

/NIN, a los 8 días del mes de Noviembre del año dos mil dieciséis, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín Doctores JUAN JOSE GUARDIOLA, RICARDO MANUEL CASTRO DURAN Y GASTON MARIO VOLTA, en causa N° 1187-2012 caratulada: "SILVEIRA LUIS ALBERTO C/ LOPEZ SUSANA NORA Y OTRO/A S/SIMULACION", a fin de dictar sentencia, en el siguiente orden de votación, Doctores: Guardiola, Castro Durán y Volta.-

La Cámara planteó las siguientes cuestiones:

1a.- ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

2a.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Señor Juez Dr. Guardiola, dijo:

1) En la sentencia dictada a fs. 489/501 se rechazó, con costas, la demanda por simulación deducida por Luis Alberto Silveira contra Susana Nora López, Andrés Fernando Hlawatsch y el escribano Enrique Fernandez Moujan respecto de la enajenación concretada el 10 de mayo de 2011 por escritura pública glosada a fs. 87/90.

Dicho acto (boleto de compraventa con poder especial irrevocable por la compra en comisión que efectuó Hlawatsch) fue celebrado por la primera en nombre y representación de Marta Noemí Borghetti, ex esposa del actor fallecida a los pocos días (17/5/2011), en base a un poder conferido el 4 de marzo del mismo año ( ver fs. 83/86), teniendo por objeto el único inmueble integrante de la sociedad conyugal liquidada y que le fue adjudicado a la misma y del potencial acervo hereditario de su hijo incapaz Juan Manuel Silveira y Borghetti, cuyo deceso también ocurrió a escasos meses (13/6/2011) y del cual el actor es heredero.

Para resolver como lo hizo Sr. Juez Dr. Castro Mitarotonda consideró que a la inexistencia de una causa simulandi seria y aceptable (en la demanda se esgrimió que el propósito de la simulación fue sacar del patrimonio del incapaz la totalidad de los bienes para que no herede y

eventualmente para el caso de que el mismo falleciera a raíz de la enfermedad congénita que sufría su padre no heredara lo que legalmente le corresponde) se suman aquí la falta de presunciones con indicios en número suficiente, en los términos del art. 163 inc. 5 CPCC.

2) Apeló el actor ( fs. 512) expresando sus agravios a fs. 535/537.

Postula la revocación del fallo sosteniendo a) la actitud pasiva de la demandada, sin colaboración probatoria, b) el precio del boleto fue muy inferior a la tasación de valor de mercado; c) que contrariamente a lo expresado la causa simulandi fue burlar legítimas expectativas y d) que los hechos probados y reales revelan la falta de sinceridad del acto, ya que además del precio irrisorio, no se publicó la venta en ningún diario, no existió pago al no haber movimiento en cuentas, la operación se formalizó en Bs. As, supuestamente se habría abonado el 100% del precio al boleto sin retener suma alguna para levantar la hipoteca vigente, nunca tuvo el comprador la posesión del bien permaneciendo en él el menor enfermo.

Ejercieron el derecho a réplica el apoderado de la Sra. López Dr. García a fs. 545/548 y el del codemandado Hlawatsch Dr. Rasuk a fs. 549 y vta. resistiendo la impugnación. No hizo uso del mismo el codemandado Moujan.

Firme el llamado de autos para sentencia de fs. 551 se está en condiciones de resolver (art. 263 del CPCC)

3) En esa tarea, útil es comenzar recordando que "Ferrara enseña que la causa simulandi "es el interés que lleva a las partes a hacer un contrato simulado, el motivo que induce a dar apariencia a un negocio jurídico que no existe o a presentarlo en forma distinta a la que corresponde: es el porqué del engaño"... Este fin concreto y singular, o si se prefiere, razón o motivo determinante del engaño ínsito en la simulación, es la causa simulandi. Es, pues, la razón última, el móvil mediato, que induce a las partes a dar apariencia a un acto jurídico que no existe, en el supuesto de la simulación absoluta, o a presentarlo en forma distinta a la real, en el caso de la simulación relativa ...como fin específico

y concreto, permite la valoración del acto jurídico desde el punto de vista de su licitud o ilicitud, de su moralidad o inmoralidad. La determinación de la causa simulandi reviste entonces importancia desde un primer ángulo, cual es el de calificar la simulación como lícita o ilícita, con las consecuencias que de esa calificación se desprenden en orden al régimen legal aplicable.

(...) La relevancia de la causa simulandi no se agota en la calificación de la simulación, con ser esa su función más importante, sino que se proyecta a lo referido a la prueba de ella...normalmente cuando los impugnantes del acto simulado son terceros que como tales es imposible que tengan acceso al contradocumento que pudiera existir- la demostración de la existencia de simulación se realiza mediante indicios o presunciones. En estas hipótesis, la acreditación de la causa simulandi es base trascendente para, sobre ella, fundar la prueba indiciaria, a tal extremo que algunos autores (Acuña Anzorena, Ferrara) consideran que su puesta de relieve resulta imprescindible aunque en la actualidad se admite la prueba indiciaria aun cuando no se determine cabalmente cual es la causa simulandi. Pero, incluso en este último caso, la precisión acerca del móvil de la simulación ha de dar solidez a la construcción de la prueba por vía de presunciones."(Garibotto Juan Carlos "Causa simulandi. Noción e importancia" La Ley 1994-E-452)

En este mismo sentido Santos Cifuentes ("Negocio Jurídico" 2a. ed. Astrea N° 320 p. 660/661) expresa "Suele ponerse de relieve la importancia que tiene demostrar la causa simulandi. Las razones que indujeron a las partes a celebrar el negocio ficticio, las cuales son variadas y múltiples, dan explicación a la actitud asumida por ellas y sus verdaderos propósitos. Pese a que esa demostración revela el porqué o el posible porqué de la simulación, lo que viene a constituirse en una de las presunciones más claras de la maniobra, no es absoluto rigor acreditarlo, y hasta se puede prescindir de la causa simulandi cuando su comprobación sea difícil. Aunque esta ausencia, desde luego, impone

mayor análisis y rigor en el estudio de la prueba del carácter ficticio del acto. Como ha dicho Borda, muchas veces los móviles de la simulación son inciertos, imprecisos, ambiguos, de contornos indefinidos; es muy difícil penetrar en la intimidad del pensamiento humano, en especial cuando las partes han tratado de ocultarlo. Por ello basta que pueda haber un motivo razonable, que la ficción no sea ilógica y carente de todo sustento. Puede sostenerse que la admisión, según el tipo de negocio, sus modalidades y el contorno jurídico que lo rodea, de la hipotética razón o fin inmediato posible para concretarlo, llena un vacío que es la verdadera clave para comprender y sustentar la búsqueda del investigador. Si no es demostrable la causa simulandi, basta sin embargo que no haya una incoherencia de fundamentos en la configuración de la apariencia; pero entonces el juez debe extremar la prudencia en la valoración de las otras presunciones que se presentan sin un apoyo espiritual justificador de la maniobra"

Y Jorge Mosset Iturraspe ("Contratos simulados y fraudulentos" To. I Rubinza Culzoni p. 318/9) al decir "puede admitirse que la causa simulandi no es recaudo exigido legalmente y, por tanto, no cabe imponerla como *conditio sine qua non* para probar la ficción del acto simulado; se vuelve de demostración imprescindible como excepción, cuando se indaga acerca de la ilicitud de la simulación. Pero para cualquier hipótesis, concluimos constituye un valioso elemento de juicio a tener en cuenta como corroborante de la existencia de una simulación que objetivamente resulta de otras circunstancias"

Este autor refiere luego algunas reflexiones de Muñoz Sabaté en el sentido de que cuando se analizan conductas humanas la motivación juega un papel primordial a guisa de elemento propulsor o generador, ya que "quien simula, simula casi siempre por algo bien concreto, racional y económico. Quien simula es un estratega nada inmaduro" y agrega que la causa simulandi explícita o implícita en la demanda debe mostrarse como razonable, como un motivo serio, importante y contemporáneo al acto

impugnado, la pretendida ficción no debe ser ilógica y carente de todo posible sustento; para concluir que el indicio de causa simulandi normalmente se inserta entre los demás indicios, es como un preámbulo para iniciar el camino de la prueba de la simulación, sirviendo de hilo conductor para guiar al juez a través del laberinto de los hechos y orientarlo. La causa simulandi no sólo sirve para explicar el acto, sino que por sí, constituye también una presunción. Y digo yo que la más importante, en tanto además se conecta con la ilicitud de la apariencia misma y por ende con el interés legítimo tutelable del tercero accionante (doctr. arts. 958 y 959 CCivil de Vélez en el sublite aplicable art. 7 CCCN).

"Nada se simula sin un objetivo buscado y aunque difícil es para un tercero conocerlo, esa finalidad está en el centro mismo de la figura simulatoria, que tiene un marco convencional concreto y que exterioriza un acuerdo voluntario mucho más deliberado que cualquier otro negocio, pues se trata de engañar a terceros para lograr determinados fines" (Xanthos "La simulación en perjuicio de herederos forzosos. Pruebas y presunciones que lo demuestran" La Ley 1997-D-423)

Dicho esto, coincido con la valoración que hizo el sentenciante de la instancia anterior en cuanto a que el móvil invocado como determinante de la supuesta simulación lejos está de ser serio y aceptable.

No parece razonable que la madre, quien se hizo cargo del único hijo del matrimonio brindándole asistencia (sin que se haya establecido una cuota alimentaria a cargo del padre ver fs. 16 juicio de divorcio atraillado) y cuidados acordes al trastorno mental severo que reconoce el actor en su demanda, en forma exclusiva (ver declaraciones testimoniales de Walker fs. 447, Minotti fs. 448 y especialmente de Gladys Flores fs. 449 y su esposo Novales fs. 21 IPP), que consciente de su enfermedad terminal se preocupó de velar por su guarda y atención ( ver declaración de Flores citada e instrumento de fs. 91 por el que designa para tal cometido a su prima López aquí demandada) sabiendo también la actitud al menos pasiva que al respecto observaría el Sr. Silveira (lo que resulta de dicha

designación y es confirmada por la ratificación que de la misma hizo a través de los escritos de fs. 92 y 94 y el haberlo dejado al cuidado de Flores-Novares) haya tenido la intención de realizar algún acto tendiente a vaciar su patrimonio, a perjudicarlo. Todo su accionar claramente se ve orientado a brindarle la mayor protección posible para después de su inminente muerte. Tampoco se alegó al accionar y ningún elemento probatorio existe que haga siquiera inferir que la Sra. López se haya apartado en su obrar de instrucciones y del mandato conferido por su prima Borghetti, cuyas amplias facultades -además del nombramiento respecto al incapaz mencionado- demuestran acabadamente la confianza depositada.

Mucho menos que haya sido ideado en miras a un derecho o interés inexistente a ese momento de su ex esposo, para lesionar una expectativa, mera posibilidad conjetural o remota desde que no era su sucesor y nada hacía prever el fallecimiento anterior de su hijo, es decir una mediata herencia futura (Compagnucci de Caso Rubén H " El negocio jurídico" Astrea p. 341) El propio actor manifiesta "nada hacía prever tan rápido y fatal desenlace" (fs. 54vta.) y la promoción de la curatela de Juan Manuel revela que ese suceso no era vislumbrado.

Sabido es que en esta materia ante la dificultad probatoria cobra particular relevancia la prueba de presunciones que debe asentarse sobre indicios precisos, graves y concordantes. La suma de todos ellos, su correcta acreditación (debidamente probados), la coherencia intrínseca que exhiben (concordancia), la posibilidad de atribuirles una orientación común (univocidad), la inexistencia de factores acreditados que los debiliten (no hay contra indicios), etc., deben conformar un conjunto contundente y homogéneo de hechos de suerte tal que no pueda sino deducirse ciertas consecuencias sin lugar a dudas o contradicciones (art. 163 inc. 5 CPCC; SCBA Ac 74854 S 08/11/2006; C 98919 S 22/05/2013 ) y que en caso de duda debe estarse por la sinceridad del acto impugnado por simulación (SCBA Ac 33064 S 11/12/1984)

Todos los que el recurrente enarbola, tradicionalmente conocidos como "necessitas", "tempus", "preconstitutio" "locus", "retentio possessionis" e incluso "pretium vilis" admiten una lectura muy distinta a la que convenientemente ahora, desaparecida su obligación parental y generado el llamado sucesorio, pretende instalar.

En efecto, la necesidad de hacer líquido el único inmueble del activo encuentra como razones harto valederas la falta de recursos que el propio fallecimiento provocaría para la atención del hijo, con las dilaciones que normalmente acarrea la obtención de una pensión, además de proveer a los ingentes costos de su propia enfermedad y del cuidado que le suministraron las personas que lo iban a cuidar; y de no hacerlo en ese momento la tramitación indispensable del juicio sucesorio con las consiguientes erogaciones y trabas propias a su disponibilidad teniendo en cuenta que el beneficiario se trataba de un menor incapaz. Vale señalar que como dice Mosset Iturraspe (ob. cit. p. 320) el indicio de necessitas es el más importante para justificar el negocio y destruir a la vez el indicio causa simulandi, aquí además no configurado.

El *tempus* estaba dado por el escaso tiempo que tenía de vida la Sra. Borghetti (arts. 1963 inc. 3, 1980/3 CCivil de Vélez)

No medió *preconstitutio*, es decir un formalismo excesivo sospechoso de tener por meta elaborar una buena coartada, al llevar a escritura pública el boleto de compraventa, o sea en la instrumentación del acto impugnado. Una elemental prudencia de quien desembolsa la totalidad del precio, compra en comisión, ambos celebrantes actuando en base a un poder sujeto al plazo incierto pero escaso de vida de la enajenante y sin la adjudicación resultado de la liquidación inscripta ( ver certificado de dominio y el proceso de divorcio), aconseja ir más allá de la fecha cierta y obtener la plenitud de efectos probatorios de una escritura pública en cuanto a las manifestaciones y hechos pasados ante el oficial público.

En cuanto al lugar de celebración no ha de sorprender que teniendo la mandataria y el comprador en comisión domicilio en la ciudad de Bs. As. lo hayan allí celebrado.

Los últimos dos aspectos también encuentran una explicación posible y están asimismo vinculados. La permanencia en la ocupación de la vivienda por parte del menor y cuidadores ( lo que no excluye el constituto posesorio art. 2462 incs. 3 y 6 CCivil de Vélez, a título de tenencia precaria de aquella) transitoriamente al menos indispensable dadas la condiciones de su estado de salud y el trance en que se encontraba (madre internada, luego el deceso de la misma con el reacomodamiento que eso exigió y después el desenlace de su propia existencia cuyas circunstancias desconocemos) obviamente limitaba - sumado al tiempo que apremiaba para la concreción de la operación- las posibilidades de oferentes. La compra en comisión revela también las finalidades de inversión de la otra parte del negocio. Todo ello confluye a circunscribir el círculo de compradores a quienes pudieren tener un conocimiento personal y aceptación de las condiciones de la operación (entre ellas la no transferencia dominial inmediata y la cancelación hipotecaria por el seguro del que era beneficiaria Borghetti recién a su deceso) y mitigar el precio obtenible. Respecto a éste último, su percepción está alcanzada por los efectos probatorios de los arts. 993 y 994 CCivil de Vélez. Independientemente de que la rendición cuentas nada tiene que ver con la veracidad del acto, tampoco su inexistencia es un hecho suficientemente comprobado, toda vez que entre la celebración del negocio atacado y el deceso de Borghetti medió una semana, de las constancias de la HC (ver particularmente fs. 34/36) no resulta una falta de discernimiento que impidiera su recepción y en el informe del Banco Provincia de fs. 38 del sucesorio aparece el ingreso de la demandada en la caja de seguridad de aquella.



Con lo expuesto entiendo que la línea argumental del recurrente se desvanece como pompa de jabón. Concuero así con la decisión tomada en la instancia anterior.

Doy mi voto POR LA AFIRMATIVA.-

Los Señores Jueces Dres. Castro Durán y Volta, aduciendo análogas razones dieron sus votos en igual sentido.-

A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez Dr. Guardiola, dijo:

Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso -artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del CPCC-, Corresponde:

CONFIRMAR la sentencia apelada. Costas de Alzada al actor vencido (art. 68 del CPCC). Difiérese la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 8904).

Doy mi voto POR LA AFIRMATIVA.-

Los Señores Jueces Dres. Castro Durán y Volta, aduciendo análogas razones dieron sus votos en igual sentido.-

Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo que firman los Señores Jueces por ante mí: FDO. DRES. JUAN JOSE GUARDIOLA, DR. RICARDO MANUEL CASTRO DURAN Y GASTON MARIO VOLTA, ANTE MI, CRISTINA LUJAN SANTANNA, (Auxiliar Letrada).-

//NIN, (Bs. As.), 8 de Noviembre de 2016.

AUTOS Y VISTO:

Por los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso -artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del C.P.C.C.-, se resuelve:

CONFIRMAR la sentencia apelada. Costas de Alzada al actor vencido (art. 68 del CPCC). Difiérese la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 8904).

Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse los autos al Juzgado de Origen.- FDO. DRES. JUAN JOSE GUARDIOLA, DR. RICARDO MANUEL CASTRO DURAN Y GASTON MARIO VOLTA, ANTE MI, CRISTINA LUJAN SANTANNA, (Auxiliar Letrada).-