

Montevideo, veintiuno de diciembre de dos mil veintitrés

**VISTOS:**

Para sentencia definitiva, en estos autos caratulados: “**AA C/ BB Y OTRO - ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA LITIS - CASACIÓN**”, IUE: 2-21903/2020, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud del recurso de casación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia definitiva N° 51/2023 dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1° Turno.

**RESULTANDO:**

I) Por sentencia definitiva de primera instancia N° 4/2022 (fs. 386/395), de fecha 1° de febrero de 2022, dictada por la Dra. Virginia Ginares Echenique, a cargo del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 7° Turno, se falló: “*Ampárase parcialmente la demanda y declárase nula por simulación la escritura de compraventa celebrada el 15 de setiembre de 2003 entre los abuelos paternos del actor y los demandados respecto de la nuda propiedad de las unidades de propiedad horizontal N.º 003, 004 y 005, padrones individuales N.º 8324/003, 8324/004 y 8324/005, efectuando las comunicaciones pertinentes, sin especial condenación.*”

*En su mérito, deberán ampliarse las actuaciones sucesorias a efectos de incorporar los inmuebles en las relaciones de bienes de los Sres. CC y DD, con testimonios de la presente sentencia, cumplido lo cual podrá eventualmente la parte actora solicitar la entrega efectiva de la herencia.*

*Condénase a los demandados a reintegrar al actor en su calidad de único y universal heredero, todas las rentas percibidas desde la promoción de la demanda y hasta la efectiva entrega de los bienes, descontados los tributos nacionales o municipales y gastos debidamente documentados imputables al propietario (...)*”.

II) Por sentencia definitiva de segunda instancia N° 51/2023 (fs. 468/485), de fecha 8 de marzo de 2023, dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia 1° Turno (Sras. Ministras: Dras. María del Carmen Díaz Sierra (Red.), Beatriz Larrieu de las Carreras y Claudia Diperna Acosta), se falló: “*Revócase la sentencia de primera instancia, y en su mérito desestimase la demanda incoada en autos.*”

*Al recurso interpuesto por la parte actora, no ha lugar atento a que se desestima su demanda (...)*”.

III) A fs. 488/503 vto., compareció la parte actora e interpuso en tiempo y forma, recurso de casación contra la referida sentencia dictada por el “*Ad quem*”, en síntesis, expresó los siguientes agravios:

a) **Inaplicación del artículo 1561 del Código Civil.** Señaló que, en tanto en la sentencia atacada se sostuvo que los demandados admitieron haber simulado el contrato de compraventa celebrado en escritura pública (aun cuando la contraparte alegue que existe una donación encubierta), constituye un poder-deber para el Tribunal declarar la nulidad del negocio simulado.

Afirmó que estamos ante un caso de nulidad manifiesta, en tanto la simulación fue reconocida expresamente por los demandados. Por ello, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1561 del Código Civil, el Tribunal debió declarar la nulidad de oficio, confirmando el fallo de primera instancia que declaraba la nulidad de la compraventa.

Agregó que la cuestión relativa a declarar la nulidad de la compraventa quedó enteramente incluida en el objeto del proceso oportunamente fijado.

b) **Error de aplicación de los artículos 117 y 198 del CGP.** Denunció que el Tribunal cometió una gruesa tergiversación de los hechos alegados en la demanda y atribuyó al actor otros que jamás expresó, vulnerando los artículos 117 y 198 del CGP y, como consecuencia, invierte la carga de la prueba del negocio de donación, por lo cual aplicó inadecuadamente los artículos 137 y 139 del CGP.

Apuntó que en la sentencia impugnada se dice que lo que debía probar el actor es que no hubo donación o que ésta no fue válida, agregándose en la sentencia que el accionante explicitó en su demanda que el negocio se habría efectivizado. Al respecto, adujo el recurrente que jamás expresó que EE (padre de los demandados) fuese parte del contrato, ni que la voluntad de las partes era transferirle, venderle o donarle la nuda propiedad a éste. El Tribunal atribuye al actor un hecho que nunca alegó.

Añadió que, además, la Sala se contradice e incurre en falacias de razonamiento, pues traslada al promotor la carga de probar que no existió una donación, porque según la sentencia, el actor alegó que el negocio se efectivizó, pero luego argumenta que en la demanda no se invocó una simulación relativa, o sea, una donación disimulada, porque *“siquiera podía plantear la reducción de donaciones”*.

Afirmó que el Tribunal tergiversa de forma maliciosa la demanda, diciendo que el actor alegó que el negocio fue realmente efectivizado y que se transfirió la nuda propiedad, lo que es falso. La pretensión entablada consistió en la nulidad del contrato de compraventa por existir una simulación absoluta, es decir, que las partes se valieron de la apariencia del contrato para engañar a un tercero, en beneficio de DD y conservar así los bienes. Se dijo en la demanda que el principal indicio era el contexto histórico y que este negocio fue un eslabón de una cadena de actos mucho más grande, parte de una maniobra mayor.

Apuntó que, en el capítulo 7.4 de la demanda, expresó que resulta evidente que *“la causa del contrato, no era la ventaja o provecho de recibir los USD 47.000, ni podrá sostenerse, que se trataba de una mera liberalidad, que tenía una causa altruista o desinteresada, que fuere realizado como acto central y causa del contrato. Sino que la verdadera causa era sustraer el bien del acervo sucesorio de CC”*. Entonces, lo que se dijo en la demanda fue que el contrato carecía una causa lícita, una causa en sentido jurídico, según lo expresado por el art. 1287 del Código Civil. Se afirmó que no se trataba de una mera liberalidad, es decir, que no estábamos frente a una donación de la nuda propiedad.

Concluyó que el fin de la pretensión estaba claramente trazado, habiéndose hecho énfasis en que la voluntad primordial de los cónyuges CC - DD, la causa del contrato, no era vender ni realizar una liberalidad, sino burlar al actor, valerse de la apariencia del contrato de compraventa para engañar, en beneficio de uno de los cónyuges (DD).

c) **Incorrecta aplicación de los artículos 134 y 139 del CGP.** Expresó que, en el caso, conforme lo dispuesto en el art. 139 del CGP, era el demandado quien debía probar la existencia de una donación, cosa que no ocurrió. La parte actora no tenía la carga de probar que no existiera una donación, ya que jamás alegó su existencia, ni podría tener la carga de probar un hecho distinto al alegado. No sólo en cuanto a la naturaleza del negocio (simulación absoluta o relativa objetiva), sino en cuanto a la identidad de las partes (los demandados dicen que la parte del contrato fue su padre y no ellos). El Tribunal tergiversó los hechos invocados y le trasladó la carga de la prueba al actor.

Aseveró que, por otro lado, la impugnada recoge la alegación de los demandados según la cual ellos reconocen que no fueron partes del contrato, sino que su padre lo era. Al respecto, los demandados no ofrecieron ninguna prueba, salvo su propia declaración y la de su padre, quien se atribuye ser el beneficiario (art. 157 CGP).

Sostuvo que eran los demandados quienes tenían la carga de probar la existencia de una donación encubierta. Fue la parte actora quien aportó todos los medios probatorios a su alcance. Y, aun así, no hay indicios que permitan sostener que existió una voluntad de donar.

Apuntó, por otra parte, que en lo que respecta a que los demandados no habrían sido parte del contrato sino su padre, la contestación de la demanda fue tímida y evasiva, al igual que las declaraciones de los accionados, porque esconden la verdad. En este punto, el Tribunal debió aplicar la regla de admisión del art. 130.2 del CGP.

Agregó que los demandados afirman que su padre administró los bienes, sin embargo, quien cobraba los alquileres era el co-demandado FF. Si se contrasta la declaración de la parte demandada de la audiencia preliminar, con la complementaria, se puede notar claramente la inconsistencia de sus declaraciones.

Le agravió también que la sentencia exprese que, como EE “estaba embargado”, entonces utilizó a sus hijos como testafierro. Los demandados no alegaron ni probaron que EE estuviera embargado, sólo existe en tal sentido la declaración de parte (en audiencia complementario, no en la preliminar) y de EE (art. 157 CGP), quien se atribuye ser el propietario. En consecuencia, la sentencia transgrede el principio de congruencia procesal, violando el art. 198 del CGP, al introducir como fundamento de la condena un hecho no invocado por las partes.

Concluyó que eran los demandados quienes tenían la carga de probar la existencia de una donación encubierta a su padre, punto que no lograron.

**d) Absurdo evidente en la valoración de la prueba (artículo 270 del CGP) e inaplicación del artículo 130.2 del CGP.** Aseveró que la sentencia atacada, al afirmar que “*El actor no probó que hubiera una simulación absoluta*”, incurre en absurdo evidente, grosero e infundado, en lo que respecta a la valoración de la prueba (art. 270 CGP).

Alegó que la simulación absoluta es un hecho que quedó notoriamente probado, mediante la prueba ofrecida por la parte actora. La falta de valoración de la abundante prueba ofrecida se nota por su ausencia en la consideración argumentativa de la sentencia y los exiguos plazos de estudio de algunas sentencias.

Apuntó que, en la demanda, se narró el contexto histórico en el cual se realizó el negocio impugnado y la celebración de ocho negocios jurídicos, sobre un patrimonio importante, en el corto plazo de un año y cinco meses, acompañando la prueba documental respectiva. En su contestación, los demandados dijeron que no estaban al tanto de tales hechos. El alegado desconocimiento resulta inverosímil, en virtud de la relación de parentesco y del aprecio que dijeron tener los vendedores por los compradores. El laconismo empleado en la contestación, la falta de sustanciación de los hechos que describan las circunstancias relativas a este negocio impugnado, cómo llegaron a celebrarlo, es una admisión de los hechos contenidos en la demanda, que el Tribunal debió aplicar, al menos como indicio.

Describió y detalló los principales eslabones en la cadena de hechos y actos realizados por el matrimonio CC – DD para intentar perjudicar a su nieto: i) 2/8/2002 fallece GG; ii) 15/2/2003

constitución de Adeville SA; iii) 28/2/2003 testamento CC a favor de DD; iv) 15/9/2003 compraventa del inmueble objeto de simulación; v) 17/10/2003 constitución de Politur SA; vi) 31/4/2004 donación del hogar conyugal a Politur SA; vii) 31/5/2004 renta vitalicia estancia La Tala; viii) 1º/7/2004 venta simulada casa Schroeder a hermanos HI; ix) xx/7/2004 transferencia de U\$S610.000 a II; x) 9/7/2004 fallecimiento de CC.

Expresó que, como era imposible ocultar todo el patrimonio, el matrimonio CC – DD planificó una maniobra, sabiendo que CC padecía cáncer y que a su inminente deceso el heredero sería su nieto AA. DD necesitaba o quería seguir disponiendo de los bienes y rentas, pero debía evitar que una cuota parte de los mismos integraran la sucesión de CC. Por ello realizaron los distintos negocios enumerados.

Adujo que, como puede observarse, el negocio impugnado es parte una maniobra más grande, donde se sustraen los bienes más importantes del matrimonio a diferentes personas, a lo largo de un año y cinco meses.

Afirmó que, dentro del contexto histórico, la declaración de EE resulta inverosímil, afirma haber recibido una llamada telefónica, luego de tantos años, para recibir una donación de tres locales comerciales, de forma conjunta, resultándole ajeno todo el contexto familiar, así como a sus hijos, los demandados.

Sostuvo que la multiplicidad de la naturaleza de los negocios y la pluralidad de personas intervinientes fue una estratagema, para hacer creer al actor que se estaban desprendiendo de todos sus bienes, ya que poseen tal libertad, pero en realidad, los estaban conservando, se estaban valiendo de la apariencia. Ello, pues CC era consciente de su próximo deceso y quería procurarle la mayor cantidad de rentas posibles a su cónyuge.

Añadió que, si realmente hubiesen querido donarles, podrían haberlo hecho, pudieron haber realizado una donación o un legado testamentario a los hermanos BF, ya que no vulneraban la legítima. Pudieron haber hecho un contradocumento, declarando su interés. Pero nada de ello ocurrió, los cónyuges no estaban pensando en hacer una liberalidad, no estaban pensando en la otra parte, sino en sí mismos.

Señaló que los demandados, además, alegaron que por consejo de Escribano interviniente se disimuló una donación, ya que afectaba el tráfico del título. No sólo eludieron la carga de la prueba sobre tal extremo, sino que fue la actora quien citó al Escribano JJ, que no se presentó a declarar y, ante la imposibilidad de ubicarlo, luego la contraparte alegó su fallecimiento, sin ofrecer prueba.

Expresó que el precio se integró con un cheque de EE, que él mismo declara que no recuerda si se presentó a cobrarlo en Ciudad Vieja o qué pasó con el cheque. Evidentemente, buscaban dejar rastros de una salida de dinero en la cuenta bancaria, aunque dos años después asuma otra actitud.

Apuntó que la sentencia atacada también viola el principio de congruencia cuando expresa que *“en realidad a quien el Sr. CC quería favorecer era a su ahijado, el padre de los demandados, pero como estaba embargado, en el negocio figuraron sus hijos mayores de edad”*. Los demandados jamás alegaron la existencia de un embargo en su contestación, lo invocan recién en la declaración de parte y no lo prueban.

Concluyó que surge de forma manifiesta que estamos ante una simulación absoluta.

e) **Reajuste, intereses y pretensión de reivindicación.** Sostuvo el recurrente que, conforme a lo establecido en el artículo 257.2 del CGP, corresponde condenar al pago de intereses, sin perjuicio de que la Ley N° 14.500 es preceptiva y resulta aplicable de oficio por ser de orden público, a lo que deberá condenarse.

Agregó que, no habiéndose pronunciado el Tribunal sobre su apelación en lo que respecta a la reivindicación, siendo una cuestión accesoria a la principal, y en virtud del principio de economía procesal, corresponde condenar a la entrega de los bienes inmuebles en el plazo de 10 días.

Por lo expuesto, solicitó que se case la sentencia impugnada y en su lugar se mantenga firme la sentencia definitiva de primera instancia, salvo en lo que respecta a los intereses, reajustes y acción reivindicatoria, con costas y costos.

IV) Por auto N° 368/2023 (fs. 505), la Sala confirió traslado del recurso de casación, el cual fue evacuado por la parte demandada según consta a fs. 507/512, abogando por su rechazo.

V) Por providencia N° 529/2023 (fs. 513), la Sala ordenó franquear el recurso de casación interpuesto. Los autos fueron recibidos por esta Corporación, el día 25 de mayo de 2023 (fs. 517).

VI) Por auto N° 772/2023 (fs. 519), de fecha 22 de junio de 2023, se ordenó el pase a estudio y autos para sentencia.

VII) Culminado el estudio por parte de los Sres. Ministros, se acordó emitir el presente pronunciamiento en legal y oportuna forma.

### **CONSIDERANDO:**

1.- La Suprema Corte de Justicia, en forma unánime, acogerá el recurso de casación interpuesto por la parte actora, y en su mérito, se anulará la sentencia impugnada, manteniendo firme lo dispuesto en la sentencia definitiva de primera instancia, conforme con los fundamentos que seguidamente se expondrán.

#### **2.- El caso de autos.**

2.1.- En primer término, corresponde contextualizar el caso de autos, a los efectos de una mejor comprensión de la litis.

2.2.- El actor, AA, es hijo biológico de GG y KK, reconocido por estos el 31 de marzo de 1995.

GG contrajo matrimonio el 16 de setiembre de 2000 con LL.

El 2 de agosto de 2002 falleció GG, siendo de estado civil casado y teniendo como único hijo al actor. Por resolución N° 534/2003 dictada por el Juzgado Letrado de Familia de 14° Turno en el proceso sucesorio, se declaró único heredero del causante a su hijo no matrimonial (el aquí accionante), sin perjuicio de los derechos de la cónyuge supérstite.

El 9 de junio de 2004 falleció CC, padre de GG (pre fallecido) y abuelo del actor AA, siendo de estado civil casado con DD y habiendo otorgado testamento a favor de su cónyuge en la parte de libre disposición. Por resolución N° 1574/2005 del Juzgado Letrado de Familia de 4° Turno, ante el que se tramitó la sucesión, se declararon herederos de CC a su nieto (el actor) y a su cónyuge (DD), sin perjuicio además de los derechos de esta última por sus gananciales. Las partes realizaron un acuerdo transaccional y presentaron relación de bienes, la que se tuvo por aprobada.

El 6 de diciembre de 2017 falleció DD, abuela del actor, tramitándose su sucesión en el Juzgado de Familia de 9º Turno, bajo disposiciones testamentarias. En dicho proceso es declarado al actor como heredero de su abuela, por resolución N° 2120.

2.3.- **Demanda.** El actor, DD, promovió demanda simulatoria, reivindicatoria y de daños y perjuicios contra FF y BB, en la que solicitó: i) la declaración de nulidad, por simulación absoluta, de la compraventa de la nuda propiedad de tres unidades del padrón matriz N° 8324 (003, 004 y 005), celebrada el 19 de setiembre de 2003 entre los cónyuges CC y DD (vendedores) y los hermanos FF y BB (compradores), quienes son sobrinos de CC; ii) la reivindicación de la propiedad y posesión de tales inmuebles y las rentas percibidas y que se percibieren por arrendamiento hasta la efectiva restitución; iii) los daños y perjuicios generados.

Narró que, sin perjuicio de su calidad de heredero testamentario de sus abuelos, hubo actos y negocios planificados y articulados por ellos, los que detalló, para intentar ocultar la herencia de GG (padre del actor) y los bienes que iban a quedar a la muerte de CC (abuelo del promotor).

Señaló que se realizaron negocios simulados, a efectos de que la viuda (DD) no tuviera que compartir las rentas con AA. En el presente caso, los abuelos vendieron la nuda propiedad de las unidades denunciadas, de naturaleza ganancial, a los sobrinos del Sr. CC. Los cónyuges los tenían arrendados desde hacía años, no hubo negociación, ni tratativas previas, ni intervino inmobiliaria alguna, la reserva fue inscripta el mismo día de la suscripción de la escritura de compraventa. El precio ascendía a U\$S47.000 y se consignó que se pagó con cheque que no se identificó, pero que fue librado por el padre de los compradores y primo del abuelo, Sr. EE. En los estados de cuenta de los abuelos no surge el ingreso a su patrimonio del cheque mencionado. Los vendedores enajenaron la nuda propiedad y se reservaron el usufructo vitalicio, pero no existió una verdadera contraprestación al no haber integrado el precio los compradores, sin que puedan verse equivalentes las contraprestaciones.

Afirmó que lo expresado demuestra que sus abuelos recurrieron a un ardid que consistía en desmembrar el dominio, reservándose el usufructo, a efectos que no ingresara en el patrimonio, asegurando la percepción de rentas hasta el fin de sus días, teniendo por objetivo el beneficio exclusivo de los vendedores y en perjuicio de su heredero legítimo.

Apuntó que los demandados fueron testaferros, personas de confianza, son cómplices de una acción ilícita que los convierte en tenedores o poseedores de mala fe, por lo que todas las rentas percibidas por concepto de arrendamientos deben ser restituidas, desde que la abuela dejó de percibirlas al fallecer el 6 de noviembre de 2017.

2.4.- **Contestación de demanda.** Los demandados, BB y FF, alegaron que la compraventa impugnada tuvo por fin disimular el negocio verdadero por detrás, que fue una donación realizada por quienes figuraron como vendedores al padre de los accionados.

Explicaron que el abuelo del actor, CC, y el padre de los demandados, EE, eran primos hermanos y aquél era el padrino de éste. Transcurrieron muchos años juntos en la infancia, aunque se tornó esporádico el contacto al crecer. El edificio de calle Plaza Cagancha, donde están las unidades en litigio, fue construido por sus abuelos, pasaron allí su infancia en distintos apartamentos, por lo que tiene un valor sentimental. Con el correr de los años todos se fueron vendiendo salvo estas tres unidades. En el año 2003 CC se comunica con su primo y ahijado EE, transmitiéndole su deseo que los locales comerciales quedaran dentro de la familia y le propuso donarle la nuda propiedad, manteniendo el usufructo. Finalmente, el negocio se realizó con los dos hijos mayores, FF y BB,

ahora demandados. Pero para evitar problemas futuros, conforme consejo del Escribano, se simuló una compraventa y no se siguió adelante con la donación, tal como era el espíritu de las partes. Al año siguiente fallece CC, el usufructo queda en manos de su viuda, quien fallece en 2017. Al consolidarse la propiedad, en noviembre de 2017, la familia BF toma posesión de los tres locales comerciales, mantiene los contratos de arrendamientos vigentes, comienza a percibir los arriendos, paga los gastos comunes del propietario, contribución inmobiliaria e impuesto de primaria y realiza los arreglos necesarios por problemas de humedad.

Sostuvieron que detrás de la compraventa simulada estaba el negocio disimulado, que era la donación. El negocio simulado es nulo pero el disimulado es válido siempre que cumpla con los requisitos de validez exigidos por el contrato determinado, lo cual se ha cumplido. Al acreditarse el negocio disimulado (donación) se destruye el argumento del actor sobre la nulidad absoluta del negocio, única *causa petendi*.

Destacaron que con el negocio disimulado no se violaron las legítimas, sino que se respetó el espíritu de los contratantes, para lo cual analizaron la porción legitimaria, el acervo líquido denunciado en la transacción entre el actor y su abuela, a lo que se le agrega el valor de la nuda propiedad conjunta de los tres inmuebles como acervo imaginario, concluyendo que el accionante, como heredero testamentario de su abuela, recibió más de lo que la ley reserva para las legítimas.

Agregaron que en tanto el actor nunca fue propietario de los bienes, mal puede proceder la reivindicación que peticiona.

**2.5.- Sentencia de primera instancia.** En primera instancia, el Juzgado Letrado en lo Civil de 7º Turno amparó parcialmente la demanda y declaró nula por simulación (absoluta) la escritura de compraventa celebrada el 15 de setiembre de 2003 entre los abuelos paternos del actor y los demandados respecto de la nuda propiedad de las unidades de propiedad horizontal Nos. 003, 004 y 005, padrones individuales Nos. 8324/003, 8324/004 y 8324/005. Dispuso que, en su mérito, deberán ampliarse las actuaciones sucesorias, a efectos de incorporar los inmuebles en las relaciones de bienes de CC y DD, cumplido lo cual podrá eventualmente la parte actora solicitar la entrega efectiva de la herencia. A su vez, condenó a los demandados a reintegrar al actor, en su calidad de único y universal heredero, todas las rentas percibidas desde la promoción de la demanda y hasta la efectiva entrega de los bienes, descontados los tributos nacionales o municipales y gastos debidamente documentados imputables al propietario.

**2.6.- Sentencia de segunda instancia.** Ambas partes apelaron la sentencia de primer grado.

La causa fue elevada inicialmente al Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno, que por sentencia definitiva N° 201/2022, de fecha 28 de septiembre de 2022, se declaró incompetente por razón de materia, ordenando remitir la causa a conocimiento del Tribunal de Apelaciones de Familia que por turno corresponda.

Asumió competencia entonces la Sala de Familia de 1º Turno, que por sentencia definitiva N° 51/2023, de fecha 8 de marzo de 2023, revocó la sentencia de primera instancia y, en su mérito, desestimó la demanda. El Tribunal consideró, en lo medular, que lo que existió en el caso fue una simulación relativa objetiva, en la que, por detrás de la compraventa (negocio simulado), hubo una donación querida por las partes (negocio disimulado), la cual resulta válida, sin que se haya promovido por el actor acción de reducción de donaciones inoficiosas, sin perjuicio de lo cual, el Tribunal afirmó que no se vulneraron las legítimas.

2.7.- **Recurso de casación.** Contra la sentencia de segunda instancia, el actor interpuso recurso de casación, en el que ensayó los agravios previamente enumerados, los que serán examinados a continuación.

### 3.- **Agravio sobre la inaplicación del artículo 1561 del Código Civil.**

3.1.- En primer lugar, el recurrente señaló que, en tanto en la sentencia atacada se sostuvo que los demandados admitieron haber simulado el contrato de compraventa celebrado en escritura pública (aun cuando la contraparte alegue que existe una donación encubierta), constituye un poder-deber para el Tribunal declarar la nulidad del negocio simulado, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1561 del Código Civil, dado que estamos ante un caso de nulidad manifiesta.

3.2.- A juicio de la Corporación, le asiste razón al recurrente.

Ambas partes han sido contestes en este proceso respecto a que el contrato de compraventa de la nuda propiedad de tres unidades del padrón matriz N° 8324 (Nos. 003, 004 y 005), celebrado el 19 de setiembre de 2003 entre los cónyuges CC y DD (vendedores) y los hermanos FF y BB (compradores), fue simulado, en tanto no fue voluntad real de las partes celebrar ese negocio, que resulta ser entonces una apariencia.

La discusión estriba en determinar si, por debajo de ese contrato de compraventa (negocio simulado), no existió ninguna operación real y querida por las partes (tesis de la parte actora), o existió un contrato de donación real y efectivamente querido por las partes (tesis de la parte demandada).

Hay coincidencia entre las partes respecto al carácter simulado de la compraventa impugnada. Hay desacuerdo, en cambio, respecto a si se trató de una simulación absoluta (postura del actor) o de una simulación relativa (postura de los demandados).

Si se parte de esa base, es claro que el Tribunal debió, en cualquier hipótesis, esto es, tanto si amparaba la demanda como si la desestimaba, declarar la nulidad absoluta o la inexistencia (según la tesis doctrinaria a la que se afiliara) del contrato de compraventa impugnado, justamente, en virtud de que se trataba de un negocio simulado, carente de consentimiento y/o de causa (de acuerdo a las distintas posturas ensayadas por la doctrina para explicar el fenómeno de la simulación).

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1561 del Código Civil: *“La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez de oficio, cuando aparece de manifiesto (...)”*.

En la especie, resulta por demás manifiesta, esto es, evidente, clara, indiscutible, la nulidad de la compraventa de marras, aspecto en el que han coincidido las partes del proceso y en el que, a su vez, han sido contestes los pronunciamientos de ambas instancias.

Ello determina que, aun si se desestimara la acción simulatoria promovida por el accionante - fundada en la existencia de una simulación absoluta-, de todas formas debería declararse, aun de oficio, la nulidad absoluta (o inexistencia) del multicitado contrato de compraventa, por tratarse de una nulidad manifiesta, cumpliéndose de este modo con lo dispuesto en el artículo 1561 del Código Civil.

En suma, la Sala se ha apartado del mandato dispuesto por la citada norma, por lo que asiste razón al recurrente en su planteo.

#### **4.- Agravio por error de aplicación de los artículos 117 y 198 del CGP.**

4.1.- En segundo lugar, el recurrente denunció que el Tribunal cometió una gruesa tergiversación de los hechos alegados en la demanda y atribuyó al actor otros que jamás expresó, vulnerando los arts. 117 y 198 del CGP y, como consecuencia, invirtió la carga de la prueba del negocio de donación, por lo cual aplicó inadecuadamente los arts. 137 y 139 del CGP.

Apunta el recurrente que jamás expresó que EE (padre de los demandados) fuese parte del contrato, ni que la voluntad de las partes era transferirle, venderle o donarle la nuda propiedad a éste. Añade que tampoco afirmó en su demanda que el negocio fue realmente efectivizado, ni que se transfirió la nuda propiedad, lo que es falso.

Sostiene que la pretensión entablada consistió en la nulidad del contrato de compraventa por existir una simulación absoluta, es decir, que las partes se valieron de la apariencia del contrato para engañar a un tercero, en beneficio de DD y conservar así los bienes; lo que se dijo en la demanda fue que el contrato carecía de una causa lícita, una causa en sentido jurídico, según lo expresado por el art. 1287 del Código Civil; se afirmó que no se trataba de una mera liberalidad, es decir, que no estábamos frente a una donación de la nuda propiedad.

4.2.- Entiende la Corporación que le asiste razón al insurgente.

En el fragmento de la sentencia que genera el presente agravio, señaló el Tribunal: *“En el caso, lo que debía probar el actor es que no hubo donación, o esta no fue válida, por faltar alguno de los presupuestos para ello. En tanto según lo por ellos mismos explicitados en su demanda, se habría efectivizado el negocio, se transfirió la nuda propiedad a los demandados, los abuelos del actor conservaron el usufructo de los bienes, por lo cual luego del negocio, primero CC (abuelo) y luego su esposa percibieron los frutos de los bienes (arrendamientos) al fallecer la Sra. DD se produjo la consolidación de la propiedad y pasaron a percibir los frutos el verdadero donatario, el padre de los demandados”* (fs. 483).

Del citado pasaje emerge que la Sala atribuye al actor haber expresado en su demanda: i) que se habría efectivizado el negocio, transfiriéndose la nuda propiedad a los demandados y conservando los abuelos del actor el usufructo de los bienes; ii) que, luego del negocio, primero CC (abuelo) y luego su esposa (DD), en calidad de usufructuarios, percibieron los frutos de los bienes (arrendamientos); iii) que al fallecer la abuela, se produjo la consolidación de la propiedad y pasó a percibir los frutos el verdadero donatario, que es el padre de los demandados.

Sin embargo, de la lectura de la demanda surge que ninguno de tales asertos puede ser atribuido al actor, cuya narración estuvo dirigida, en todo momento, a postular la existencia de una simulación absoluta del contrato de compraventa de la nuda propiedad de las unidades Nos. 003, 004 y 005 del padrón N° 8.324.

No se afirmó en la demanda que la nuda propiedad haya sido efectivamente transferida (en los hechos) a los demandados, ni que los abuelos hayan conservado únicamente (en los hechos) el usufructo, ni que al fallecer la abuela se haya producido la consolidación de la propiedad en el padre de los demandados.

Véase que, en el numeral 7.2 de la demanda, señaló el accionante: *“Por lo tanto, analizando la verdadera intención de las partes, se puede observar que recurrieron a un ardid, que consistía en desmembrar el dominio, enajenando la nuda propiedad y reservándose el usufructo, lo cual, tenía por fin que dicho bien, no fuese incluido en la sucesión de CC (...)”* (fs. 62).

Asimismo, en el numeral 7.4 de la demanda, se indicó: *“Resulta evidente entonces que, la causa del contrato, no era la ventaja o provecho de recibir los USD 47.000, ni podrá sostenerse, que se trataba de una mera liberalidad, que tenía una causa altruista o desinteresada, que fuere realizado como acto central y causa del contrato. Sino que la verdadera causa era sustraer el bien del acervo sucesorio de CC, en beneficio de uno de los vendedores, DD, y en perjuicio de su heredero legítimo”* (fs. 62 y vto.).

Finalmente, en el numeral 7.5, el actor agregó: *“Los demandados fueron testaferros, hombres de confianza, que prestaron su nombre para articular una maniobra ilícita, fraudulenta. Desmembraron el dominio, de forma artificial y con un fin espurio. (...)”* (fs. 62 vto.).

Los precedentes pasajes de la demanda dan la pauta de que el actor planteó la existencia de una simulación absoluta del contrato de compraventa, sin haber alegado que, en la realidad de los hechos, la nuda propiedad y luego el usufructo de los bienes hayan pasado a los demandados o a su padre.

Es cierto que el pasaje final del numeral 7.5 de la demanda puede generar alguna duda, pues allí el actor expresa: *“Lógicamente que su actuación fraudulenta tenía una recompensa de ser exitosa, a la muerte de ambos, devendrían en plenos propietarios del inmueble”* (fs. 62 vto.). Sin embargo, ese pasaje aislado, ciertamente confuso, no puede contrarrestar lo expresado por el promotor a lo largo de toda su demanda, cuya teoría del caso fue, inequívocamente, la existencia de una simulación absoluta del contrato de compraventa, esto es, que la nuda propiedad pasó ficticiamente a los demandados, pues en los hechos los presuntos vendedores siguieron siendo los dueños de los bienes, habiéndose realizado el negocio simulado con el fin de perjudicar a su nieto (heredero legítimo de ellos) y beneficiar a la cónyuge DD.

Por lo expuesto, entonces, se entiende que es acertado el reproche del recurrente.

#### **5.- Agravio respecto a la incorrecta aplicación de los artículos 134 y 139 del CGP.**

5.1.- Expresó el recurrente que, en el caso, conforme lo dispuesto en el art. 139 del CGP, era el demandado quien debía probar la existencia de una donación, cosa que no ocurrió; la parte actora no tenía la carga de probar que no existiera una donación, ya que jamás alegó su existencia, ni podría tener la carga de probar un hecho distinto al alegado; el Tribunal tergiversó los hechos invocados y le trasladó la carga de la prueba al actor.

Aseveró, por otro lado, que la impugnada recoge la alegación de los demandados según la cual ellos reconocen que no fueron partes del contrato, sino que su padre lo era; al respecto, los demandados no ofrecieron ninguna prueba, salvo su propia declaración y la de su padre, quien se atribuye ser el beneficiario (art. 157 CGP). Agregó que, en este punto, la contestación de la demanda fue tímida y evasiva, al igual que las declaraciones de los accionados, porque esconden la verdad, por lo que el Tribunal debió aplicar la regla de admisión del art. 130.2 del CGP.

Sostuvo que eran los demandados quienes tenían la carga de probar la existencia de una donación encubierta, lo que no hicieron.

Adujo que existe inconsistencia en los dichos de los demandados, quienes afirmaron que su padre administró los bienes, sin embargo, quien cobraba los alquileres era el co-demandado FF.

Le agravó también que la sentencia exprese que, como EE “estaba embargado”, entonces utilizó a sus hijos como testaferro; los demandados no alegaron ni probaron que EE estuviera embargado,

sólo existe en tal sentido la declaración de parte (en audiencia complementaria, no en la preliminar) y de EE (art. 157 CGP), quien se atribuye ser el propietario; en consecuencia, la sentencia transgrede el principio de congruencia procesal, violando el art. 198 del CGP, al introducir como fundamento de la condena un hecho no invocado por las partes.

5.2.- A juicio de la Corporación, le asiste razón al recurrente en cuanto denuncia la infracción a las reglas de distribución de la carga de la prueba.

La sentencia atacada parte de una premisa errónea, en cuanto pone sobre el actor la carga de probar la inexistencia de una donación encubierta. En efecto, fue la demandada quien alegó la existencia de tal donación, por ende, ese hecho debía ser acreditado por ella, conforme a una correcta distribución de las cargas probatorias (artículo 139.1 del CGP).

En la especie, el actor fundó su demanda en la existencia de una compraventa simulada de la nuda propiedad de tres unidades de propiedad horizontal, contrato extendido en escritura pública, de fecha 19 de setiembre de 2003, entre los vendedores CC y DD y los compradores FF y BB.

La parte demandada no controvertió que dicho contrato de compraventa fuera simulado, pero esgrimió que ese negocio aparente encubría un negocio real y querido por las partes, consistente en una donación que CC quiso hacer a su ahijado EE, padre de los demandados.

Entonces, la proposición fáctica principal introducida por la parte actora fue la simulación del contrato de compraventa celebrado entre los cónyuges CC - DD y los hermanos BF. Esa proposición fáctica fue admitida por la contraparte, por lo que, tratándose de un hecho no controvertido, no resultaba necesario acreditarlo en juicio (art. 137 CGP).

Por su parte, la alegación fáctica medular de la parte demandada fue la existencia de una donación encubierta, que estaría por debajo de la fachada de la compraventa simulada. Este hecho, invocado por la parte accionada como hecho impeditivo de la pretensión de la actora, debía ser acreditado por aquélla. En efecto, conforme a lo dispuesto en el art. 139.1 del CGP: “(...) *quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión*”.

Sin embargo, el Tribunal, en forma incorrecta, invirtió las cargas probatorias, exigiendo que la parte actora debía probar que no existió la donación encubierta.

Véase que la Sala señaló textualmente en su sentencia: “*En el caso, lo que debía probar el actor es que no hubo donación, o esta no fue válida, por faltar alguno de los presupuestos para ello*” (fs. 483).

Tal aserto no puede compartirse, porque implica una infracción a la distribución de las cargas probatorias dispuesta por el citado art. 139.1 del CGP.

Con relación a este punto, sostienen Vescovi y colaboradores que, en nuestro ordenamiento procesal civil, y sin perjuicio de las facultades del magistrado, la regla es “*que son las partes quienes tienen que aportar las pruebas de los hechos que ellos solo conocen. Lo que nos remite a la noción de carga (...) Es así que ha sido definida como un imperativo del propio interés y no del interés ajeno. Es decir, que el que cumple con el imperativo (comparecer, contestar, probar, etc.) favorece su interés y no el ajeno, como sucede en otras situaciones como la de deber u obligación. Es decir, que no hay una sanción coactiva que conmine al individuo a cumplir, sino que se produce, como consecuencia del incumplimiento, una desventaja para él mismo. Carnelutti, en el mismo sentido,*

señala que la carga es un acto necesario; la obligación, un acto debido. Es, entonces, en una primera aproximación, el imperativo que tienen las partes, por su propio interés, en probar los hechos que alegan ante el tribunal. Con la consecuencia desfavorable de que si no lo hacen, no podrán obtener la satisfacción judicial de la pretensión que han deducido en juicio. (...) cuando el juez ha desarrollado todo el proceso y debe fallar, tendrá que evaluar cuáles son los hechos invocados que resultan probados en el expediente (porque lo que no está en el expediente no está en el mundo) dado que, sobre la base de dichos hechos y en función del derecho invocado (o no, pues él lo conoce), debe pronunciar su sentencia dando la razón a quien la tiene, según las pruebas que ha presentado. Pero, entonces, surge la gran cuestión: en caso de falta de prueba, quién es el que sufrirá las consecuencias desfavorables, o dicho de otra manera, quién es el que tenía la carga de probar y no lo hizo. (...) El problema consiste en determinar qué hechos debe probar cada parte, so riesgo de perder el proceso si no lo hace” (Vescovi, E. (dir.), “Código General del Proceso”, Ábaco, Buenos Aires, T. 4, págs. 69-71).

Más adelante, los autores explican que, de entre los diversos sistemas posibles de distribución de la carga de la prueba, nuestro Código adoptó la regla según la cual la carga de la prueba se distribuye en función de los hechos a probar.

“Este criterio – afirman – indica que corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión, y a quien contradice, los hechos modificativos, extintivos o impeditivos (...) En principio, se atribuye al actor la carga de probar el hecho constitutivo en que basa su pretensión y al demandado, los hechos extintivos, impeditivos o modificativos en que basa su defensa. Porque, dice el propio Chiovenda, esto es lo normal y quien pretende que ha acaecido algo anormal tiene que probarlo” (Vescovi, E (dir), “Código General del Proceso”, cit. pág. 76).

Devis Echandía definía su concepto como una “noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables” Y añadía: “Salta a la vista la íntima relación que existe entre la carga de la afirmación y la de la prueba: aquélla pone de relieve la conveniencia en la formulación de los hechos que deben servir de fundamento a las pretensiones o excepciones, puesto que el juez no puede considerar los no afirmados cuando son esenciales; ésta representa el interés en llevarle al juez los medios para lograr su convencimiento sobre la verdad de tales hechos, salvo que estén exentos de prueba. Por lo tanto, la primera delimita el campo en que actúa la segunda (...)” (Hernando Devís Echandía: “Teoría General de la Prueba Judicial”; ZAVALÍA Editor; Buenos Aires, 1988, 6ª Edición, Tomo I, pág. 426).

Más sucintamente, y partiendo de diverso punto de vista, Alsina la formulaba del siguiente modo: “Es a cargo de quien lo alegue la prueba de la existencia del hecho en que se funde el derecho cuyo reconocimiento se pretende o que impida su constitución o modifique o extinga un derecho existente” (ALSINA, Hugo: “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”; Ediar SA Editores, Buenos Aires, 1961, 2ª Edición, Tomo III, págs. 258/259).

Con relación a este punto, ha entendido el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno en sentencia N° 171/2017: “En efecto así como el actor debe justificar el hecho jurídico del que deriva su derecho, el demandado debe acreditar los hechos impeditivos de la misma, esto es que no correspondía la restitución ni el monto pretendido. Ello es así por cuanto incumbe a la parte que de

*una afirmación pretende hacer derivar consecuencias para él favorables, la carga de tal extremo, ya que justo es que quien quiere obtener una ventaja, soporte la carga probatoria.*

*La carga de la prueba no supone ningún derecho del adversario sino un imperativo del propio interés del litigante, es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el juicio. Puede quitarse de encima probando, es decir acreditando la verdad de los hechos que la ley señala (Couture, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, pág. 24).*

*El punto central que hay que poner de relieve es, pues, el siguiente, cuando un sujeto pide al juez la concesión de una determinada forma de tutela jurídica, le corresponde, pues a él probar aquellos hechos que son idóneos para individualizar su pretensión. Es decir se debe determinar la posición efectiva del sujeto, respecto del efecto jurídico pedido (Cfm. Micheli Gian Antonio, La carga de la prueba, pág. 423)”.*

El Sr. Ministro Dr. Sosa, destaca en su voto que: De acuerdo con la sentencia, *“en el caso, lo que debía probar el actor es que no hubo donación, o esta no fue válida, por faltar alguno de los presupuestos para ello”.*

A la luz de lo dispuesto en el art. 139 del CGP y de los hechos invocados por las partes, tal aserto no resulta compartible.

El actor invocó la existencia de una nulidad absoluta, extremo que fue reconocido por los demandados. Los accionados invocaron un hecho “modificativo, extintivo o impeditivo” de la pretensión del actor y sobre ellos recaía la carga de demostrarlo.

En estos autos, el hecho fundante de la pretensión del actor fue reconocido por los demandados: la compraventa de la nuda propiedad fue un negocio simulado.

Eran los demandados quienes debían demostrar que, tras dicha compraventa, existía una donación. Y eso no ocurrió. La propia sentencia reconoce que no quedó demostrada la existencia de una donación, aunque pretende que las consecuencias negativas de la ausencia de tal probanza recaigan sobre el actor, lo que constituye un error de derecho (errónea aplicación de la norma contenida en el art. 139 del CGP) que justifica se acoja el recurso de casación.

En definitiva, concluye el Sr. Ministro Dr. Sosa que lo antes expuesto resulta suficiente para acoger el recurso de casación, sin necesidad de ulteriores análisis.

Por su parte, la mayoría de la Corporación ingresará en el agravio referente a la errónea valoración de la prueba, entendiendo que la errónea aplicación del art. 139.1 del CGP tendrá incidencia en el resultado del presente litigio.

## **6.- Agravio por absurdo evidente en la valoración de la prueba (artículo 270 del CGP) e inaplicación del artículo 130.2 del CGP.**

6.1.- Aseveró el recurrente que la sentencia atacada, al afirmar que *“El actor no probó que hubiera una simulación absoluta”*, incurre en absurdo evidente, grosero e infundado, en lo que respecta a la valoración de la prueba (artículo 270 CGP).

Alegó que la simulación absoluta es un hecho que quedó notoriamente probado, mediante la prueba ofrecida por la parte actora; la falta de valoración de la abundante prueba ofrecida se nota por su ausencia en la consideración argumentativa de la sentencia.

Por otro lado, expresó que la impugnada recoge la alegación de los demandados según la cual ellos reconocen que no fueron partes del contrato, sino que su padre lo era. Señaló que, al respecto, los demandados no ofrecieron ninguna prueba, salvo su propia declaración y la de su padre, quien se atribuye ser el beneficiario (artículo 157 CGP). Agregó que, en este punto, la contestación de la demanda fue tímida y evasiva, al igual que las declaraciones de los accionados, porque esconden la verdad, por lo que el Tribunal debió aplicar la regla de admisión del artículo 130.2 del CGP.

6.2.- A juicio de los Sres. Ministros Dres. Martínez, Minvielle, Pérez y la redactora, el agravio relativo a la errónea valoración de la prueba resulta de recibo.

6.3.- Sabido es que, en relación a la errónea valoración de la prueba, invocada como causal de casación (art. 270 del CGP), es criterio de la Corte, actualmente en mayoría, que: *“A pesar de que la referida disposición prevé, incluso, como causal de casación la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba, el ámbito de la norma queda circunscripto a la llamada prueba legal, o sea aquella en que la propia ley prescribe que verificándose ciertos presupuestos por ella misma indicados, el Juez, aunque opine distinto, debe darle el valor y eficacia previamente fijados en forma legal; o en el caso de apreciación librada a las reglas de la sana crítica, cuando incurre en absurdo evidente, por lo grosero e infundado. Es jurisprudencia constante de esta Corporación que tanto la revisión de la plataforma fáctica, como la revalorización de la prueba, no constituyen motivo casable, por cuanto el ingreso a ese material convertiría esta etapa casatoria o de revisión meramente jurídica, en una tercera instancia no querida por el legislador”* (cfm. sentencias Nos. 6, 124, 158 y 165/91; 24 y 58/93; 35, 47 y 59/94, 14/96 y 716/96, entre otras).

*“A mayor abundamiento: El ingreso al material fáctico en instancia casatoria requiere una condición o código de acceso ineludible: es menester que el error en la valoración de la prueba en que haya incurrido la Sala de mérito configure un absurdo evidente, un razonamiento notoriamente ilógico o aberrante, en suma, que la infracción a la regla de derecho contenida en el Artículo 140 C.G.P., revista una excepcional magnitud, fuera de toda discusión posible”* (cfm. sentencias Nos. 2/2000, 228/06, entre otras).

Es así, que la Suprema Corte de Justicia, ha admitido la posibilidad de revisar las decisiones sobre valoración probatoria, cuando ésta resulta arbitraria, irracional o contraria a las reglas de la lógica. Como señala COLOMBO, si bien la revalorización de la prueba resulta excepcional, la Corte -en base a la teoría del absurdo evidente- puede hacerlo cuando media error notorio, lo que equivale a manifiesto, patente, evidente, palmario, claro, ostensible. De este modo se abre un nuevo campo para la casación, el cual se admite con un entorno sumamente restrictivo, para realizar y actuar la justicia como último instrumento para evitar la iniquidad del fallo (cfm. Colombo, E: *“Casación: Teoría del absurdo evidente”*, RUDP, 1/1983, págs. 57/58).

Como ha afirmado la Corporación: *“En este punto, corresponde destacar que las reglas de la sana crítica son reglas legales de valoración de la prueba, según el claro tenor literal del artículo 270 del Código General del Proceso. Por lo tanto, en cuanto normas de Derecho, no están excluidas del control casatorio. Sucede que, la sana crítica, por su contenido conceptual, imbuido de las reglas de la razón y de la lógica, se viola o desconoce en hipótesis de absurdo o arbitrariedad y no por la mera discordancia en la valoración o juicio de hecho. Este criterio impone, lógicamente, dos condiciones necesarias para el progreso de un agravio fundado en un error en la valoración de la prueba. Primera condición: quien recurre en casación debe, en primer término,*

*denunciar, alegar, un error o vicio en el razonamiento probatorio de segunda instancia de una entidad tal que amerite su calificación como absurdo o arbitrario en forma evidente. Sin esta alegación de la parte, el agravio resulta improcedente. Va de suyo que la denuncia de un error de valoración de esa magnitud no está condicionada a ninguna fórmula sacramental, mas sí requiere que se describa un error de la entidad superlativa mencionada. El recurrente, entonces, se ve gravado con una particular carga de alegación. Segunda condición: la alegación del absurdo o arbitrariedad debe ser demostrada. Una vez que se releva por la Corte que se cumplió con la primera condición referida, debe analizarse si, efectivamente, se verifica el error alegado”* (Cfm. sentencias de la Suprema Corte de Justicia Nos. 66/2016, 219/2017, 571/2017 y 81/2021).

Ahora bien, a juicio de los Sres. Ministros Dres. Martínez, Minvielle, Pérez y la redactora, en el caso de autos, el recurrente dio cumplimiento a ambas condiciones, se describió dónde radica la arbitrariedad y luego se logró demostrar tal irracionalidad en el razonamiento de la Sala.

En efecto, emerge de la lectura de la sentencia impugnada la total ausencia de valoración racional de la prueba.

El Tribunal afirma que *“El actor no probó que hubiera una simulación absoluta”* (fs. 483), pero no analiza ningún medio probatorio en concreto para llegar a tal conclusión. De esta manera, es claro que la valoración probatoria realizada por la Sala deviene arbitraria, dado que no tiene apoyo alguno sobre la prueba diligenciada en el proceso.

La Sala, luego de realizar consideraciones abstractas sobre los conceptos de simulación absoluta y relativa (fs. 481/482), comienza su análisis concreto del caso señalando, correctamente, que *“Aquí, el hecho contradictorio y a probar es si hubo o no donación y en su caso si esta es válida y en eso corresponde centrar la prueba”* (fs. 482). No obstante, en los párrafos siguientes no procede a realizar valoración probatoria al respecto. Y, luego, llega a la conclusión de que el actor no probó la existencia de la simulación.

Veamos.

Luego de la afirmación previamente transcrita respecto a cuál es el hecho a probar en el caso, el Tribunal sostiene: *“Debe tenerse presente, que el hecho que quisieran donar dicho bien, en realidad no es un hecho ilícito, es más, dado el patrimonio que tenía CC abuelo, lo podría haber hecho perfectamente, en todo caso lo que podría suceder oportunamente en su sucesión es que la mencionada donación fuese oficiosa y se tuviera que reducir, cosa que teniendo presente el patrimonio de CC, no hubiera ocurrido”* (fs. 482).

Como se observa, aquí no hay valoración de la prueba respecto a si efectivamente existió o no la donación invocada, sino simplemente una afirmación del Tribunal de que la alegada donación sería lícita.

Acto seguido, señala la Sala: *“La donación encubierta por la compraventa es un hecho constante en la cultura de nuestro país, en tanto que debe esperarse el plazo de 4 años desde la muerte del causante para tener seguridad de que no será impugnada (art. 1643 CC), por lo que no era fácil su tráfico en el comercio, atento a que además teníamos vigente a la fecha del negocio el art. 1112 CC derogado oportunamente por la ley 20.021”* (fs. 482).

Nuevamente, no hay en este pasaje valoración de la prueba, sino solamente una afirmación respecto a un hecho que, según el *Ad Quem*, sería constante en la cultura de nuestro país, extremo que, aun

de ser cierto, claramente es insuficiente para tener por acreditada la donación encubierta aquí invocada.

En el siguiente párrafo, el Tribunal expresa: *“Asimismo, como referimos la simulación puede ser objetiva o subjetiva, los demandados admitieron en su contestación a la demanda que en realidad a quien el Sr. CC quería favorecer era a su ahijado el padre de los demandados, pero como este estaba embargado, en el negocio figuraron sus hijos mayores de edad”* (fs. 482).

En ese pasaje, la Sala realiza una descripción de los hechos y argumentos alegados por los demandados en su contestación, aunque debe puntualizarse que, como bien señalara el recurrente, el embargo del padre recién fue invocado en la declaración de parte, no en la contestación de la demanda. Pero, más allá de tal circunstancia, lo cierto es que no hay tampoco en este párrafo una tarea de valoración de la prueba, sino una mera transcripción de la argumentación de uno de los litigantes.

En el siguiente párrafo, de manera sorpresiva, dado que no se deriva de las consideraciones anteriores, sostiene categóricamente la Sala: *“Ello quiere decir que en el caso la simulación fue objetiva y también subjetiva, lo que se pretendió era una donación y no una compraventa y el beneficiado EE”* (fs. 482/483).

Resulta imposible saber cómo llegó el Tribunal a esta conclusión respecto a la existencia de una simulación relativa tanto objetiva como subjetiva, sin haber antes valorado la prueba respecto a la presunta existencia de la donación encubierta a favor de EE, negocio que habría sido disimulado, según la versión de los demandados, por la compraventa celebrada en favor de ellos.

Tal tarea valorativa tampoco se cumple en los siguientes apartados.

A renglón seguido, el Tribunal afirma que *“lo que debía probar el actor es que no hubo donación”*, postulado que resulta incorrecto, conforme fuera examinado en el Considerando 5.2 de la presente.

Luego expresa la Sala que, *“según lo por ellos mismos explicitados en su demanda, se habría efectivizado el negocio, se transfirió la nuda propiedad a los demandados, los abuelos del actor conservaron el usufructo de los bienes (...)”*. Este párrafo ya fue analizado previamente, destacándose el error de la Sala al aseverar que el actor habría afirmado ciertos hechos que, en realidad, no afirmó (véase Considerando 4.2 de la presente sentencia).

Finalmente, el Tribunal sostiene: *“El actor no probó que hubiera una simulación absoluta y no invocó una simulación relativa, porque ello no le era de utilidad (...)”* (fs. 483).

La primera de tales afirmaciones resulta manifiestamente arbitraria, en tanto carece de justificación racional, tal como puede apreciarse a partir del precedente análisis.

La segunda afirmación es una simple constatación de que, efectivamente, el actor no invocó una simulación relativa. En efecto, nunca afirmó que existiera un negocio disimulado por debajo de la compraventa simulada, sino que, por el contrario, alegó la existencia de una simulación absoluta.

A continuación, en el siguiente Considerando, la Sala aborda otras cuestiones, tales como la crítica a la sentencia de primera instancia por la incorrecta utilización en el caso del concepto de “violencia patrimonial”, o la no vulneración de las legítimas por la donación encubierta alegada (fs. 483/485). Pero no realiza, tampoco en este apartado, valoración probatoria alguna respecto a la existencia o inexistencia de la donación invocada.

En resumen, no se advierte razonamiento probatorio alguno en la sentencia atacada. De esta manera, la valoración de la Sala resulta manifiestamente arbitraria, ingresando inequívocamente en el concepto de absurdo evidente, lo que habilita la revisión de la plataforma fáctica.

La valoración probatoria deberá ser realizada entonces por la Corte, ante la ausencia de realización de tal tarea por el Tribunal de Apelaciones actuante.

## **7.- Dictado de la sentencia que corresponde sobre la materia de hecho del fallo recurrido (artículo 277.1 del CGP).**

7.1.- Como fuera analizado en los anteriores apartados, el Tribunal incurrió en errónea aplicación del Derecho, tanto por la incorrecta distribución de la carga probatoria, y también, a juicio de la Mayoría en una valoración absurda de la prueba.

Al haberse acogido los agravios ensayados al respecto por el recurrente, y tratándose de vicios de fondo (errores *in iudicando*), corresponde a la Corte, de acuerdo con lo previsto en el art. 277.1 del CGP, dictar sentencia sobre la materia de hecho del fallo recurrido y reemplazar los fundamentos jurídicos erróneos por los que estime correctos.

Para ello, resulta menester analizar la prueba rendida, a efectos de determinar si puede o no prosperar la demanda entablada por el accionante.

En lo que tiene relación con la valoración de la prueba en la acción simulatoria, como ha expresado el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno en sentencia Nº 237/2020, revalidando pronunciamientos anteriores: “(...) en estos casos, no existe un régimen especial, sino que se debe apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica y de la experiencia.

*Se ha sostenido en este orden por el Tribunal (nº 255/09, 176/11, 317/11, 5-94/13 y 167/16 en B.J.N.): ‘... que la valoración de la prueba en estos casos no escapa al régimen general sin perjuicio de señalar que la relevancia de los indicios y presunciones. En cuanto a la prueba la simulación, siguiendo a GAMARRA (Trat... T. XIII p. 120), MARABOTTO (Rev. Jurisp y Doct. I p.13) y BLENGIO (ADCU T.XVI p. 270) no existen particularidades de apreciación y pueden ser utilizados todos los medios previstos legalmente. Para la elucidación de este tipo de procesos, la jurisprudencia práctica, teniendo en cuenta el principio clásico de que ‘la prueba de la simulación es indirecta’, acude esencialmente a la reunión de elementos presuncionales e indiciarios, se funda primordialmente sobre ‘indicios y conjeturas’, que revelan apropiadamente la simulación por los que ‘verdaderamente hieren a fondo a la simulación porque la combaten en su propio terreno’ (FERRARA, La simulación... p. 379). (...).’*

*‘Quien invoca la protección de la ley en defensa de su derecho, violado o amenazado de serlo, debe fundamentar su pretensión en hechos capaces de llevar al convencimiento, al ánimo del juzgador para lograr un fallo favorable, ya que en el pleito -la lucha por el derecho- lo no probado no se toma en consideración: es como si no existiere. Incumbe pues, a quien pretenda restar eficacia o lograr una distinta de la que dimana normalmente de un contrato probar el hecho anormal del conflicto entre la voluntad y su manifestación. Y esta prueba debe ser completa y segura ya que si quedase la duda de que el acto pudiera ser verdadero y contener la voluntad seria de los contratantes habría de preferirse esta interpretación y rechazarse la que conduzca a anular o variar los efectos de aquel. Incumbe pues, la prueba de la simulación a quien la alega y pretende sacar de ello consecuencias a su favor (Cfm. Ferrara, Francisco, la simulación de los negocios jurídicos, Revista de Derecho Privado Madrid, 1960, pág. 362)...’.*

*Cabe resaltar que ‘la simulación como divergencia psicológica que es de la intención de los declarantes, se substrahe a una prueba directa y más bien se induce, se infiere del ambiente que ha nacido el contrato, de las relaciones entre las partes, del contenido de aquel y circunstancias que lo acompañan. La prueba de la simulación es indirecta, de indicios, de conjeturas (per coniecturas igna et urgentes suspiciones) y es la que verdaderamente hiere a fondo la simulación, porque la combate en el mismo terreno’.*

*‘El contrato es objeto de profundo examen sutil e inexorable: se indaga la causa de su nacimiento; si responde realmente a una necesidad económica de los contratantes, y cual sea ésta; si e ha puesto en ejecución o continúa todavía el estado de hecho anterior a su celebración; si está en consonancia con la manera y tiempo en que se llevó a cabo, con las respectivas relaciones de las partes, con su conducta anterior o posterior a la estipulación del contrato, etc.; y es difícil que con tal examen la simulación no aparezca y descubierta en sus sinuosidades, no se revele a veces de modo incontrovertible’ (Cfm Ferrara, Francisco, La simulación de los negocios jurídicos, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1961, pág. 384)”.*

Sin perjuicio de los desarrollos conceptuales precedentes, cabe reiterar que, en la especie, no hay controversia en cuanto a la simulación del contrato de compraventa de marras, hecho que fuera alegado por el actor y admitido por el demandado. El objeto de la prueba radica en determinar si, por detrás de esa compraventa simulada, existió o no un negocio disimulado, concretamente, una donación encubierta a favor de EE. Este hecho, que en caso de probarse sería impeditivo de la pretensión de declaración de simulación absoluta, fue invocado por la parte demandada. En consecuencia, era esta parte quien tenía la carga de probarlo.

Pasemos, entonces, a valorar la prueba de obrados.

a) Los demandados, que fueron parte del negocio simulado, pretender hacer valer el negocio disimulado, que existiría por debajo de aquel.

El principal medio probatorio del que podrían valerse los demandados, en tanto partícipes del acuerdo simulatorio y del negocio simulado, para acreditar la existencia del negocio disimulado, es un contradocumento.

Señala al respecto Tomé que el contradocumento es un documento escrito que representa el acuerdo simulatorio y el eventual negocio disimulado. Es un eventual elemento de prueba de la simulación, donde asume con frecuencia valor confesorio y podría ser suscrita por la parte, contra cuyo interés está realizada, también luego del negocio simulado. Las partes que han concluido un contrato simulado, para asegurarse la posibilidad de que su contraparte le sea fiel, o de probar victoriosamente la acción de simulación, predisponen, precedente, contemporánea o sucesivamente al acto simulado, una contradecларación, que es el documento escrito en el que se reconoce el acuerdo simulatorio o, en el caso de simulación relativa, el negocio disimulado (Cfme. Tomé Gómez, Miguel, “Negocios jurídicos simulados y fraudulentos”, FCU, Montevideo, 2008, pág. 78).

De acuerdo al art. 1580 del Código Civil: “Los contradocumentos surten efecto entre los contrayentes y sus herederos; pero no pueden perjudicar a sus sucesores por título singular, los cuales se consideran como terceros”.

La jurisprudencia ha entendido, con relación a lo dispuesto por esta norma, que las partes de un negocio simulado pueden hacer valer el contradocumento en juicio.

Así, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno, en sentencia Nº 200/2014 señaló: “(...) cabe recordar que tal como se sostuvo en sentencia 246/2012 de la Sala con anterior integración, considerando que la acción simulatoria es una acción ordinaria de nulidad, que tanto los sujetos que celebraron el contrato simulado, como quienes ocupan su misma situación jurídica (sucesores a título universal) y quienes son ajenos a la formación del negocio (terceros) tienen en principio legitimación ad-causam para invocar judicialmente la existencia de simulación siempre que tengan interés en remover la apariencia creada por la misma; debiéndose admitir que las partes (y sus sucesores) tiene siempre interés en la declaración de la simulación con el fin de demostrar que no se encuentran ligadas por la relación jurídica aparente de que se trata, despejando así la incertidumbre jurídica suscitada por la existencia del acto simulado sin esperar que se lo invoque, no rigiendo respecto de las partes la limitación edictada por art. 1561 C.C. en cuanto a la negativa de la alegación de la nulidad absoluta del contrato a aquél que lo celebró ‘sabiendo o debiendo saber’ el vicio que lo invalidaba, estando admitido por el art. 1580 en su primera parte la invocación por los contrayentes del contradocumento (acuerdo simulatorio) del que surge el ‘vicio’ invalidante del acto aparente (Gamarra, Tratado..., T. XIII, 3era. ed., p. 103 y ss.; Alonso De Marco en, A.D.C.U., T. XX, p. 230; y op. cit., T. XXV, c. 1176; T. XXVI, c. 920, 922; T. XXVII, c. 926; T. XXIX, c. 849; T. XXX, c. 1070; etc.)”.

Ahora bien. En el presente caso, los demandados no cuentan con un contradocumento en el que haya quedado asentado el acuerdo simulatorio supuestamente realizado entre los cónyuges CC y DD, EE y sus hijos FF y BB.

Al carecer los demandados de un contradocumento que respalde lo que ellos afirman sobre la presunta existencia de una donación encubierta, evidentemente ven perjudicadas sus posibilidades de acreditar tal proposición.

Corresponde entonces indagar si, sobre la base de las restantes probanzas obrantes en autos, es posible considerar acreditada la existencia de la donación encubierta alegada por la parte demandada.

b) En lo que respecta a la prueba testimonial, emerge de obrados que la única declaración testimonial que apunta claramente en el sentido de la efectiva existencia de la donación encubierta es la de EE, padre de los dos demandados.

El testigo afirmó en su deposición que su primo y padrino, CC, le propuso donarle esos inmuebles, pues había un valor afectivo, ya que el edificio había sido construido por sus abuelos. Señaló que CC le donó los tres locales comerciales, pero que figuró como una venta, porque así lo propusieron los escribanos. Agregó que él estaba recientemente embargado, por eso pusieron los inmuebles a nombre de sus hijos, FF y BB. Reiteró que lo que quería “Bocha” (CC) era una donación, pero que dijeron que era mejor hacer la compraventa (fs. 339/342).

Ahora bien. No pueden soslayarse las circunstancias de sospecha que pesan sobre este testigo (art. 157 CGP), no sólo por su condición de padre de los demandados, sino porque es evidente su interés en el resultado de este proceso, ya que, según se afirma por la parte demandada, el verdadero donatario de los inmuebles habría sido EE, por lo que, de prosperar dicha defensa, el testigo en cuestión quedaría como propietario de los bienes.

En consecuencia, parece claro que la sola declaración favorable de este testigo sospechoso no resulta suficiente para dar por probada la proposición fáctica alegada por la parte demandada, esto es, la existencia de una donación encubierta.

c) El testigo MM, quien ha sido médico de las familias EFB y CC, nada declara con relación al contrato de marras, por lo que su testimonio nada aporta.

d) Los testigos NN y OO (fs. 335/337), encargados de dos de los locales comerciales que funcionan en los inmuebles de marras, afirmaron que, a partir del fallecimiento de DD (acaecido en noviembre de 2017), comenzaron a pagar los alquileres a “EE”. Luego, preguntados sobre a cuál EE se referían, indicaron que sería un “señor de sesenta y pico de años”, por lo que cabe entender que se refieren a EE(padre) y no a FF (hijo).

En este punto, no puede dejar de señalarse la inconsistencia con la prueba documental de fs. 99/132, agregada por la parte demandada, de la que surge que los alquileres, a partir de noviembre de 2017, fueron cobrados por FF, no por EE (como declararon los testigos).

Los demandados afirmaron en su contestación que el negocio que existió, en la realidad, fue una donación de parte de los cónyuges CC – DD a EE, o sea, que en los hechos la donación no se hizo en favor de los demandados, sino de su padre. En consecuencia, si el verdadero beneficiario del negocio (el donatario) era EE, no se comprende –ni ha sido explicado- por qué los alquileres fueron percibidos por su hijo, FF, según surge de la prueba documental referida.

En cualquier caso, sea que los alquileres hayan sido percibidos por EE (padre) o por FF (hijo), tal circunstancia no es determinante para lograr probar lo afirmado por los demandados, esto es, que el contrato realmente querido fue una donación a favor de EE.

En efecto, bien podría suceder que, al fallecer DD (quien aparecía como usufructuaria en el contrato de compraventa simulado), los FB hayan hecho valer ante los arrendatarios la apariencia de ese contrato (en el que ellos figuraban como nudos propietarios), lo que determinaba que, luego de la muerte de la usufructuaria, pasaran a ser propietarios plenos de los bienes, lo que les permitía desde entonces hacerse con los alquileres.

Entonces, si bien la prueba de la percepción de los alquileres podría marcar un indicio de efectiva ejecución del negocio cuestionado, esto es, que los FB, como propietarios plenos (según su tesis), pasaron a cobrar los alquileres luego de la muerte de la usufructuaria, tampoco puede descartarse que se hayan valido de la apariencia del negocio simulado (contrato de compraventa) para, en base a ello, reclamar el pago de los alquileres a los arrendatarios.

En suma, la prueba hasta aquí analizada no es concluyente en el sentido pretendido por los demandados.

e) Las tasaciones de ACSA y GARANTIS, sobre el valor de la nuda propiedad de los inmuebles (fs. 134/137), poca relevancia tienen, ya que en autos no está controvertido que la compraventa y, por ende, el precio pactado en dicho negocio, fueron simulados.

En consecuencia, nada aporta saber si el precio que se pactó en esa compraventa estaba acorde o no con los valores de mercado en aquella época, pues hay acuerdo respecto a que se trató de un precio ficticio, ya que, o bien no hubo enajenación alguna (tesis del actor), o bien hubo una donación (tesis del demandado).

f) Lo mismo cabe decir respecto a la prueba documental relativa a que el presunto vendedor, CC, no habría cobrado el cheque que le fuera entregado por EE como forma de pago del precio pactado en la compraventa de marras (intercambio de mails entre el actor y funcionarias del Banco Itau, a fs. 83/91).

Esa prueba no arroja luz alguna respecto a la existencia o inexistencia de la donación. En efecto, no hay controversia respecto a que no existió un verdadero pago del precio, ya que, o bien hubo una simulación absoluta, o bien se quiso encubrir una donación. En consecuencia, la prueba sobre la no cobranza del cheque está vinculada con un hecho no controvertido, que por ende no requiere prueba.

En otras palabras, que los vendedores no hayan percibido el precio pactado en la compraventa simulada, no demuestra que por debajo hubiera una donación, ya que, también en la hipótesis del actor, consistente en la existencia de simulación absoluta, los vendedores no habrían percibido precio alguno.

g) Los contratos de arrendamientos de los locales comerciales, celebrados en los años 2015 y 2016, en los que compareció por la parte arrendadora la administradora PP (fs. 163/181), tampoco logran probar nada respecto al hecho que es objeto de prueba, esto es, si existió o no una donación encubierta.

En efecto, el hecho de que PP, quien trabajaba para DD (según fue probado por los testigos ofrecidos por la demandada), haya extendido esos contratos de arrendamiento, nada revela acerca de si, previamente, hubo o no donación de la nuda propiedad de esos bienes a los FB.

En tal sentido, bien podría ser que DD cobrara esos alquileres en carácter de usufructuaria pues la nuda propiedad había sido previamente donada (tesis del demandado), como que los cobrara en calidad de plena propietaria dado que en realidad no hubo enajenación alguna de la nuda propiedad (tesis del actor). En cualquiera de ambos escenarios, los alquileres irían a parar a DD, ergo, la prueba es irrelevante al efecto.

h) Lo mismo cabe indicar respecto a las declaraciones de NN y OO, encargados de los locales comerciales en cuestión, en cuanto afirmaron que pagaban los alquileres a DD hasta la fecha de su muerte.

i) Por otro lado, cabe destacar que no declaró en autos el Escribano JJ, que fue quien realizó la escritura de compraventa. Su testimonio podría haber echado luz respecto a si estaba en conocimiento de que tal contrato buscaba encubrir una verdadera donación, lo que, según afirman los demandados, habría sido aconsejado por el propio profesional.

Resulta llamativo que la parte demandada no haya ofrecido su testimonio, siendo que fue ella quien aseguró que el Escribano propuso realizar la compraventa para disimular la donación. Fue la parte actora quien, en la audiencia preliminar, solicitó, como prueba sobre hechos mencionados por la demandada en su contestación, la declaración del Escribano JJ (fs. 199).

Sin embargo, el testigo finalmente no declaró en este juicio. Inicialmente fue citado para declarar en audiencia a celebrarse el 26 de marzo de 2021 (fs. 206 y 243), pero el 18 de febrero comunicó la imposibilidad de concurrir a la audiencia, ni de participar en una audiencia virtual por razones anímicas, fundándose en el riesgo de contraer COVID-19 al tratarse de un paciente de 73 años con co-morbilidades (fs. 244). La Jueza *A Quo* autorizó su declaración por video llamada, imponiendo a la parte interesada (actora) viabilizar los medios electrónicos a tales efectos (fs. 245). La parte actora recurrió tal decisión de la Sede, fundándose en el art. 64 BIS del CGP y alegando que debía estarse a la citación efectuada, bajo apercibimiento (fs. 252). La Sede, atento a la oposición de la actora y lo informado por el testigo, dispuso prescindir “por ahora y sin perjuicio” de la declaración de JJ, *“hasta que las circunstancias sanitarias y/o proceso de vacunación torne más segura la*

*comparecencia*” (fs. 253), lo que no fue impugnado por las partes. Luego, se realizaron las audiencias de testigos, sin que JJ haya comparecido. En la audiencia de fecha 27 de agosto de 2021, el abogado de la parte demandada afirmó que JJ había fallecido (fs. 342).

En resumen, lo cierto es que no se cuenta con su declaración, que atento a lo alegado en este proceso por los demandados, podría haber sido por demás relevante para acreditar la existencia de la donación encubierta.

j) En otro orden, cabe señalar que surge de la prueba documental que, el 31 de marzo de 2004, los cónyuges CC y DD donaron a Politur SA -sociedad constituida unos meses antes (fs. 42)- la nuda propiedad y posesión del padrón N° 95.953 de Montevideo (ubicado en el barrio Carrasco), compuesto por cuatro solares de terreno (de 564, 402, 522 y 547 metros), con las construcciones, mejoras y accesorios que contienen, reservándose los enajenantes el usufructo vitalicio (fs. 44/46).

Ello significa que, en la misma época de la celebración del negocio de marras, en el que, según se afirma por los demandados, no se quiso formalizar la donación de tres pequeños inmuebles que funcionaban como locales comerciales en el barrio Centro por el temor a una posterior impugnación del título, razón por la que se aparentó una compraventa para disimularla, los mismos sujetos que aparecen como vendedores sí consintieron la realización de la donación de la nuda propiedad de un importante padrón en el barrio Carrasco, cuyo valor de mercado era, sin dudas, mucho mayor al de los bienes de marras.

k) Finalmente, como un último elemento indiciario, cabe reseñar que el aquí accionante promovió anteriormente otra demanda simulatoria, ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 1° Turno, respecto a la enajenación de otro inmueble que también perteneciera a los cónyuges CC - DD, realizada en favor de otros sobrinos (II y HH), demanda que fue acogida por la referida Sede por sentencia definitiva N° 67/2019, la que fue consentida por los allí demandados.

Pues bien.

De acuerdo a lo que viene de analizarse, puede concluirse que la prueba producida en autos, valorada en forma individual y en su conjunto, conforme con las reglas de la sana crítica (artículo 140 CGP), no logra demostrar la existencia de una donación encubierta por parte de los cónyuges CC – DD a EE.

No se cuenta con elementos probatorios con eficacia convictiva respecto a la efectiva existencia, en los hechos, de la donación invocada.

En consecuencia, la parte demandada no ha logrado desembarazarse de la carga de la prueba, esto es, no ha logrado acreditar el hecho impeditivo de la pretensión formulada por la parte actora (art. 139.1 del CGP).

A su vez, más allá de la regla emanada de la mencionada norma procesal, que coloca sobre el demandado que alega un hecho modificativo, impeditivo o extintivo de la pretensión la carga de acreditarlo, debe agregarse que, en el presente caso, era claramente la parte demandada la que estaba en mejores condiciones de probar su alegación relativa a la existencia de la donación encubierta, ya que fueron los demandados quienes participaron del procedimiento simulatorio.

Como ha entendido el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno en sentencia N° 146/2017: *“Es por ello que en este orden corresponde, pues, la aplicación del principio de disponibilidad del medio probatorio, en tanto ‘las reglas de distribución de la carga de la prueba deben interpretarse*

en el sentido de que los deberes procesales de colaboración y moralidad no toleran que la parte que esté en las mejores condiciones de aporte probatorio se acolchone en la pasividad, e imponen al justiciable que en un caso concreto puede suministrar la prueba con menores gravámenes, dilaciones y gastos, la carga probatoria con preferencia a la que 'ex lege' aparece como adjudicataria' (Cf. De Midón, 'A propósito del onus probandi: la parte en mejores condiciones de suministrar la prueba bajo la lupa del proceso justo', en R.U.D.P., 1993, No. 1, pág. 39; asimismo, sentencias del TAC 1o. Nos. 10/96 en R.U.D.P. 3/97 y 32/00 en R.U.D.P. 4/01)" (en igual sentido, véase de la misma Sala: sentencias Nos. 5-220/13, 5-87/2014 y 82/16).

En definitiva, el actor probó el carácter simulado del contrato de compraventa (en puridad no hubo controversia al respecto) y el demandado no logró probar que, por debajo de ese contrato simulado, existiera un contrato de donación (negocio disimulado).

En función de lo expuesto, corresponde amparar la demanda de simulación absoluta entablada, tal como fuera resuelto en la sentencia de primera instancia.

## **8.- Agravios por reajuste, intereses y pretensión de reivindicación.**

8.1.- En la parte final de su libelo, sostiene el recurrente que, conforme a lo establecido en el art. 257.2 del CGP, corresponde condenar al pago de intereses, sin perjuicio de que la Ley N° 14.500 es preceptiva y resulta aplicable de oficio por ser de orden público, a lo que deberá condenarse.

Agrega que, no habiéndose pronunciado el Tribunal sobre su apelación en lo que respecta a la reivindicación, siendo una cuestión accesorio a la principal, y en virtud del principio de economía procesal, corresponde condenar a la entrega de los bienes inmuebles en el plazo de 10 días.

8.2.- Dos razones impiden el progreso de estos planteos.

8.3.- Por un lado, resulta claro el incumplimiento de los requisitos formales previstos en los arts. 270 y 273 del CGP, dado que el recurrente realiza una serie de consideraciones sin desarrollar sus fundamentos, por lo que no logra construir verdaderos agravios.

Tal como ha expresado la Corporación sobre la suficiencia de la argumentación: "*La enunciación del motivo debe ser clara y expresa, de modo que permita individualizar concretamente el vicio que justifica la impugnación. (Cf. DE LA RÚA, Fernando: 'El recurso de casación. En el Derecho Positivo Argentino', Víctor P. DE ZAVALÍA-Editor, Buenos Aires, 1968, pág. 223). El recurso de casación debe evitar hacer desarrollos de carácter general y debe procurar desarrollar un esquema argumental concreto y específico con relación a lo que es objeto de la crítica (Cf. MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: 'Recurso de Casación', ADVOCATUS, 1ª Edición, Córdoba, 2016, pág. 232. Como ha sostenido la Corte en múltiples ocasiones, el requisito fundamental del recurso de casación consiste en individualizar el agravio, de modo que, a través de los motivos, también pueda individualizarse la violación de la ley que lo constituye (Cfm. sentencias N° 280/1997, 543/2000, 6/2007, 125/2008, 310/2009, 1.216/2010, 2.914/2011, 806/2012, 251/2013, 466/2013, 64/2014 y 1.109/2018, 1.410/2019, entre otras).*

Cómo explica VESCOVI '(...) la doctrina más recibida considera que es necesario que se indique cuál es la aplicación de la norma que se pretende, lo que dicho de otro modo (pues puede haber errónea interpretación...) significa que debe reclamarse que se indique el error y la correcta solución de la situación jurídica objeto de la sentencia de que se recurre. La invocación debe ser clara y no mera referencia o crítica general' (VESCOVI, Enrique. Derecho Procesal. Tomo VI. 2ª Parte. Ediciones IDEA. Montevideo. 1985. pág. 198)".

No puede perderse de vista que un mínimo de formalidad exige que quien interpone un recurso de casación a los efectos de que el órgano máximo de la jerarquía judicial analice, como último remedio previo a la ejecutoriedad de una sentencia que le resulta injusta, un desarrollo mínimo y no una mera transcripción de doctrina sin ensamblarla al caso concreto. En palabras de Hitters: “(...) *la expresión de agravios constituye la clave de bóveda para la apertura de la actividad controladora del superior*” (cfme. Hitters, J.C., “*Técnica de los recursos ordinarios*”, Ed. LEP, La Plata, 2000, pág. 441).

8.4.- Amén de lo anterior, lo que pretende el actor es que se disponga una condena en términos más amplios que la que fuera dispuesta en la sentencia de primera instancia, ya que pretende adicionar reajuste e interés legal (que no fueron objeto de condena por la *A Quo*) y que se haga lugar a la pretensión de entrega de los bienes inmuebles (que no fue amparada por la *A Quo*).

8.5.- En la interpretación que postula la mayoría de la Corte (Sres. Ministros Dres. Martínez, Sosa, Pérez y la redactora) respecto a la regla prevista en el art. 268 inc. 2 del CGP, lo pretendido por la parte actora no resulta posible. Atento a lo establecido en el artículo 268 inciso segundo del CGP, y tratándose de un proceso en el cual no se demandó a una entidad pública de las previstas en la disposición mencionada, rige plenamente la regla que establece la improcedencia del recurso de casación respecto de aquellas cuestiones que han sido objeto de doble confirmatoria. Respecto del alcance de esta regla, la Corte ha sostenido en reiteradas oportunidades: “(...) *la «ratio legis» del artículo 268 del C.G.P. –con la redacción dada por el art. 37 de la ley No. 17.243– radica en impedir que se revisen en el grado casatorio aspectos de la pretensión sobre los cuales recayeron pronunciamientos jurisdiccionales coincidentes en dos instancias, en razón de lo cual entiende la Corporación que aquellas cuestiones involucradas en el objeto de la litis y a cuyo respecto la decisión de primer grado fue confirmada en segunda instancia, se encuentran exiliadas del control casatorio (...) (cf. sentencias Nos 376/2009, 1.221/2009, 122/2010, 884/2012, i745/2015 y 179/2015, entre otras)*” (sentencia N° 364/2021).

Por lo tanto, según la “regla de la doble confirmatoria” consagrada en el art. 268 inc. 2 del CGP, cuando existen dos decisiones coincidentes en ambas instancias sobre cierto punto, tal cuestión queda exiliada de ser revisada en casación.

En la especie, hay dos pronunciamientos coincidentes sin discordia respecto al rechazo de la pretensión de entrega de los bienes inmuebles, así como a la no imposición de la condena a abonar reajuste e interés legal.

En consecuencia, a juicio de la mayoría de la Corporación, los agravios en estudio son inadmisibles.

8.6.- Por su parte, la Sra. Ministra Dra. Minvielle comparte lo expresado por la mayoría de los integrantes de la Corporación, en cuanto a que el recurso ha sido interpuesto respecto de cuestiones que han sido objeto de doble confirmatoria. En efecto, la sentencia de segunda instancia confirma la de primera, y la revoca únicamente en relación al monto del daño moral. Por lo que la responsabilidad del demandado y la inexistencia de hecho de la víctima y/o del tercero, han sido objeto de dos fallos coincidentes.

Ahora bien, la Sra. Ministra Dra. Minvielle discrepa en cuanto a que tales cuestiones queden exiliadas de ser revisadas en casación, pues sobre este tópico procesal, ha mantenido una posición discrepante con el temperamento que ha sostenido en mayoría la Corporación.

La referida Sra. Ministra, coincide con la posición más amplia sobre los requisitos de admisibilidad del recurso, que entiende que siempre que el Tribunal de segunda instancia revoque en forma total o parcial la sentencia de primera instancia, o la confirme pero con discordia, la sentencia, en su integridad, resultará pasible de ser revisada en casación.

Esta tesis fue impulsada inicialmente por la discordia estampada por la Sra. Ministra Dra. Selva KLETT a la sentencia de esta Corporación N° 465/2005 y, tras sus huellas, enarbolada por la doctrina especializada (en tal sentido véase BARREIRO, María Virginia y TEJERA, Mariela. *“Admisibilidad de la casación ante la doble confirmatoria y sin discordia”*; LANDONI SOSA, Ángel; GONZALEZ MIRAGAYA, Santiago y CABRERA ORCOYEN, Rafael. *“Procedencia del recurso de casación y alcance en hipótesis de confirmatoria parcial de la sentencia apelada”* ambos en AA.VV: *“XIVas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Colegio de Abogados - IUDP, Colonia del Sacramento, 2009, págs. 187 a 196 y 151 a 168 respectivamente y LANDONI SOSA, Ángel. “El recurso de casación”, XVIIas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Colegio de Abogados del Uruguay – IUDP, Rivera, 2015, págs. 229 a 254).*

Esta tesis es la que mejor se condice, no solamente con el texto legal, sino con el sistema procesal en su conjunto. En particular, es la que mejor realiza el principio de libertad impugnativa, que está consagrado en el art. 244.1 CGP; cualquier restricción a la libertad de impugnación -como la que en este caso consagra la disposición legal en estudio- debe interpretarse con sentido restrictivo.

Con tales entendimientos, no resultaría obturada la posibilidad de revisar, en esta oportunidad, estos aspectos del pronunciamiento del primer grado que fueron confirmados por la sentencia de segunda instancia hostilizada mediante el recurso de casación en examen. Y ello, desde el momento en que la sentencia objeto del recurso de casación no confirmó en todo y sin discordias la de primera instancia, sino que revocó algún punto de la primera.

Concluye la Sra. Ministra Dra. Minvielle que, desde luego que, como su posición sobre la admisibilidad del recurso es minoritaria, resulta estéril ingresar a examinar esos puntos sobre los que, a juicio de quienes conforman la mayoría del Cuerpo, está vedado el control en esta instancia casatoria.

Lo antes expuesto determina la desestimatoria del agravio.

#### **9.- Las costas y costos de la presente instancia serán puestas de cargo de la parte demandada.**

9.1.- A juicio de los Sres. Ministros Dres. Martínez, Minvielle, Pérez y la redactora, tal como ha sostenido la Corte, desde larga data, la defensa en juicio de un negocio fraudulento implica un comportamiento malicioso y contrario al principio de buena fe, razón por la cual, las costas y costos corresponden sean de cargo de la parte demandada perdidosa (artículos 56.1 y 279 del CGP y artículo 688 del Código Civil) (véase, entre otras, sentencia N° 107/2020 de la Suprema Corte de Justicia).

En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° en sentencia N° 247/2012 y el Tribunal de Apelación en lo Civil de 7° en sentencia N° 170/2020, entre muchas otras.

Por los fundamentos expuestos y, en atención a lo establecido en los arts. 268 y concordantes del Código General del Proceso, la Suprema Corte de Justicia;

**FALLA:**

**AMPÁRASE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO, ANÚLASE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y, EN SU MÉRITO, MANTIÉNESE FIRME LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. COSTAS Y COSTOS DEL GRADO A CARGO DE LA PARTE DEMANDADA. FÍJANSE LOS HONORARIOS FICTOS EN 20 BPC.**

**NOTIFÍQUESE A DOMICILIO, PUBLÍQUESE Y, OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.**

**SR. MINISTRO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DR. TABARÉ SOSA DISCORDE EN PARTE:** Por considerar que no corresponde imposición de condenas causídicas especiales.

El supuesto de autos no se ajusta estrictamente a los antecedentes de esta Suprema Corte de Justicia a partir de los cuales se ha forjado la máxima jurisprudencial según la cual la defensa de un negocio simulado constituye una conducta reñida con la buena fe que, por ello, conlleva las referidas sanciones procesales.

En el litigio de autos, los demandados, desde su primera actuación procesal reconocieron la insinceridad de la compraventa impugnada y, aunque arguyeron la existencia de un negocio distinto, tal invocación no equivale a la defensa lisa y llana de un negocio no querido o falso.

Tampoco puede soslayarse que, si bien se despachó una sentencia que les resultó desfavorable en primer grado, en segunda instancia, en cambio, la demanda fue desestimada, resultados procesales que indican que su argumentación procesal resultó atendida y su conducta procedimental ajustada a derecho.

En consecuencia, el infrascripto estima que corresponde distribuir las costas y costos por su orden.