es que los bienes fideicomitidos conformarán un patrimonio afectado a la consecución de determinado fin.

La finalidad perseguida por las partes integra la causa o función típica del fideicomiso, nunca sale de ese ámbito y por ende no la excede. En ese sentido, la finalidad determinará: la facultad del fiduciario de disponer o gravar los bienes fideicomitidos, provocará la extinción del fideicomiso, etc.

En las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires los días 22, 23 y 24 de septiembre de 2005 se resolvió por mayoría que el fideicomiso de la Ley 24.441 por ser una figura típica, no constituye un negocio jurídico indirecto.

i. Licitud o ilicitud del negocio jurídico indirecto

Siendo la vía indirecta una modalidad negocial y no una categoría autónoma del negocio jurídico, la ilicitud o licitud del mismo no estará dada por la metodología operativa, sino por la licitud o ilicitud de la causa motivo o del fin perseguido.

En ese sentido, el proyecto de Código Civil (Decreto 685/96) en su art. 382 establece: "Un acto jurídico celebrado para obtener un resultado que es propio de los efectos de otro acto, es válido si no se otorga para eludir una prohibición de la ley o para perjudicar a un tercero".

j. El negocio jurídico indirecto en las relaciones de familia y de derecho sucesorio

El negocio jurídico indirecto como modalidad negocial sea en su forma lícita o ilícita, se encuentra presente en las relaciones familiares y sucesorias.

Mayoritariamente observaremos que la presencia de este tipo de negocios se relaciona con institutos del derecho de familia y del derecho sucesorio con una fuerte presencia del orden público, como son el régimen patrimonial del matrimonio y la protección de la legítima.

También notaremos que existe una fuerte aparición de ellos en los caso de las uniones de hecho o convivencia de pareja donde, frente a la falta de previsión normativa las partes acuden a la realización de negocios que se vislumbran como un medio para el logro de otros fines: ya sea de protección o de resguardo de los bienes adquiridos en conjunto por los integrantes de la pareja.

a) El negocio indirecto frente al régimen patrimonial del matrimonio y el derecho sucesorio

En materia sucesoria y del régimen patrimonial del matrimonio el debate se presenta en los casos de las llamadas "sociedades de comodo" o de conveniencia. En ellas, teniendo en cuenta la pluralidad de socios exigida como requisito por la ley de sociedades se constituye la misma mediante una declaración real de voluntad unilateral a la que se agrega como negocio indirecto la intervención de una segunda persona, aparente socio, un testaferro o la figura del hombre de paja.

Parte de la doctrina sostiene que de no ser pensada la sociedad para perjudicar a terceros -lo que importaría una ilicitud y teñiría su funcionalidad de actividad ilícita en cuanto a alguien perjudicara- la constitución de una sociedad aparentando dos o más socios, implicaría un actuar en contra del ordenamiento jurídico en la forma que se intentó disciplinar un acto por razones técnicas, que normalmente -pero no necesariamente, implica una finalidad contraria a la ley, y no es siempre un negocio ilícito como el fraude a los acreedores de uno de los contratantes³².

Algunos autores mencionan que estos casos lo importante es que: la suposición de dos socios queda evidente, el control externo absoluto es manifiesto y genético, lo que despeja toda duda en cuanto a la responsabilidad del socio único o socio controlante ante la insuficiencia de patrimonio de la nueva sociedad o de cualquier intento de interponer su personalidad para perjudicar a algún tercero. Incluso la responsabilidad se extendería al socio de cómodo que facilitó la actividad del controlante.³³

³² Messineo, Francesco. *Teoría general del Contrato*, Buenos Aires, EJE, 1952, p. 3.

³³ Richard, Efraín Hugo y Richard, Soledad. "Sociedades comerciales y transmisión hereditaria (el conflicto entre organización empresaria-societaria y derecho sucesorio). Derecho de Familia", ///

Entonces, siguiendo esta línea de pensamiento se menciona que: en el caso de sociedad "de cómodo", no puede hablarse de simulación porque no hay nada de simulado en el uso de un instrumento jurídico (sociedad por acciones) para lograr el fin, no fraudulento, de ejercitar el comercio individual bajo el régimen de responsabilidad limitada; los fundadores quieren, seria y efectivamente, la creación de la sociedad persona jurídica, la formación y existencia de un patrimonio social distinto de aquel del socio, obteniendo la titularidad de las acciones para estar en condición de transmitir las, después, a la persona para ventaja de la cual la sociedad es pre-ordenada. La sociedad, por tanto, existe formal y sustancialmente y la pluralidad de socios, en la articulación del acto constitutivo, no falta, aunque posteriormente falte por la concentración de las acciones en una sola mano.³⁴

Este mismo tema se presenta en relación a la posibilidad que mediante la constitución de una sociedad de estas características se viole el régimen patrimonial del matrimonio.

En el caso *Fracchia Raymond S.R.L.* que fue resuelto por la Sala E de la Cámara Comercial de la Nación el 03/05/2005³⁵ se presentó una serie de hechos que motivaron una expresa solución al caso en concreto que mereció elogios y críticas de la doctrina especializada.

La Sra. Fracchia solicitó la inscripción de una sociedad de responsabilidad limitada con un capital de \$10.000, dividido en 10.000 cuotas; que se encontraba integrada por aquella, quien aparecía como titular de 99.999 cuotas, representativas del 99,9999% del capital social, y su abogada como titular de 1 sola cuota social, representativa del 0,0001 del capital referido.

La apoderada de la sociedad había reconocido que la misma constituía un emprendimiento inmobiliario unipersonal de la socia Fracchia, quien recurrió a esta vía como único modo de obtener el beneficio de la limitación de responsabilidad por los riesgos que supone el negocio.

La Inspección General de Justicia denegó la inscripción sosteniendo que debía rechazarse, en el caso, la posibilidad de recurrir al llamado "negocio jurídico

///Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 32, Familia y Derecho Comercial Noviembre-Diciembre de 2005, Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, p. 108.

³⁴ Richard, Efraín Hugo y Richard. "Soledad Sociedades Comerciales y Transmisión Hereditaria (el conflicto entre organización empresaria-societaria y derecho sucesorio). Derecho De Familia", *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 32, Familia y Derecho Comercial Noviembre-Diciembre de 2005, Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, p. 109.

³⁵ "C. Nac. Civ. Sala E, 3/3/2005, "Fracchia Raymond S.R.L.", 72.348/04, JA, 2005, III-776.

indirecto" en la constitución de sociedades anónimas con el fin de limitar la responsabilidad de sus integrantes; y concluyó que la constituida en el caso era una sociedad simulada, que nada tiene de tal; que la simulación debía considerarse absoluta e ilegítima; y que la aceptación de la sociedad unipersonal en otros países no podía conducir a la tácita derogación de previsiones legales que exigen la pluralidad de integrantes como requisito de existencia de toda sociedad.

Fracchia S.R.L. ocurrió ante la Justicia. La demandante sostenía que se trataba de negocio jurídico indirecto y no de un caso de simulación.

Para la Fiscal General de Cámara la ley de sociedades establece como requisito esencial para su constitución, la pluralidad de otorgantes (arts. 1, 11 y conc. Ley 19.550. A tenor de las normas mencionadas, estimó que está vedada en nuestro derecho la constitución de sociedades de cómodo. Por lo tanto, consideró que debía confirmarse la resolución del juez a quo que había rechazado la demanda.

Se entendió que en el caso no existía negocio jurídico indirecto porque el mismo exige como presupuesto un negocio causal típico, realmente querido por las partes, aún cuando persiga fines diversos de aquel, y este recaudo difícilmente puede considerarse satisfecho ante la propia ausencia genética de voluntad de asociarse y de participar en un emprendimiento común y además la validez se encuentra sujeta a que la causa final del acto merezca el reconocimiento y la tutela del ordenamiento jurídico.

En nuestra opinión y desde el punto de vista del derecho sucesorio y de la protección del derecho a la ganancialidad, no podemos dejar de vislumbrar que cuando se vinculan estas materias, existe una fuerte presunción de acto realizado para perjudicar derechos del heredero o del cónyuge y que la línea divisoria entre el acto fraudulento y el negocio indirecto no es tan clara. O bien, que nos encontraremos en la mayoría de los casos frente a actos o negocios indirectos ilícitos.

Guastavino³⁶ cita algunos ejemplos de negocios indirectos en temas de derecho de familia y sucesorio.

Entre ellos se menciona la institución de heredero que realiza el causante a favor de quien es su hijo pero no fue reconocido como tal, cuando pretende otorgarle los derechos patrimoniales que le corresponden sin realizar el acto de reconocimiento. (sin que existan obviamente terceros perjudicados)

³⁶ Guastavino, *Pactos sobre herencias futuras*, Buenos Aires, Ediar, 1968, p. 442 y ss.

Desde ya advertimos que si bien el acto de la institución sucesoria en sí mismo, no contraría disposición alguna, a luz de la normativa del Código Civil y los Derechos Constitucionales en juego, la omisión de reconocimiento de la filiación que encierra importa de por sí, un hecho antijurídico que descalificaría el acto indirecto.

Desde ya que excede este trabajo, pero debe recordarse que el reconocimiento de hijos no importa una facultad librada a la voluntad de la persona sino un verdadero deber jurídico que conlleva sanciones legales en caso de su infracción por violentar el derecho a la identidad de la persona que se encuentra reconocido en numerosas normas de derecho constitucional y de derecho interno.

En cuanto a la jurisprudencia La Cámara Segunda Civil y Comercial de Santa Fe³⁷ tuvo la oportunidad de resolver un caso en donde existió un negocio indirecto, con una especial circunstancia de hecho que tenía como eje una relación de familia.

El Sr. Golbert suscribió boleto de compraventa con el Sr. Segal por el cual le vendía un inmueble de su propiedad con la obligación de realizar la escritura traslativa de dominio correspondiente en el plazo de 360 días.

Vencido el plazo y siendo intimado este, sin cumplir con ello el Sr. Seagal inicia juicio de escrituración contra el primero.

Al contestar demanda, el vendedor plantea una curiosa defensa: sostiene que la demanda debe ser rechazada porque el boleto de compraventa fue un acto simulado.

Argumenta que existía un grave conflicto con su cónyuge, el cual determina que esta le iniciara juicio de divorcio donde se le trabó además una inhibición general de bienes que perjudicaba notoriamente su ejercicio comercial.

Frente a ello sostuvo que debió llegar a un arreglo con su cónyuge quien se avino a suspender el trámite del juicio de divorcio y a levantar la inhibición de bienes a cambio de otorgarle "una garantía de su conducta como esposo" y por ello suscribió el boleto de compraventa con Seagal quien era yerno de ambas partes, y hombre de confianza y afecto de su mujer. Asimismo teniendo en cuenta las características de la causa del negocio y de las partes involucradas era imposible el otorgamiento de un contradocumento.

³⁷ Cámara 2º Civil y Comercial de Santa Fe, "Segal Osías c. Golbert Julio", 17/12 /1954, *Revista Juris*, T. 6, Enero-Junio de 1955, p. 263.

La acción fue admitida en ambas instancias y se condenó a Golbert a escriturar.

Sin perjuicio de ello, el fallo de la Cámara realiza un interesante estudio de los hechos y del encuadre del negocio realizado.

A pesar que los hechos no fueron estricta y acabadamente probados, existían fuertes indicios que hacían pensar que lo relatado por el demandado guardaba cierta veracidad con lo acontecido a saber: a) algunos testigos corroboraban lo sucedido b) el hecho que el Sr. Golbert continuó en la administración del bien sin oposición alguna del adquirente c) el extensísimo plazo para escriturar, sin que estuviera justificado d) la radicación de un nuevo juicio de divorcio luego de vencido ese plazo e) la actitud contradictoria respecto de la inclusión o no del bien en el expediente de divorcio por parte de la cónyuge de Golbert. f) La preocupación que la cónyuge había expresado respecto de una deuda hipotecaria que pesaba sobre el inmueble cuando esta conocía que había salido del patrimonio de su marido.

La Cámara entonces realiza entonces un correcto encuadre del negocio realizado. Rechaza la simulación, para hablar de un negocio indirecto que involucra dos de sus especies: la fiducia y la interposición de persona.

Golbert transmite el bien a Segal “en garantía de su buena conducta” debiendo presuntamente transmitirlo a la cónyuge del primero, de incumplirse lo pactado.

En realidad no se buscaba la transmisión dominial del bien sino garantizar una conducta determinada de un de los cónyuges hacia el otro.

b) El negocio indirecto y las uniones de hecho

En los casos de uniones de hecho el negocio indirecto se presenta mayoritariamente bajo las especie de la interposición de personas.

En la interposición real de personas no hay simulación porque el transmitente ignora que ha tratado con el testaferro de un tercero. En este supuesto no hay acto simulado, porque el acto es real y surte todos los efectos entre las partes, sin perjuicio de las relaciones existentes entre el adquirente y su mandante oculto, las que son para el enajenante *res inter alios acta*. El transmitente quiere enajenar el bien a favor del adquirente y no del mandante oculto.³⁸

³⁸ Zannoni, Eduardo A. *Ineficacia y Nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 370.

Cuando un integrante de la pareja es quien figura como único adquirente de un bien, pero lo realiza con fondos en todo o en parte del otro integrante de la pareja, la jurisprudencia ha sostenido que nos encontramos frente a un negocio indirecto calificable como interposición de persona.

Así se ha resuelto que: "La interposición de personas es un acto indirecto, en el cual para la consecución de un fin se utiliza una vía oblicua, es decir, no se toma la vía normal; a diferencia del contrato de compraventa simulado, el contrato de venta es real pero el comprador utiliza una persona interpuesta. En este caso, en lugar de comprarse en condominio se compró a nombre de la concubina".³⁹

Siguiendo la misma línea Kemelmajer de Carlucci sostiene que: "la interposición real, supone que el tercero interpuesto adquiere efectivamente el bien o derecho que se le transmite, aunque en realidad lo hace como mandatario oculto del verdadero titular en la adquisición, ignorándolo el enajenante. Este último caso no está comprendido en el art. 955. En otros términos, en la interposición real de personas no hay simulación pues el transmitente ignora que ha tratado con el testaferra de un tercero; no hay acto simulado puesto que entre las partes (enajenante y adquirente) el acto es real y surte todos sus efectos. El *tradens* quiso enajenar el bien a favor del *accipiens*, y no del mandante oculto. Por eso el mandante oculto que quiera fijar el destino final de los bienes de su patrimonio tiene que recurrir no a una acción de simulación contra los intervinientes del acto de constitución, sino a los que correspondan a las vinculaciones que unieron a quien figuró como adquirente y quien era el sujeto real del interés, vale decir, el demandante funda su derecho no en el acto originario de transmisión de bienes sino en el convenio (sociedad oculta condominio).⁴⁰

Las acciones judiciales que se presentan en estos casos se dan un doble orden: aquellas que traban entre los miembros de la pareja, a fin que se reconozca la realidad de la titularidad de los bienes adquiridos, o bien aquellas que tienen su fundamento en atacar aquel acto que mediando una vía indirecta bajo la interposición de personas lesiona derechos de terceros (acreedores, herederos, cónyuge de un miembro de la pareja).

³⁹ Cam. Nac. Civ. y Com. de San Isidro, 4 /7/ 2002, JA, 2003, I-86.

⁴⁰ Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Primeras aproximaciones al tema insolvencia y régimen de bienes en el matrimonio", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, abril de 2002, *La Ley*, citando Suprema Corte de Mendoza, 15/12/1989 en ED 144-1154 en *Revista Derecho de Familia*, N° 5, p. 98, Sala 1° de la Sup. Corte de Just. de Mendoza, el 15/12/1989, en la causa N° 46291, caratulados: "O.H. en: 23928 v. M.A. p/ord. s/inc.". Libro de Sentencia 212, p. 493. Ver Mosset, Iturraspe, Jorge, "Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios", T. 1, N° 7, Buenos Aires, Ediar, p. 27/8; Bossert, Gustavo, "Bien adquirido por ambos concubinos y escriturado a nombre de uno de ellos", JA, 1979, III-296.

En estos últimos casos, el objeto del acto indirecto es ilícito y por la tanto la parte perjudicada puede pedir la revocación del mismo. En sentido existen numerosos casos jurisprudenciales en los cuales el acto indirecto estaba dirigido a burlar los derechos de quienes pudieran reclamar alimentos o derechos sucesorios⁴¹ o bien tendientes a proteger al cónyuge perjudicado en su derecho a la ganancialidad.

k. Colofón

El tema elegido para el presente trabajo, no es de aquellos que resultan sencillos para esbozar una conclusión. Ello sucede así desde varios aspectos: lo novedoso del tema, la gran controversia en la doctrina al respecto de su calificación, su distinción con otras figuras, su movilidad.

Considero que tal como se resolvió en las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil el negocio indirecto no es una categoría autónoma sino una modalidad negocial. Esta modalidad negocial puede tener fines lícitos o ilícitos.

Ahora bien, frente al derecho de familia y al derecho sucesorio que contienen numerosas normas de protección de carácter imperativo, puede también sostenerse que resultará bastante dificultoso que no se vulneren derechos de terceros.

En la discutida "sociedad de comodo" si bien podrán existir casos en los cuales la intencionalidad principal de creación de la sociedad no sea defraudar derechos del cónyuge o los herederos, creemos que aún sin ese elemento subjetivo, los derechos se verían notoriamente afectados.

Por otro lado, en las uniones de hecho, donde el legislador no ha intervenido -todavía- es más frecuente la utilización de la figura por el juzgador a fin de develar la causa final del negocio y reconocer los derechos que le pertenecen a las partes.

Como palabras finales, podría mencionarse que el presente trabajo no abarca ni podría la totalidad de la temática y de las opiniones doctrinarias al respecto, teniendo en cuenta que se trata de un tema en constante evolución.

⁴¹ C. Nac. Civ., Sala D, 14/11/1990, "Perrone, Luis v. Perrone, Francisco -suc.- y otros", JA, 1991, II-434. En el caso, la concubina del causante figuraba como titular de numerosos bienes que era presumiblemente de este, quien mediante esa vía evitaba los reclamos alimentarios y luego hereditarios de un hijo extramatrimonial.