

**Expte. N°: 1612-2006 BATAFARANO MARIA TERESA C/ GARCÍA RUBEN OSCAR Y OTROS S/ S/ SIMULACION**

**N° Orden: 193**

**Libro de Sentencia N°: 57**

/NIN, a los 1 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° 1612-2006 caratulada: "BATAFARANO MARIA TERESA C/ GARCÍA RUBEN OSCAR Y OTROS S/ 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:

I- En la sentencia obrante a fs. 1332/1350 el Sr. Juez de primera instancia, en lo que a los recursos interesa, por un lado, hizo lugar a la excepción de falta de legitimación opuesta por la escribana Estela Susana Luis, y por otro, receptó la pretensión promovida por María Teresa Batafarano, como acreedora de Rubén Oscar García, contra éste último, Ana María Basso y Margar S.R.L., dejando sin efecto por ficticia la cesión de las cuotas sociales de la sociedad "Margar S.R.L." realizada por García a favor de Basso e instrumentadas en escritura n° 63 del 11 de junio del año 2003, y escritura aclaratoria de n° 75 del 25/07/2003. Impuso las costas a la demandada y difirió la regulación de honorarios de los letrados intervinientes hasta que alleguen pautas.

Para así resolver, el Dr. Fernando Castro Mitarotonda comenzó receptando la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la escribana interviniente en la cesión, señalando que su participación en el juicio sería necesaria si se hubiera planteado una nulidad formal. A contrario sensu, no estando en tela de juicio la actuación del notario, la excepción debe ser receptada.

En lo que respecta al fondo de la cuestión, recordó que tratándose de una simulación promovida por un tercero, éste puede valerse de cualquier medio de prueba, siendo de singular importancia las presunciones ante la imposibilidad que tiene el actor de obtener una prueba directa de los hechos.

Primeramente tuvo por acreditada la condición de acreedora de la accionante, emergente de las sentencias firmes recaídas en los procesos de escrituración e interdictos que se tramitaron entre las mismas partes.

Luego, consideró que la causa simulandi está dada por el interés del deudor de salvar su patrimonio, ya que el acto de cesión fue otorgado tiempo después de iniciada la demanda de escrituración y en la antesala del inicio del interdicto de recobrar.

Continuando con los indicios y presunciones que acompañaron al acto y que ayudan a corroborar su carácter aparente, valoró los siguientes:

- La relación familiar de concubinato de los contratantes, con una antigüedad de diez años y dos hijos en común.

- La carencia de recursos económicos por parte de la adquirente, extremo que presume del informe de la Afip que da cuenta de que Basso no está inscripta como contribuyente ni tampoco como empleada.

- La continuación de la actividad de García en la sociedad, primero por la continuidad en el cargo de gerente, y después, por su designación como apoderado.

- La falta de ejecución material del contrato simulado.

- La ausencia de acreditación de movimientos de fondos relacionados con la operación, descartando la utilidad en este aspecto, del acta notarial

de fs. 289 que resulta una simple manifestación unilateral. Además, señaló que la pericia contable no da cuenta de la disponibilidad de la suma de \$75.000 y que no se ha explicado el destino de los fondos. También en relación al pago, descartó importancia al hecho de que el mismo figure en la escritura, toda vez que el notario da fe de que el hecho se efectuó pero no de su sinceridad.

-La concatenación con la que se efectuó el acto atacado: primero, mediante escritura n°62 se aceptó la compra a favor de la sociedad de un inmueble de 160 has que había sido adquirido en el año 1.988; y segundo: cinco días después, Garcia cedió las cuotas sociales.

Todo lo cual lo llevó a concluir que la cesión de cuotas sociales de "Margar S.R.L.", instrumentada en las escrituras n° 63 y aclaratoria n° 75, fueron simuladas.

II- Apelaron el pronunciamiento ambas partes, la parte demandada a fs. 1362 y la actora a fs. 1364.

Concedidos libremente los recursos y radicadas las actuaciones ante esta instancia, los apelantes expresaron agravios a fs. 1420/1424 y fs. 1433/1438, actor y demandado respectivamente.

La accionante, pese a resultar gananciosa en la sentencia, cuestionó la recepción de la excepción de falta de legitimación opuesta por la escribana, en miras de su eventual incidencia en las costas. Sostuvo que la excepción fue opuesta en forma tardía, y que su intervención en el juicio resulta necesaria, porque configura un típico caso de litisconsorcio necesario. Además, resaltó que le achaca responsabilidad por algunas omisiones y/o errores, y que se omitió el tratamiento del planteo referido a la inoponibilidad por irregularidad registral, desarrollado en el acápite X de la demanda.

Los demandados se agraviaron de la valoración de la prueba, calificando de absurda la efectuada por el sentenciante.

En concreto, afirmaron que:

- La notificación de la demanda de escrituración fue posterior a la cesión cuestionada, con lo cual desaparece completamente el pretense móvil aducido en la demanda y erróneamente receptado en la sentencia.

- Que se ha acreditado el pago del precio y la capacidad económica de la cesionaria. Del primero da cuenta el acta de constatación efectuada en el año 2.006 en relación a la tenencia de dólares; y el segundo, con la acreditada donación efectuada por la madre de Basso.

- En cuanto a la relación familiar, la convivencia no impide la contratación entre ellos, y la affectio no constituye indicio alguno de que el acto sea simulado.

- También entendió desacertada la consideración del juez en relación al desempeño de García en la sociedad con posterioridad a la cesión. La no modificación del contrato social no tiene la trascendencia indiciaria que se le asigna, y además, se probó que García fue instituido como apoderado, y en tal carácter, operó en el Banco de la Provincia de Buenos Aires.

- En cuanto al precio vil que invoca el accionante, afirman que es inoficiosa la prueba rendida sobre la producción láctea del establecimiento, la tasación del predio y las haciendas, porque lo transferido fueron las cuotas sociales, pero no los bienes que posee la sociedad.

Por último, criticaron la imposición de costas por la recepción de la excepción opuesta por la escribana, en la inteligencia de que deben ser cargadas a la parte actora, que reviste la calidad de vencida.

Corrido el traslado de las reseñadas fundamentaciones, fueron replicadas a fs. 1448/1452 y fs. 1462/1465, de la parte actora y de la escribana Luis, respectivamente.

A fs. 1454 se dictó el llamado de autos para sentencia, cuya firmeza dejó los presentes en condición de ser resueltos (art. 263 del C.P.C.C.).

III- En tal labor, adelanto que comparto lo decidido en cuanto al fondo de la cuestión, en particular la valoración de los elementos

presuncionales aportados, por lo que el recurso de la parte demandada no será de recibo.

Bien se ha dicho que: "Para determinar la carga de la prueba importa atender a las características del objeto controvertido, a las posiciones concretas y dinámicas de las partes en el espejo de la colaboración debida al propósito de esclarecer y arribar al acceso de la verdad. No parece atinado, por consiguiente, sentar criterios absolutos, de validez general; por el contrario se estará más cerca de lo atendible diversificando las categorías de los litigios pues no es lo mismo la manera de traducir la cooperación en procesos de simulación o fraude que en el más simple de daños y perjuicios originados en un accidente de tránsito. Cada controversia tiene su perfil, su identidad, sus propios contornos y sus dificultades o rebeldías...Esas tonalidades desembocan en que la facultad se trueque en un deber y que ese deber sea exigible, con las consecuencias que de ello se sigue para la suerte del pleito ( CC0101 LP 236785 RSD-129-1 S 19-6-2001 JUBA B101485).

Por ello, " En los litigios sobre simulación, la doctrina y jurisprudencia han sentado criterios de vanguardia en torno al desplazamiento de la carga de la prueba; al rigor y preferencia del juego de indicios y presunciones y al afinamiento de la libertad crítica del Juez para formarse el juicio valorativo y arribar razonablemente a conclusiones ciertas, cabiendo hablar de una suerte de principio de "facilidad probatoria" se llega a adosar al adquirente simulador, la carga de la prueba de su capacidad económica para pagar el precio, reflexionando sobre los criterios que se han ido consolidando jurisprudencialmente según los cuales el demandado por simulación no puede hacerse el desentendido cobijándose en que la regla es que sobre el actor pesa la carga de la prueba pues tiene el deber moral de aportar los elementos tendientes a demostrar la seriedad del acto, existiendo al respecto una responsabilidad probatoria compartida"( CC0000 AZ 32462 RSD-4- 93 S 17-2-1993 JUBA B1050179); habiéndose concluido "que si bien por regla

la carga de la prueba pesa sobre quien alega la simulación, ya que las convenciones entre particulares deben reputarse sinceras hasta que se pruebe lo contrario, no lo es menos que el deber de colaboración que pesa sobre el demandado aportando la prueba de descargo, tratando de convencer de la seriedad y honestidad del acto en que intervino, demostrando así su buena fe y el sincero propósito de contribuir a la averiguación de la verdad (Mosset Iturraspe, J., "Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios", I, p. 243; Morello, A., "La prueba, tendencias modernas", p. 127 y ss.). En esta clase de juicios, cuando quien invoca la simulación aporta indicios capaces de generar presunciones, se invierte la carga de la prueba ya que quien pretende desbaratarlas debe arrimar conraindicios o demostrar hechos que revelen que aquellas no poseen los caracteres de gravedad, precisión y concordancia, con otros elementos (Sala F, 29/8/78, ED, 82 287; Sala D, 27/6/72, ED, 46 175)." (CNCiv Sala H "Boxler María Virginia c/ Buján Silvia Alejandra y otro s/ daños y perjuicios " 13/9/2007 voto del Dr. Kiper MJJ16811) y que en este juicio "las presunciones juegan primordial papel, constituyendo en términos generales y por lo común la única prueba a que puede recurrir el tercero que la invoca. Por ello, pese a que el actor incumbe en principio dicha carga, no debe olvidarse que quien sostiene que el acto ha sido real, debe por propia conveniencia aportar todos los elementos probatorios que demuestren la sinceridad de su alegada posición (arts.954, 955 y concs.del Cód.Civil; arts.163 incs.5° y 6°, 362, 375, 376, 384 y concs.del CPCC)" (CC0002 SI 55614 RSD-8-92 S 18-2-1992 , JUBA B1750130)

"Es preciso tener muy en cuenta que quien acciona por simulación avanza, muchas veces, por un camino desconocido y lo hace por ende a tientas, tengamos presente que la simulación deviene un hecho oculto y tramado subrepticamente. La carencia de información precisa, recordémoslo, es la que justifica que el accionante pueda acumular las acciones de simulación y fraude. Exagerando la situación afirma Muñoz Sabaté que "quien empieza un pleito simulatorio sabe tanto de la

simulación como puede saber el propio juzgador ante quien se deduce dicha acción". Pero no caben dudas de que su actitud franca y de búsqueda tenaz de la verdad, en contraste con la del accionado, constituye una seria presunción a su favor. Quien se defiende, por el contrario, se mueve en un plano conocido y de ahí que deba suponerse que sus dubitaciones, sus hesitaciones -y mucho más sus mentiras- no sean debidas a la falta de noticias, sino al deseo de ocultarlas o modificarlas. Las dudas justificadas en quien ataca por simulación no tienen razón de existir en quien se defiende, en el proceso simulante. De ahí que su exposición de los hechos y su petición no admitan variantes subsidiarias ni, menos aún contradicciones" (Jorge Mosset Iturraspe " Contratos simulados y fraudulentos" To. I p. 346).

Hecho este introito, como es sabido la doctrina se ha encargado de enumerar y hasta clasificar los distintos indicios de simulación, que verificados en cierto número según su importancia y con un análisis riguroso en particular y de conjunto, justifican tener al acto por no verdadero.

Paso a ocuparme de las circunstancias que en el caso sub examine, permiten tener por cierta la existencia de un acto simulado.

Por un lado, tal como expresara el a-quo está acreditada la causa simulandi, consistente en el interés del deudor de salvar su patrimonio, burlando a sus acreedores ante la posibilidad de ejecución de sus bienes. En este punto, el juez destaca que la cesión se realizó con fecha posterior al inicio del proceso de escrituración que se tramitó entre las mismas partes, y en la antesala del inicio del interdicto de recobrar.

Se defiende el demandado, afirmando que la notificación de la demanda de la escrituración (9/9/2003) fue posterior a la cesión (11/6/2003), con lo que desvanecería el supuesto móvil aducido, porque nadie simula un acto para defenderse de un juicio que desconoce.

Sin embargo, de una lectura de lo actuado en aquel proceso, tramitado bajo el nro. 43980 y atraillado al presente, se desprende que

previo a su promoción, hubo un intenso intercambio espitolar entre las partes, que se remonta a diciembre del año 2.002 (ver fs. 133/134 y 161/162), en el que, como ocurre habitualmente, se habla del inicio de acciones legales, e incluso en marzo del año 2.003, concretamente, se intima a García a escriturar los inmuebles, bajo apercibimiento de reclamar sus derechos por la vía judicial (ver fs. 52/53).

Este intercambio de cartas documento, reconocido por el demandado al absolver posiciones a fs. 519/522 de aquellos autos, permite afirmar sin hesitaciones que García conocía la existencia del reclamo de Batafarano; y por lo tanto, bien puede ahora presumirse que estaba simulando un acto para defenderse de las consecuencias que podrían derivarse del juicio inminente, que le habría de promover su acreedora.

En este aspecto, es importante señalar que el porqué del engaño, el móvil que induce a dar apariencia a un acto jurídico que no existe, si bien no se constituye en un recaudo de procedencia de la acción, es un elemento revelador de significativa importancia, que corrobora o ayuda a la certeza de la existencia de la simulación desde que la torna inteligible y hace plausible su aceptación como tal (CNCIV. Sala F ED 71-501). La causa simulandi no solo sirve para explicar el acto, sino que por sí, constituye también una presunción (CNCiv. Sala A JA 1961-VI-595). Su comprobación es axial, pues sirve para iluminar los restantes indicios que, unidos y presididos por aquella, son fundamento sólido de la prueba (CNCIV Sala E ED 94-125).

Otro indicio de la simulación viene dado por la concatenación con la que se efectuó el acto atacado, como lo califica y explica el sentenciante, sin que haya recibido agravios del apelante.

Me refiero con ello a la instrumentación sucesiva de la aceptación de la compra a favor de la sociedad de un inmueble rural de 160 hectáreas, realizada el 6/6/2003, y unos días después, el 11/6/2003, se produce la cesión de las cuotas sociales simulada.



Lo que llama la atención en este punto, y genera un nuevo manto de sospecha sobre el acto atacado, es que la sociedad había adquirido el inmueble y lo explotaba desde el año 1.988, y recién en el año 2.003 y en días previos a la cesión, se instrumentó la aceptación de la compra y la inscripción registral de la misma (ver extracto de dominio de fs. 735/737), máxime teniendo en cuenta la alegada disponibilidad dineraria que hubiera tenido la cesionaria, en virtud de una donación, sobre la que luego volveré.

Concorre también el vínculo familiar próximo (presunción relativa a las personas otorgantes del acto): se encuentra reconocido que la cesionaria es conviviente del demandado y madre de sus hijos.

Y si bien es cierto que tal circunstancia no impide la contratación entre ellos, como afirma el demandado, también lo es, que habitualmente quien pretende simular un negocio jurídico, como en este caso, una transferencia patrimonial que en realidad no ocurrió, se vale de personas con quien los une una relación de confianza, derivada del parentesco o de una íntima amistad.

"La relación existente entre las personas otorgantes del negocio, vinculada generalmente a otras presunciones ( carencia de posibilidad económica de una de las partes para celebrar el acto) y a una causa simulandi ( proximidad de un embargo o de una quiebra, etc.) permite tener por acreditada la falsedad del negocio" ( Enrique Müller en Código Civil de Bueres-Highton To. 2B p. 960; idéntico Graciela Medina-Pablo Flores "La prueba de la simulación" en RDPC 2006-1- 136).

Y aquí igualmente se da la carencia de recursos económicos propios, toda vez que la cesionaria, como bien señala la sentenciante no se encuentra inscripta a la AFIP ni tampoco está registrada como empleada (ver fs. 753/755).

La falta de recursos económicos en quien aparece como adquirente resulta uno de los indicios más frecuentes y de mayor elocuencia. Acerca de la procedencia del dinero con que se pagó el precio al contado no es

suficiente la mera alegación de su origen en un préstamo, sino que se requiere la prueba pertinente. Cuando se da la subfortuna " es donde aparece la coartada del préstamo, proveniente de terceras personas , destinada a inyectar potencia económica sobre el adquirente , o bien la fundada sobre un hecho extraordinario y lejano: lotería, prode, herencia, donación etc, cuando no la invocación de ahorros , de paulatina formación, sin mayores explicaciones"...

No es irracional ni ilógico que quien acciona por simulación pretenda averiguar cual ha sido el destino dado por el enajenante. Aquí aparece nuevamente como indicio la falta de movimiento bancario. Esta indagación permitirá a veces destruir las coartadas destinadas a demostrar solvencia, tradición del precio, etc....En sentido coincidente afirma Borda que en estos juicios tiene una gran importancia la averiguación de la fortuna del adquirente. Y agrega "no menos revelador es ese otro indicio: si el precio que se dice pagado es muy considerable y se demuestra que en la cuentas bancarias del vendedor no ha ingresado suma alguna y que éste no ha realizado otras inversiones que justifiquen el destino de ese dinero, cabe presumir que no lo ha recibido" (Mosset Iturraspe ob cit. p. 326/ 329).

Cierto es que se ha intentado dar una explicación del origen de los fondos con una donación recibida de la madre de Ana María Basso en el año 1.998 de U\$S 90.000 (ver fs. 286/287), empero no puede soslayarse que la misma se remonta a cinco años antes de la operación aquí cuestionada, circunstancia que sumada al resto de los elementos indiciarios que listaré, me persuade que el pago del precio no fue real.

No se me escapa que por aquellos años no resultaba aconsejable el depósito del dinero, lo que en principio justificaría la ausencia movimientos de cuentas bancarias - previos y posteriores - al acto, sin embargo, y como dije, el lapso temporal existente entre los actos, exigía al menos de una explicación razonable acerca de la conservación del dinero y falta de inversión en ese periodo.

En relación al pago del precio, y aunque no sea objeto de agravio, viene al caso aclarar que lo resuelto no es desmedro de la plena fe que merece la constancia notarial del pago en efectivo realizado en presencia del fedatario en el acto de su otorgamiento (art. 993 del CCivil).

No obstante la certeza de ello resultante sobre la materialidad del hecho ( la que obiter dicta digamos es casi inviable de destruir en tanto por lo fugaz, la cuestión probablemente se ha de resolver por la veracidad que merecen los dichos del oficial público como depositario de la fe pública), no asigno a tal elemento entidad para enervar los precisos, graves y concordantes indicios que he referido (arts. 163 inc. 5, 375 y 384 del CPCC). Así se ha dicho: " Una última observación se impone: En el fallo apelado, se da mucha importancia al hecho de que la Escribana interviniente hubiera especificado en la Escritura traslativa de dominio que el precio fue entregado en su presencia y en dinero efectivo. Extrae la Sra. Juez la plena aplicación al caso del art. 993 en lo referente a la plena fe de la existencia material de los hechos que el Oficial Público hubiere anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia. Pero aquí se omite una cuestión fundamental, reconocida, además, por pacífica y reiterada jurisprudencia, en el sentido de que : "Los instrumentos públicos sólo hacen fe con respecto a los hechos que el Oficial Público anuncia como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia; en cuanto a las manifestaciones que hacen las partes, no gozan de ese valor probatorio, porque el escribano solamente da fe de que ellas se efectuaran; no de su sinceridad" (Sup. Corte de buenos Aires del 24/3/987 en "Acuerdos y Sentencias" S.C.B.A. 1987-I-443); "En tanto el art. 993, CCiv., refiere a la falsedad material de los hechos en presencia del oficial público pero no a la sinceridad del instrumento, procede distinguir entre hecho autenticado y su sinceridad. Esta última no es objeto de fe pública y por tanto no queda por ella amparada, pudiendo desvirtuarse con prueba en contrario y sin necesidad de redargución, que esa manifestación y esos hechos pasados en presencia del notario no

fueron sinceros. Ante ello, no cabe exigir al accionante redargüir de falsedad la actuación notarial cuestionada, bastando con probar en contrario que los actos reflejados no resultaban sinceros (en igual sentido: CNCom., Sala E, "Kvitko, Mario Eduardo y otro s/acción de simulación", 6-6-99, ED 173-222). Porque el notario se limita a dar fe de la existencia material de los hechos, pero no garantiza de ningún modo su sinceridad; es decir, que se puede instrumentar por su intermedio y con su buena fe, un negocio que no es falso desde el punto material de las formalidades cumplidas, pero sí "simulado" respecto del propósito interno de las partes. Reitero, no existe inconveniente en cuestionar un acto pasado en escritura pública para que sea procedente la simulación articulada, sin necesidad de entablar la redargución de falsedad (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "Perfumería Las Rosas SA s/quiebra c. Perfumería Las Rosas SA y o." del 22-12-95; "Lekeitio S.A. s/quiebra s/incidente de ineficacia concursal por la sindicatura", 07/12/2012, publicado en: LL 2013-C , 491).

También se presenta aquí, el indicio necessitas que opera como contracara de la causa simulandi para explicar la veracidad del negocio, su existencia real. "Del fracaso de esta explicación, de la carencia de una necesidad a satisfacer con el negocio impugnado, se extrae un dato simulatorio (...) pues nada hay tan absurdo como el concertar un negocio jurídico sin razón alguna que lo justifique." (Mosset Iturraspe ob cit. p. 320/321; ver Salas "Código Civil anotado" To. 1 p. 475/6 nº 5. C.c; Graciela Medina y Pablo S. Flores, ob. cit. pág. 138).

No parece lógico que alguien ceda sus derechos en una importante sociedad, y de origen familiar, si no es para satisfacer un interés actual ( vgr. habitacional) o un relativo provecho económico que de explicación al negocio, y no para comprar dólares y atesorarlos sin invertirlos, si en el mejor de los casos, diéramos algún valor probatorio al acta notarial que da cuenta que Garcia en el año 2.006 contaba en su poder el importe percibido convertido a dólares -ver copia obrante a fs. 288- (y soslayando

que se trata de una declaración unilateral que hace pensar más en un intento de preconstituir prueba, que sumaría un elemento presuncional más en contra de quien lo ofertó).

También se ha acreditado que luego de la cesión, García continuó participando en la sociedad Margar S.R.L., actuando como apoderado (ver copia del poder obrante a fs. 290/293 e informe del Banco de la Provincia a fs. 594/681, 771 803/992).

Lejos de la descalificación que ensaya el apelante, comparto lo expuesto por el Juez de grado, en cuanto a la importancia presuncional de tales extremos.

Es que, es un típico indicio de simulación, el incumplimiento de las obligaciones emergentes del negocio simulado (Mosset Iturraspe, ob. cit. pág. 332), y la no ejecución material del acto (Brebba, Roberto, "Hechos y Actos Jurídicos", T.2, ed. Astrea, año 1.995, págs. 332/333), como sucede cuando el vendedor continúa en posesión del objeto enajenado como comodatario, locatario, administrador del fondo de comercio, etcétera (Graciela Medina y Pablo S. Flores en "La prueba de la simulación", publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario, ed. Rubinzal-Culzoni, año 2006-1, "Simulación", pág. 136).

Además, también merece destacarse, que de la prueba confesional rendida por la representante de la Sociedad en autos (ver fs. 537/538) se desprende que García desde el año 2003 nunca cobró honorarios por su labor como apoderado (posición 21º); lo que no hace más que corroborar la falta de ejecución material del contrato, en la inteligencia de que, el apoderamiento de García con posterioridad a la cesión, no es más que la maniobra jurídica utilizada para que continué formando parte de una sociedad que en los hechos nunca abandonó.

Completa el cuadro presuncional en este sentido, un elemento indiciario no valorado en la instancia de grado, que viene dado por "el exceso de formas o abuso de solemnidades en aquellos casos en que la ley no las exige" (conf. Medina y Flores, ob. cit. pág. 138), en el caso, dado por

la innecesaria instrumentación de la cesión de cuotas de la S.R.L. en una escritura pública, cuando no se trata de una forma solemne (Art. 4 L.S.C.).

Lo hasta aquí expuesto a mi entender resulta suficiente para tener por simulado el acto, lo que me releva de tratar el agravio que se formula sobre el precio vil, pese a no ser un indicio valorado en la sentencia.

Sin perjuicio de ello, y a satisfacción del recurrente, considero conveniente señalar que si bien es obvio que en la cesión de las cuotas sociales se transmite un derecho creditorio con prescindencia de los bienes físicos que integran el patrimonio social, y por lo tanto, no puede estimarse como un derecho actual sobre los bienes sociales (conf. Verón Alberto Víctor, "Sociedades Comerciales", t. 2, pág. 893; S.C.B.A. Ac. 74.430, del 16/5/2001), no es menos cierto que el precio de la cesión debería reflejar al menos el valor surgente de los libros contables (Cámara Penal de Morón, Sala II, "P.S.O. y otro", del 30/04/90, publicado en DJ1990-2, 283) y que modernamente se sostiene que el valor de las cuotas debe ser establecido mediante un balance de cesión, para determinar el precio de la empresa en marcha (Verón, ob. cit. pág. 890; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala I, "Loto, Ramón O. c. Rodriguez, José", publicado en LL 1997-F, 752, LLBA 1997, 1314).

En conclusión, corresponde rechazar el recurso de apelación deducido por la parte demandada, en lo que respecta al fondo del asunto, confirmando la recepción de la pretensión de simulación del contrato de cesión (arts. 956, 959 del CCivil de Velez).

IV- Claro que la condena dictada no puede extenderse a la Escribana actuante en la escritura que instrumento la cesión, por lo que también en este aspecto debe confirmarse la sentencia dictada.

Digo esto, porque no toda acción de nulidad de un acto jurídico formalizado ante un escribano, requiere de su intervención en el proceso.

Para dilucidar bien la cuestión, primeramente, es necesario distinguir si el vicio que genera la nulidad es propio del acto instrumental, o solamente afecta el acto instrumentado.

Es que, en el primer caso, es decir, si se solicita la nulidad de una escritura por la existencia de vicios instrumentales, debe darse participación en el juicio al notario que lo autorizó (al respecto debe consultarse, inevitablemente el voto del Dr. Claudio M. Kiper, como integrante de la sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, del 14/07/2000, en autos "Rafael Saiegh e hijos c. Leiserson, Natalio y otros.", publicado en: LA LEY 2000-E , 614).

En cambio, en el segundo caso, en que la nulidad se funda en vicios del contenido del acto, dependerá del vicio invocado, o bien del posible conocimiento del vicio por parte del notario (conf. Luis Mosset de Espanés y José Fernando Márquez "Nulidad de escrituras públicas. Responsabilidad del escribano." Conferencia pronunciada por el Dr. Mosset de Espanés en el Colegio de Escribanos de Córdoba, completada y anotada por el Dr. Márquez para su edición); es decir, no en todos los casos corresponderá la citación, y precisamente, cuando el vicio del acto jurídico es la simulación -como aquí ocurre- no estamos ante un supuesto de litisconsorcio necesario con el escribano.

Como explicaba Alberto G. Spota: "Repitamos el distingo que corresponde efectuar entre el instrumento público que es, materialmente falso (falsificación o adulteración) y aquel otro que sólo resulta tal en cuanto sean inexactas las declaraciones formuladas ante el oficial público, pero que fueron objeto de fiel transcripción por parte de este último, quien, en cumplimiento de su función, sólo se limitó a esa simple tarea recepticia...Corresponde señalar que el instrumento público resulta materialmente falso, sea porque no emana del oficial público que el documento indica; o porque ha sido adulterado; o porque las partes, o algunas de ellas, no comparecieron, siendo sustituida por quien hace sus veces (...); y en general, cuando "se hace" un documento inauténtico o se adultera un documento auténtico"

"Las declaraciones falsas, fruto del dolo, violencia, error, simulación o reserva mental, conducen o pueden conducir a la nulidad del negocio

jurídico...que deriva, en esos casos, de los vicios de la voluntad o de los vicios de la voluntad del acto negocial, aunque el instrumento público no sea atacable por falsedad: las declaraciones son -voluntaria o involuntariamente- falsas, pero el instrumento público no por ello dejar de ser, en su materialidad, auténtico, en cuanto el oficial público no coparticipó en ellas" (Tratado de Derecho Civil, t. I, vol. 3, ed. Depalma, año 1.958, págs. 453/455).

Es que, "La falsedad consiste en el testimonio mentido del oficial público llamado a recibir el acto, cuando afirma que ocurrieron en su presencia actos que no son verdaderos, pues existe una alteración de lo ocurrido, de aquel suceso histórico que el notario está llamado a constatar fielmente. De esto resulta que la documentación falsa puede limitarse sólo a aquella parte del contenido del acto en que el oficial público afirma directamente haberse realizado ciertas declaraciones y actos en presencia suya y a la cual se limita la plena fe que la ley atribuye al acto público. El notario no puede garantizar la sinceridad de los hechos, ni puede penetrar en la intención de las partes, ni adivinar si cuando dicen vender, quieren donar o no vender: si aquel pago de dinero que se hace delante de él es o no una comedia. Por eso el acto público puede ser simulado sin ser falso. La simulación mira siempre al elemento intelectual que aletea en la mente de los contratantes, o a su voluntad íntima de realizar el acto: pero esto es extraño a la fe del instrumento notarial, pues el notario no puede atestiguar ello no siendo un adivinador de la voluntad de las partes".

..."Podemos distinguir la simulación de la declaración falsa en esta forma: la simulación disfraza el consentimiento, esto es, el elemento subjetivo del negocio; en cambio la falsedad ideológica desciende al elemento objetivo, alterando la verdad material de las declaraciones emitidas o de las circunstancias de hecho. La simulación puede abarcar todo el contenido del acto que expresa la convención; en cambio la falsedad se limita a aquella parte destinada a dar plena fe, es decir, a la atestación de los hechos ejecutados en presencia del funcionario público.



Por eso la documentación falsa sólo puede darse en los actos públicos, no en los privados. La simulación supone el concurso de todos los contratantes en la ficción, mientras que la falsedad se lleva a cabo por el oficial público, ordinariamente con una parte en daño de la otra. En fin, la simulación puede ser lícita mientras que la falsedad presupone como requisito esencial un daño público o privado, y por tanto, una violación jurídica." (Ferrara, Francisco, "La simulación de los negocios jurídicos", de Rafael Atard y Juan a. de la Fuente, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, ps. 103 y ss, citado por Carlos A. Pelosi en "El documento notarial". Ed. Adtreia, año 2.006, págs. 333/334 y María Victoria Gonzalía en "Falsedad", UNLP 2005-36, 01/01/2005/469).

En el mismo sentido, expone Ricardo Javier Saucedo que: "...tratándose de documentos notariales, la autenticidad se proyecta en dos planos; la externa, que apunta a garantizar el origen o procedencia del instrumento, y la interna, que compromete propiamente la fe pública, como credibilidad coactiva impuesta erga omnes, de la que están dotados algunos de sus contenidos."

"Cuando lo que se altera es la autenticidad externa, estamos en presencia de la falsedad material...Esta forma de falsedad, tratándose de instrumentos públicos, solamente puede cometerla el oficial público...Los simples particulares, en cambio, no pueden ser sujetos activos de esta figura delictual por la simple razón que no son oficiales públicos ni tienen poder fedante."

"Ello sin perjuicio de destacar que sus declaraciones de voluntad insinceras, pueden comprometer la eficacia del acto jurídico instrumentado generando, por ejemplo, los vicios de simulación o fraude."

"De aquí que la simulación y falsedad (material e ideológica) tengan poco en común, pues la primera es una patología del acto, mientras que la segunda, lo es del documento que le sirve de forma...Siempre que se ventile en sede judicial la autenticidad del documento notarial, deberán ser citados y tomar intervención en la causa, tanto los sujetos del instrumento

como el oficial público autorizante." ("¿Falsedad del documento notarial o simulación del negocio jurídico instrumentado?", publicado en Revista Notarial N°937, págs. 913/945).

Recientemente, en comentario al nuevo art. 336 del C.C. y C., con admirable claridad conceptual, explica Cristina M. Armella que: "Si el negocio simulado se celebró por escritura pública, el escribano público o notario autorizante no es parte en el proceso judicial, pues la simulación es patrimonio exclusivo de los sujetos que, con ánimo simulado, celebraron un negocio jurídico ostensible, totalmente simulado o que reconoce otro negocio, subyacente, real o disimulado..."

"El oficial público autorizante, se reitera no es parte en el proceso, razón por la cual, si es accionado, podrá oponer la excepción de falta de legitimación pasiva."

"Por el contrario, si una escritura pública es accionada por falsedad material o ideológica, el escribano autorizante debe ser parte."

"Debe tenerse presente, entonces, que no puede enderezarse la acción de simulación contra el oficial público interviniente, dado que, justamente, la simulación solo atañe a las partes que han celebrado el negocio jurídico. La simulación afecta al negocio. La falsedad material o ideológica, al documento"

"El juez puede alcanzar la convicción racional de que se trata de un acto simulado, lo que no significa que la forma (escritura pública) padezca algún vicio. Un acto simulado puede ser contenido en un escritura válida y eficaz, en razón de que la forma no adolece de ningún vicio congénito que afecte las prescripciones legales impuestas..." (En C.C. y C. comentado, bajo la coordinación de Eduardo Gabriel Clusellas, t.2, ed. Astrea- FEN Editora Notarial, año 2.015, pág. 21).

También la jurisprudencia ha sido unánime en la misma línea.

Así, ha resuelto la sala 1º de la Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial de la Plata que: "Carece de interés la intervención del escribano cuando la objeción que se formula contra la validez del acto en

modo alguno pone en tela de juicio la actuación del notario ni los resguardos tomados por el profesional." (Sumario Juba B257220, CC0201 LP 110690 RSD-125-9 S 23/06/2009, "Rocha Ayala, Ely Sucy y ot. c/Crespo Villarroel, Asunta Rosa s/Simulación").

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca: "Cabe en este orden de ideas señalar que la citación a juicio del notario no es procedente si la nulidad pretendida no se funda en causas atinentes a su trabajo profesional, porque en tales hipótesis no podría verse comprometida su responsabilidad como escribano, cuestión que se erige en esencial a la hora de determinar si es necesaria o no su intervención en juicio." ("O., L. F. c/ O., M.", 3/7/2008).

En tanto que el ámbito nacional, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil tiene dicho que: "Si bien cuando se pretende la anulación de una escritura pública -en el caso, compraventa de inmueble que se reputa simulada- se constituye un litisconsorcio pasivo, debiendo integrarse la litis con todas las personas que han participado en el acto impugnado, la participación del escribano interviniente debe limitarse a aquellas cuestiones en que la pretensión se ejerce en función de vicios que tienen su origen en la escritura pública en sí misma, resultando innecesaria su citación cuando sólo se enjuicia la intención fraudulenta de las partes, a la que es totalmente ajeno el notario" ("Celso, Lidia C. c. Chiarelli, Juan, 05/10/2004, Publicado en: LA LEY 2005-A , 471).

La sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil: "Corresponde revocar la sentencia que dispuso la citación de la escribana que intervino en el acto jurídico supuestamente simulado al considerar la existencia de un litisconsorcio necesario, ya que aquella acción deberá dirigirse también contra el escribano interviniente si se trata de una nulidad formal, extremo que no ocurre en autos." ( 28/11/2007, "Gómez, Luis c. Gómez, Edgardo Luis y otros", publicado en: DJ21/05/2008, 174 - DJ2008-II, 174).

Y también en otras jurisdicciones provinciales, por ejemplo, La Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de San Rafael resolvió que: "Si bien cuando se acciona por nulidad la demanda debe entablarse contra todos los otorgantes del acto jurídico, constituyéndose un litisconsorcio pasivo inescindible, no resulta necesaria la participación del escribano si la pretensión de ineficacia de la compraventa se basó en la omisión de asentimiento conyugal aduciendo una simulación, y no se alegaron vicios formales de la escritura, ni se imputó falta al notario." (31/05/2013, "S., M. c. N. V. y S. B. M. s/ acción de nulidad", publicado en: LLGran Cuyo2013 (septiembre), 910).

En síntesis, no habiéndose invocado en autos la existencia de vicios instrumentales, ni imputado faltas o causales atinentes a su trabajo como profesional, debe confirmarse el rechazo de la demanda en relación a la notaria Estela Susana Luis.

No constituye un impedimento para ello, la invocada extemporaneidad del planteo de la excepción, ya que el órgano jurisdiccional debe examinar la legitimación para obrar de los sujetos intervinientes en el proceso, e incluso pronunciarse de oficio acerca de su ausencia, aunque no fuera denunciada como excepción previa ni como defensa de fondo, lo que, en modo alguno, vulnera el principio de congruencia, puesto que constituye una cuestión de derecho. La Suprema Corte de Justicia provincial, adoptando este criterio, ha dicho que "No se lesiona el principio de congruencia al abordar de oficio la legitimación, desde que ésta constituye un requisito esencial de la acción"(Ac. 82123, sent. del 14-4-2004, Sumario Juba B23395).

Por otro lado, vale aclarar que resulta inadmisibile el agravio, que referido a la legitimación de la escribana, se apontoca sobre los supuestos defectos registrales de la cesión.

Sabido es que en nuestro sistema procesal, esencialmente revisionista, el Tribunal no puede fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia (art. 272 del C.P.C.C.).

Digo esto porque en la demanda, en el acápite X, no se alega que las deficiencias registrales se deban al proceder de la escribana; por lo que dicho planteo, formulado recién en esta instancia, y frente al resultado favorable de la excepción opuesta por la notaria, deviene inadmisibile.

V- En cuanto a las costas correspondientes a la defensa de falta de legitimación receptada, que ante la falta de claridad de la sentencia llega a Alzada con recursos encontrados de ambas partes, entiendo deben ser cargadas a la parte actora que demandó erróneamente a la notaria.

Ello así, toda vez que no estamos ante un caso dudoso de derecho - extremo que queda en evidencia en la uniformidad de citas doctrinales y jurisprudenciales realizada en los párrafos precedentes-, ni ante ninguna otra circunstancia que justifique el apartamiento del principio objetivo de imposición basado en la derrota (68, 70 y ccs. del C.P.C.C.).

VI- En conclusión, propongo al Acuerdo confirmar la sentencia en lo que respecta al fondo del asunto, y modificarla, únicamente, en la imposición de costas referidas a la defensa de falta de legitimación opuesta por la Escribana Luis, que son cargadas a la parte actora (art. 68 del C.P.C.C.).

**ASI LO VOTO.-**

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 en lo que respecta al fondo del asunto, y modificarla, únicamente, en la imposición de costas referidas a la defensa de falta de legitimación opuesta por la Escribana Luis, que son cargadas a la parte actora (art. 68 del C.P.C.C.).

**ASI LO VOTO.-**

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. JUAN JOSE GUARDIOLA, RICARDO MANUEL CASTRO DURAN Y GASTON MARIO VOLTA, ANTE MI, DRA. MARIA. V. ZUZA (Secretaria).-

//NIN, (Bs. As.), 1 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 en lo que respecta al fondo del asunto, y modificarla, únicamente, en la imposición de costas referidas a la defensa de falta de legitimación opuesta por la Escribana Luis, que son cargadas a la parte actora (art. 68 del C.P.C.C.).

Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse los autos al Juzgado de Origen.- FDO. JUAN JOSE GUARDIOLA, RICARDO MANUEL CASTRO DURAN Y GASTON MARIO VOLTA, ANTE MI, DRA. MARIA. V. ZUZA (Secretaria).-