

## NOTA A AMBOS FALLOS (\*)

Por Silvia E. Villani

I

1. Ley 24441. Debemos considerar que la ley 24441, recientemente atacada de inconstitucionalidad, sólo apunta particularmente a agilizar la labor judicial y a aclarar ciertos aspectos y temas conflictivos, entre otros, a "ejecución hipotecaria", tratado este tema en su Título V, al contener un régimen novedoso de ejecución como es el "régimen especial" y mal llamado de "ejecución extrajudicial", siendo que éste no sería precisamente el régimen aplicable en nuestro país, y sí lo es, por ejemplo, en España, donde no existe intervención judicial de ninguna índole. En nuestro país, estaríamos tomando parte de ese régimen, o sea "mixto", ni totalmente notarial, ni totalmente judicial.

## II. CUESTION PLANTEADA. APARENTE CONTRADICCIÓN.

2. Luego de examinar detenidamente los fallos de las Salas M y C, una "aparente" contradicción.

### ESQUEMA EJEMPLIFICATIVO

Planteo de inconstitucionalidad de la ley	Fallo de la Sala M No procede	Fallo de la Sala C No procede
Tipo de ordenamiento	No es de orden público	No es de orden público
Voluntad contractual	En primer lugar	En primer lugar
Aplicación de la nueva ley a un proceso en trámite	Se aplica *****	No se aplica *****

En este cuadro revela las diferencias que paso a tratar:

\* En el fallo de la Sala M no se hace lugar al pedido de inconstitucionalidad de la ley, al igual que en el fallo de la Sala C, dictaminando que para ello debe existir un acto de suma importancia y gravedad que contraríe la Constitución Nacional, y en ambos fallos no se prueba que tales actos existieren. En el fallo de la Sala M, la Cámara se limita a confirmar la aplicación del nuevo art. 598 del Cód. Procesal, basándose en la jurisprudencia aplicada, pero ambas Salas dictaminan que la ley 2441 no es inconstitucional, y tampoco de orden público.

\* En el fallo de la Sala C, la Cámara se limita a restringir la aplicación del art. 598 del Cód. Procesal, todo ello debido a que las partes habían convenido un sistema distinto de desocupación del inmueble, y se dictamina que la ley procesal no puede ser aplicada en forma compulsiva, tomando mayor importancia la voluntad contractual, de

acuerdo con lo previsto por los arts. 1157/97 y que al no ser la ley 24441 de orden público, las partes pueden apartarse mediando acuerdo. Entre tanto, en el primer fallo de la Sala M, se llega a la aplicación del nuevo art. 598 del Cód. Procesal, en el punto donde las partes nada habían pactado. Para concluir: \* Prevalece la voluntad de las partes, en cuanto a la desocupación del inmueble, su permanencia en él y multas, a la aplicación de la nueva ley, y a la aplicación de ésta cuando nada hayan pactado los contratantes. De manera que, en ambos fallos, llegan por distintas vías para unirse en un mismo punto: la voluntad de las partes.

(\*) Especial para Revista del Notariado.

SIMULACION. Acción de simulación y acción de fraude: diferencias, acumulación; legitimación pasiva; prueba del vicio, carga, obligaciones del demandado; acto simulado, parámetros reveladores, causa simulandi

Doctrina: 1) Si bien las acciones de simulación y fraude tienen en común preestablecer el patrimonio del deudor, son absolutamente distintas por su finalidad y condiciones de ejercicio; en efecto, mediante la primera se ataca un acto que se dice sólo aparente y se busca obtener el reconocimiento judicial de ese engaño, mientras que con la segunda se acomete un acto real pero inficionado en razón de los móviles que lo inspiraron. Por tanto ambas acciones no se deben encarar simultáneamente, sino que el examen de la simulación será previo al de la acción pauliana; ya que un acto no puede ser al mismo tiempo aparente y real, admitiéndose que pueda ser atacado por simulado y, en subsidio, en caso de no probarse la apariencia impugnarlo por fraude.

2) En la acción de simulación los legitimados pasivos son todos los participantes del negocio simulado; es decir, quienes acordaron en exteriorizar un negocio falso con la finalidad de engañar a terceros.

3) Si bien es cierto que quien demanda por simulación debe probar la existencia del vicio, este principio no puede ser entendido en el sentido de que el demandado pueda limitarse a adoptar una conducta pasiva o puramente negativa sino que, por el contrario, deberá procurar la acreditación de los hechos que afirman en su descargo, exigiéndosele un deber de colaboración y solidaridad para el arribo a la verdad real.

4) En materia de acreditación de la simulación rige la amplitud probatoria, siendo el medio de prueba más frecuente el de presunciones; pero la prueba del vicio ha de ser asertiva, plena y convincente, porque en caso de duda debe estarse por la sinceridad del acto.

5) Entre los parámetros reveladores de un acto simulado pueden mencionarse los siguientes: a) el comportamiento de las partes y la falta de ejecución del contrato; b) el parentesco próximo entre los otorgantes del acto; c) el precio vil; d) la situación económica del adquirente y el vendedor; e) la naturaleza e importancia de los bienes enajenados; f) las peculiaridades del acto y g) la causa simulandi.

6) Si bien en la simulación no es indispensable la alegación o demostración de la causa simulandi, la misma tiene una importancia capital, pues no sólo sirve para explicar el acto simulado sino que, por sí misma constituye una presunción; por otra parte, aunque el criterio para su valoración ha de ser riguroso, ha de ser apreciada con gran libertad por el juzgador, teniendo en cuenta las dificultades prácticas del hecho a demostrar.

7) La actitud procesal pasiva de los accionados, quienes no produjeron pruebas faltando, no sólo a su deber de colaboración, sino también al de acreditar sus respectivas afirmaciones —v. gr., la solvencia del comprador, la necesidad de enajenar todos los bienes, la ejecución efectivas del contrato, modalidades de la operación, interés jurídico— conforma un sólido plexo presuncional revelador de la configuración de un acto simulado; sin que obste a ello la circunstancia de que el actor sea una entidad bancaria, ya que igualmente se encontraba en una situación fáctica de mayor debilidad probatoria y, por ello, de dificultad para el acceso a los medios probatorios. R.C.

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 1 de Azul.

Autos: "Banco de la Edificadora de Olavarría c/ Reimer, Teodoro W. y otro. Acción de fraude y simulación" (\*)

Azul, abril 10 de 1995.-Autos y Vistos: I. Los presentes autos caratulados: " Banco de la Edificadora de Olavarría c/ Reimer , Teodoro W. y otro- acción de fraude y simulación ", que tramitan ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 1, a mi cargo, Secretaría N° 1 a cargo de la escribana Lía Elena Iannelli, del Departamento Judicial de Azul, y de los que resulta: En base al poder glosado a fs. 11/14 comparece el Dr. Mario A. Volante en representación convencional del banco de la Edificadora de Olavarría S.A. promoviendo demanda por simulación y fraude contra Teodoro Waldemar Reimer y José Luis Hermada.

Explica que el Sr. Reimer el 27 de diciembre de 1990 solicitó a esa entidad bancaria un crédito denunciando un activo patrimonial de A 158.743.808,54, por lo que se le concedió la suma de A 10.000.000 documentada en el pagaré N° 194.790 y se lo autorizó a girar en descubierto en su cuenta corriente N° 9059/7.

Como el demandado no pagó ni el capital ni los intereses del pagaré suscripto ni el saldo deudor que el 17 de abril de 1991 ascendía a A 41.257.098,52, se le promovió juicio ejecutivo en el que se trabó embargo sobre los dos inmuebles- matrículas 36283 y 34782 del partido de Olavarría- el que al intentar ser inscripto se le informó que esos bienes se habían enajenado. También se procuró embargar otro inmueble- dominio 5757- el que igualmente se había vendido al codemandado Hermada, que es cuñado de Reimer ya que ambas esposas son hermanas. Añade que en una diligencia preliminar practicada se verificó que la Sra. Lucía Suppes, madre de Reimer y suegra de Hermada, vive en ese inmueble sito en Azopardo 1082 de Olavarría en el carácter de "cuidadora". También agrega el precio supuestamente pagado de A 30.000.000 al 1° de febrero de 1992, que equivalen a U\$S 3.000, no guarda proporción con su valor real. Por ello concluye que concurren presunciones graves, precisas y concordantes, en base a la jurisprudencia que cita, del fraude y simulación que aduce.

Señala que de acuerdo a lo prescripto por los arts. 961,962, 968, 969 y conchs. del Cód. Civil es procedente la acción de fraude que pretende invalidar la transferencia del dominio del inmueble referido.

Luego acota que están reunidas las condiciones previstas en los arts. 955, 957 y 958 del Cód. Civil para la procedencia y la acción de simulación.

Solicita una medida cautelar y ofrece prueba. Corrido traslado de la demanda a fs. 36 comparece el Dr. Héctor E. Vitale a mérito del poder agregado a fs. en representación del codemandado Reimer,. Reconoce como cierto que su poderdante adquirió por la suma de A 30.000.000 el inmueble sito en Azopardo 1082 según escritura pasada por ante el escribano Juan A. Lucas. Niega los hechos articulados y sostiene que en enero de 1991 Reimer le ofreció en venta esa propiedad ya que se iba a radicar en la ciudad de Haedo, suscribiendo el 3 de enero de 1991 un boleto y otorgándosele la posesión del bien. Luego se realizó la escritura pagándose el precio convenido el que obtuvo de un crédito por A 25.000.000 que le concedieron sus empleadores y que oportunamente canceló. Agrega que ocupa desde entonces la vivienda en forma ininterrumpida.

En base al poder glosado a fs. 41/42 comparece a fs. 43 el Dr. Héctor L. Vitale en representación de Reimer. En su litis contestatio reconoce como cierta la venta y que obtuvo un crédito del banco actor. Sostiene que su mandante no es insolvente, que no medió perjuicio para la parte demandante y descarta la concurrencia de los casos que regla el art. 962 del Cód. Civil.

Abierta la causa a prueba (fs. 56) se produjo por el actor la que da cuenta la certificación de la actuario de fs. 62.

Agregados los respectivos cuadernos y el alegato de la demandante ( fs. 164/166) se llaman autos para sentencia (fs. 167), providencia que adivino firme y consentida, y, Considerando: I. El Banco de la Edificadora de Olavarría SA deduce demanda de fraude y simulación contra Teodoro Waldemar Reimer y José Luis Hermada en sus condiciones de vendedor y comprador, respectivamente, del inmueble sito en la calle Azopardo 1082 de Olavarría, nombrado catastralmente como circunscripción I, sección C, quinta 4, manzana 4 a, parcela 4 a, e inscripto el dominio en la matrícula 5757 de ese partido.

La acumulación de ambas acciones –de fraude y simulación- conlleva a que por aplicación del principio iura novit curia (arts. 34, inc. 4 y 163, inc. 6 CPC)deba inicialmente pronunciarse por el emplazamiento jurídico de la pretensión deducida, la que –más allá de la denominación que le asignó la parte actora- persigue “desarticular e invalidar una transferencia de dominio para recuperar una garantía real que le permita ejecutar su crédito” (sic, fs. 5 vta.).

Si bien las acciones de simulación y fraude, como lo ha señalado Acuña Anzorena, “tienen en común restablecer el patrimonio del deudor”, son “absolutamente distintas por su finalidad y condiciones de ejercicio” (aut. Cit., “La insolvencia del deudor y su propósito de perjudicar, como requisitos innecesarios al ejercicio de la acción de simulación”, en anotación crítica a fallo en JA, 73-990). Enseña este autor que “mediante la acción de simulación el acreedor se propone obtener la declaración judicial de que un bien que aparece sustraído del patrimonio del deudor no ha salido en realidad de él, por lo que continúa siendo parte de la prenda común de los acreedores. Mediante la revocatoria o pauliana, lo que en realidad se persigue es reintegrar a la prenda común un valor efectivamente desplazado de ella, en perjuicio y en fraude de los acreedores. Con la primera se ataca un acto que se dice sólo aparente; que se sostiene no existir como acto jurídico y se busca con su ejercicio obtener la declaración judicial de esa inexistencia: el reconocimiento de un engaño. Con la segunda se acomete un acto real, pero inficionado en razón de los móviles que lo inspiraron” (aut. y ob. cit.)

Sobre la posibilidad de acumular ambas acciones y si bien se han suscitado criterios dispares ( ver “Acumulación de las acciones de simulación y pauliana”, LL, 72-352) siempre “el examen de la simulación es previo al de la acción pauliana” (C 2ª CC, Sala I, 14/7/53, “B. de D’E., M. c/D’E., R. y ot.”, voto del Dr. Legón en LL, 72-352) ya que prevalece el criterio de que no se deben encarar simultáneamente porque un acto no puede ser al mismo tiempo aparente y real “admitiéndose que pueda ser atacado por disimulado y, en subsidio, y por el caso de no probarse, impugnarlo por fraude” (Cifuentes, Santos, Negocio Jurídico, pág. 556; Capel. Civ. y Com. Dep. causa 31408, 29/6/90, “Mercado de Ibañez c/ Ibañez, Ramón – acción de simulación”, voto Dr. Céspedes).

Por ende, y con este emplazamiento jurídico, corresponde examinar el caso desde el encuadre de la simulación absoluta del negocio jurídico tildado de irreal (arts. 955, 956, 957 y concs., Cód. Civil).

II. 1º En anterior desisorio se ha señalado que “simular no es más que representar algo fingido e imitar lo que no es; y fingir significa dar existencia ideal a lo que realmente no la tiene. Desde el punto de mira forense la simulación consiste en la alteración aparente de la causa, la índole o el objeto de un acto o un contrato. Y el vocablo encubrir empleado en el art. 955 del Cód. Civil significa ocultar una cosa o no manifestarla; cubrirla, taparla para que no pueda ser advertida. (SCBA, Ac. 32.532 del 27/9/83. "Cionco, Rodolfo Abel. Tercería de dominio)".

Ferraro conceptúa la simulación coma "la declaración de un contenido de voluntad no real, emitido conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto del que realmente se ha llevado a cabo" (Ferrara Francisco, La simulación de los negocios jurídicos. Madrid. 1953. pág. 44 y passim). La preceptiva del art. 955 del CPCC, y entre los supuestos descriptivos que contiene, reputa acto simulado al que "representa algo fingido o emite lo que no es y fingir significa dar existencia ideal a lo que realmente no lo tiene" (SCBA. AC. 32.532 cit.. "Cionco, Rodolfo...") en virtud de la "discordancia entre la voluntad interna y su manifestación" (Belluscio, Augusto - Zannoni. Eduardo. Código Civil..., t. IV. pág. 387; Llambías, Jorge. Código Civil Anotado, t. II-B, pág. 121) "efectuado con ánimo de engañar" (Rivera, Julio C., "Las reformas civiles... Acción de simulación", ED. 60-896). Con palabras de Cámara: "simulación es el vicio que afecta al acto simulado". y éste consiste en el acuerdo de partes de dar una declaración de voluntad a designio divergente de sus pensamientos íntimos, con el fin de engañar inocuamente a en perjuicio de la ley o de terceros" (aut. cit., Simulación en los actos jurídicos. pág. 39). "Se trata de un engaño a los demás pues se crea una apariencia que nada tiene de real" (Compagnucci de Caso, Rubén. El negocio jurídico, pág. 311. Señala Mosset Iturraspe que los simulantes -las partes en la simulación- convienen o acuerdan en exteriorizar un negocio falso con la finalidad de engañar a terceros" (aut. cit.. Negocios Simulados, fraudulentos y fiduciarios, pág. 27 y ss.). De las tres formas de simulación –absoluta, relativa y por interpósita persona- la primera de ellas se configura cuando “las partes se hayan puesto de acuerdo en crear únicamente una apariencia de acto, sin contenido alguno” (SCBA. A y S. 1957-V-304: Ac. 44.883, 25/6/91, "Cangelosi. Horacio Raúl c/Centro de Inquilinos Bahiense s/ cumplimiento de contrato y escrituración").

El banco actor, y en el plano jurídico, es tercero en cuanto "persona ajena al negocio simulado, o sea que no participó en él" (Belluscio - Zannoni, ob. cit., t. 4, pág. 422), es decir no se encuentra comprendido en la categoría de parte (Yáñez Alvarez, César D., "Prueba por los terceros en la simulación de los actos jurídicos), JA. 8-499 y ss.) y está habilitado para demandar directamente (Cámara, ob. cit.. pág. 444, acap. 144: Ferrara, ob. cit., págs. 383, 414 y passim).

Los legitimados pasivos, o sea quienes deben son demandados, son “todos los participantes del negocio simulado (SCBA, voto Dr. San Martín, Ac 32.789 "Nemeth de Greco...", JA. 1985-II-591 y DJJ. 127-58; íd. Ac. 33.935 en A y S, 1985-I-25; C. Apel. Dep. causa 31.508, "Mercado de Ibáñez...") por lo que la litis ha sido bien integrada con los Sres. Reimer y Hermada en cuanto otorgares del acto.

2º. En lo atinente a la carga de la prueba la casación bonaerense ha resuelto que a quien demanda por simulación le corresponde probar la existencia del vicio” (SCBA. Ac. 33.064, 11/12/84, “S. de Z., A. c/Z.. C. M. Simulación”. DJJ. 129-394; Ac. 46.940, 29/3/94, “Simone, Liliana y ot. C/Goitía, Dora R. y otro. Simulación contrato de venta” en DJJ, 146-276; Ferrara ob. Cit., pág. 362). Sin embargo, como lo destacó

Cámara en su clásico libro, “el principio general no es riguroso y absoluto, pues no puede aplicarse contra el sentido común, ya que si bien afirma la inexistencia del negocio debe demostrarlo, éste no puede ser obligado a rendir una prueba negativa, algo que razonablemente no es dable comprobar, eludiendo de producirla el demandado sobre hechos de los que él solamente tiene constancias y que puede con facilidad atestiguarlos, porque si el acto es real, le es sencillo a quienes aparecen realizándolo demostrar en forma decisiva su veracidad”(aut. Cit., “Simulación en los actos jurídicos, Bs. As. , 1994, pág. 162). Este criterio ha sido recogido por la jurisprudencia (CNCiv., Sala A, 7/8/61, “L., C.M. en : A. de A., R. C/A., D.”, voto Dr. Abelleyra, ED, 1-396; C2a. CC La Plata, Sala I, 11/6/93, “M., F. J. C/ G.S., E. I. Y ot.”, LL, Bs. As., año 1, No. 5-575 y ss.; CNCiv., Sala F, 28/11/91, “Antico, Luis c/ Tejero, Juan C. Y ot.”, LL, 1992-B-541, voto de la mayoría de la Dra. Conde; C8a. Civ. Y Com. Córdoba, 15/2/93, “Carbajae, Alberto c/ Dehner, Roberto y ot.”, JA, 1994-I-393; CApel. Dep., causa 32.642, 17/2/93, “Nicora, L. C/ Nicora, H. Simulación – Nulidad de escritura”).

Al respecto Mosset Iturraspe explica que en esta materia rige una “redistribución del onus probandi” en vez de una inversión de la carga probatoria, “teniendo en cuenta el deber de colaboración en el logro de la verdad y justicia y la posición en que las partes se encuentran respecto de las pruebas ya que, por su proximidad con ellas, el demandado se encuentra en una situación más óptima para proporcionar datos acerca de la veracidad del negocio” (aut. Cit., Negocios Simulados, fraudulentos y fiduciarios, pág. 241 y nota 9).

Las dificultades probatorias en torno a la acreditación de la simulación constituyen uno de los más importantes capítulos que fructificó en la aceptación de la moderna doctrina sobre las cargas probatorias dinámicas.

Se sostiene la carga de la prueba no incumbe sólo al actor sino que, en ciertos casos, se desplaza al demandado, sea porque se encuentra en mejores condiciones técnicas o científicas o porque se haya en una situación fáctica más favorable, por ejemplo, por estar en posesión de los medios de prueba; en tales supuestos, debe procurar la acreditación de los hechos que afirma en su descargo. Esta doctrina, luego de las enseñanzas de Peyrano, fue ampliamente receptada por la doctrina y jurisprudencia, y fundada, entre otros preceptos, en el deber de colaboración y en el principio de solidaridad del demandado para el arribo a la verdad real (Peyrano, Jorge W. Y Chiappini, Julio, “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas” ED , 107-1005; Peyrano, Jorge W., “Doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, LL, 1991-B-1034; aut. Cit.; “El derecho procesal postmoderno”, LL, 1991-A-915; Eisner, Isidoro, “Carga de la afirmación y de la prueba en el juicio civil”, LL. 1989-D-105; Morello, Augusto M., La prueba. Tendencias modernas, pág. 185 y Passin; del mismo autor, “Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba. (La cooperación del órgano sin refugiarse en el sólo interés de la parte” ED, 132-953. Aut, cit; “EN torno de la prueba”, LL 1990-D1071; Morello, Sosa y Berizonce, Códigos procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, t. B-A, pág. 140, sa. Ed; Bs. As., 1991; Gozaini, Osvaldo A., Derecho Procesal Civil, t. I, pág. 607; De Los Santos, Mabel, A; “Algo más acerca de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, JA, 1993-IV-866). Incluso la corte local ha consagrado ésta doctrina al pronunciarse sobre el deber de cooperación del médico para la dilucidación de la verdad. (SCBA, ac. 46.039, “Acosta, Ramón c/ Clínica Indarte S. A.”, con nota laudatoria de Carlos Ghersi y Celia Weingarten en JA 1993-IV-66).

Es decir, en definitiva y desde la óptica probatoria actual, se han superado los criterios más restrictivos –que preconizaban que nunca podría invertirse la carga de la prueba (Ferrara, La simulación de los negocios jurídicos cit; pág. 362, y nota 3) o que no mediaba un deber moral del demandado de probar sus afirmaciones sino sólo una carga o acto de pura conveniencia (Acuña Anzorena, Arturo, “La carga de la prueba en materia de simulación”, LL. 73-511).

Es que “el demandado por nulidad de un acto en virtud de un vicio de simulación no puede permanecer totalmente inactivo y constreñirse a esperar que la actora no pueda probar sus afirmaciones”, obligación que se basa en un fundamento moral (J. Mosset Iturraspe, Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios, t. I, pág. 244), no siendo admisible que adopte “una actitud pasiva o puramente negativa ya que se impone un principio de colaboración” (conf. Excma. Cámara Departamental in re “González de Techera...” voto Doctor Borghi que prohió mayoría; en su actual composición causa 32.462, “Nicora...” , 17/2/93; Cámara ob. Cit.; pág. 162).

Dice Compagnucci de Caso que se requiere del accionado una “actividad procesal que convenza la veracidad de su réplica” (aut. y ob. Cit.; fc. 375 y 384, CPC).

Por ende, la actitud pasiva de los accionados que omitieron producir prueba, gravita en su contra al infringir el deber de colaboración en el esclarecimiento de los hechos y en la demostración de sus afirmaciones (art. 384 CPC).

3º En materia de acreditación de la simulación rige la “amplitud probatoria” (Belluscio – Zannoni , ob. Cit; t. 4, pág. 42) siendo el medio de prueba más frecuente el de presunciones (Llambías, ob. Cit., t. II –B, pág. 131; Cámara ob. Cit.; pág. 244 y ss.; SCBA, in re “Gugliermo, Susana...”, Ac. 25.744 en DJJ 118- 198; CNCiv.; Sala A, 7/8/61, “L., C. M. en: A. D. A.; R. C/ A., D. “ , voto Doctor Abelleyra cit. En ED, 1-368; CNCiv., Sala A, 17/7/53, “Luca de Greco, Filomeno, suc. C/ Greco, Guillermo V. “ , voto Doctor Podetti en LL, 72-317). Empero, ha dicho la corte local que “la prueba del vicio ha de ser acertiva, plena y convincente, porque en caso de duda debe estarse por la sinceridad del acto” (SCBA, “Sans de Gumino...” DJJ. 129-394; ED, 81-587; C2a. CC La Plata. Sala I, 11/6/93, M., F. J. C/ G., S. E. y Ot. “voto Dra. Ferrer en LL, Bs As., año I., No. 5. setiembre de 1994, 575).

La Corte bonaerense resolvió que: “ya en un antiguo fallo –con voto del Dr. Escalada- se señalaba que para dar por comprobada la simulación bastan vehementes indicios o presunciones, siendo precisas y concordantes, por lo que puede llamarse prueba privilegiada...”. La razón es clara; cuando se trata de simular un acto en perjuicio de terceros se toman tranquilamente las medidas, se adoptan con tiempo las precauciones necesarias para ocultar el acto... “A y S, serie I, t. I436; SCBA, Ac. 43.217, 4/12/90, “Dumrauf c/ Dumrauf”, voto Dr. Vivanco).

4º. El derecho judicial, y a modo de pautas directrices, ha elaborado un descriptivo catálogo de situaciones de hecho que revisten la categoría de indicios. Para lo que interesa en el sub lite pueden mencionarse los siguientes parámetros reveladores de la configuración de un acto simulado: 1) el comportamiento de las partes y la falta de ejecución del contrato; 2) el parentesco próximo entre los otorgantes del acto; 3) el precio vil; 4) la citación económica de la adquirente y del vendedor; 5) la naturaleza e importancia de los bienes enajenados; 6) las peculiaridades del acto; 7) la causa simulandi (conf. Llambías, ob. Cit.; t. II-B, pág. 131; Salas, Cód. Civil, t. I, pág. 475; Yáñez Alvarez, ob. Cit.; JA, 8-507; Cámara, ob. Cit.; pág. 245 y ss.; Ferrara, ob. Cit., pág. 387;



Mosset Iturraspe, pág. 249; Compagnucci de Caso, ob. Cit., pág. 346; Cifuentes, ob. Cit., pág. 532; Zannoni, Eduardo, Ineficiencia y nulidad de los actos jurídicos, pág. 349 y ss.).

III. De lo expuesto se desprende que corresponde examinar los indicios verificados por prueba directa, y a partir de ellos y por vía del razonamiento lógico y atendiendo al principio de normalidad (arts. 901, CC; 163, inc. 5o. y 384, CPC), extraer las consecuencias que por su entidad y concordancia convencen de la simulación del negocio jurídico cuestionado.

La simulación absoluta de la venta de Reimer a Hermada instrumentada en escritura pública No. 25 del 1/2/91 pasada por ante el registro notarial No. 1 de Olavarría, del escribano Juan A. Lucas, respecto del inmueble matrícula 5757 de ese partido (arts. 955, 956, 957, CC), resulta de la valoración en conjunto de los indicios siguientes:

1º. El parentesco entre los otorgantes del acto, quienes son cuñados entre sí ya que el codemandado Reimer es hermano de la esposa de Hermada –Irene Alicia Reimer-, los que tienen trato familiar y cordial (conf. Confesionales fs. 112, posic. 1ª. y 2ª. Y fs. 114, posic. 1ª. A merito de los pliegos de fs. 111 y 113; conf. Constancias del certificado de dominio de fs. 95 y de la escritura pública de fs. 32; arts. 979 incs. 1 y 2; 993, 994, 995, y concs.; CC; 384, 394 y 421, CPC). Este indicio afecta “a las personas de los contratantes” (Ferrara, ob. Cit. Pág. 387).

2º. El precio vil ya que se adujo haberse abonado –antes de la firma de la escritura- la suma de A 30.000.000 (conf. Escritura fs. 32/33) cuando a esa data el valor real era de A 70.650.000, tal como se desprende de la pericia de tasación de fs. 151 no observada por los litigantes (arts. 384 y 474, CPC).

3º. Que el inmueble, luego de la supuesta venta, continuó siendo ocupado por la suegra de Hermada –Lucía Suppe de Reimer-, quien vivía en ella desde hacía más de 20 años, alegando que su título actual era de “cuidadora” (sic, mandamiento de constatación de fs. 37 en autos “Banco de la Edificadora de Olavarría S. A. c/ Reimer, Teodoro W. S/ prueba anticipada”; conf. Confesional de Hermada, fs. 114, posic. 11, quien adujo que no “podía echar a la calle a su suegra”; arts. 374 y 421 CPC).

4º. La causa simulandi que resulta de la acreditación de que Reimer suscribió la solicitud de crédito No. 194.790, el 27 de diciembre de 1990, manifestando al banco en su declaración jurada que su activo ascendía a A 14.830.162,61 (conf. Fs. 18/19, expte. Cit.). Sin embargo, contemporáneamente a la venta simulada adeudaba la suma de A 7.460.060,31 en concepto de saldo deudor en su cuenta corriente bancaria No. 9059/7, la que al 17 de abril de ese año se incrementó en A 41.257.098,52 (conf. Pericia contable que no mereció objeciones de fs. 134/135; arts. 384 y 474). A ello ha de añadirse la deuda derivada del pagaré por A 10.000.000 suscripto el 27 de diciembre de 1990, pagadero a la vista, y que originó el proceso ejecutivo iniciado el 30 de abril de 1991 y respecto del cual se dictó sentencia de trance y remate (exte. “Banco de la Edificadora de Olavarría S.A. c/ Reimer, Teodoro Waldemar s/ cob. Ejecutivo” agregado por cuerda fs. 17, 18, 19, ; art. 374, CPC).

Resulta evidente, entonces, que se supuso una venta del inmueble sito en Azopardo 1082 de Olavarría, por A 30.000.000, cuando su valor real era el doble, adeudando ala actora el pagaré –A 10.000.000- y el saldo en su cuenta corriente –A 7.460.060,31- (expte. Cit; estos autos pericia fs. 134/135 y 151)

Respecto a la causa simulandi se resolvió “que su alegación o demostración no es indispensable (A y S, 1960-V-54) pero la causa por la que se llevó a cabo la simulación tiene una importancia capital; no sólo sirve para explicar el acto, sino que , por

sí misma constituye una presunción (SCBA, Ac. 43. 217, 4/12/90,"Dumrauf c/Dumrauf"; conf. Borda, Guillermo, Tratado..., Parte General; ED, 1959- II- 318) "y aunque el criterio para su valoración debe ser riguroso, la misma ha de apreciarse con gran libertad por el juzgador teniendo en cuenta las dificultades prácticas del hecho a demostrar" (DJBA, 55-98).

El criterio relativo a que la causa simulandi constituye una presunción, configura doctrina legal de la casación bonaerense (SCBA, Ac. 43.680, 21/5/91, "Marticorena c/ Hernández", W, 1984-D-73). En efecto, y tal como se resolvió en anterior integración (AC. 25.744. cit., "Guglierno c/ Guglierno", DJJ, 118-189, voto Dr. Ibarlucía) además de la causa simulandi se valoró para admitir la demanda el precio vil, el parentesco entre las partes, la circunstancia de que el vendedor siguiera habitando en la finca, y la ausencia de prueba respecto del destino o reinversión de los fondos (fallos cit.).

5°. En esa época el Sr. Reimer enajenó también otros dos inmuebles: a) el lote de terreno de 434 m<sup>2</sup>, inscripto en la matrícula 36.283 de Olavarría, vendido el 3 de enero de ese año por A 3.000.000, cuyo precio percibió antes de ese acto (escritura pública fs. 100/102, informe de fs. 94); b) el lote de terreno baldío, matrícula 34.782, vendido el 28 de enero de 1991 por A 2.000.000 (escritura fs. 138/139; informe fs. 96). Esto, junto a la venta precedentemente analizada, conforme el indicio calificado por Cámara por "la naturaleza y cuantía en los objetos transferidos" (aut. y ob. Cit., pág. 248).

6°. La falta de solvencia del comprador Hermada que era empleado rural, percibiendo el sueldo que prescribe la legislación vigente (confesional fs. 114, según posiciones 3<sup>a</sup>. y 4<sup>a</sup>. del pliego de fs. 113; art. 421).

7°. La actitud procesal pasiva de ambos accionados, quienes no produjeron prueba faltando no sólo a su deber de colaboración (Cam. Dep. causa 32.462, 17/2/93, "Nicora, L. C/ Nicora, H. S/ simulación – nulidad de escritura") sino que tampoco acreditaron sus respectivas afirmaciones: capacidad económica para comprar de Hermada, destino de los fondos asignados por Reimer, necesidad de enajenar todos los bienes, ejecución efectiva del contrato, modalidades de la operación, interés jurídico, todo lo que, según las reglas de la sana crítica y el principio de normalidad, conforme un sólido plexo probatorio presuncional (art. 901, CC., Eisner, Isidoro, "Desplazamiento de la carga probatoria", LL, 1994-C-846; arts. 384, 163, inc. 5°.., CPC., CNCiv., sala A, cit. ED, 1-368., Ca. CC La Plata, Sala I, LL, Bs. As. No. 5, setiembre de 1994, pág. 575, JA, 1994-I-393, LL, 1992-B-541; CApel. Dep. causa 35.342, 29/12/94, voto Dr. Céspedes, "Carrizo, Luis M. y ot. C/ Plini, Eduardo, P. y ot. S/ simulación y colación"; Cámara Ob. Cit., págs. 161, 164, 244 y Passin).

No obsta la aplicación a este caso del principio favor probationem la circunstancia de que el actor sea una entidad bancaria ya que igualmente se encontraba en una situación fáctica de mayor debilidad probatoria (salvo que contaba con la declaración jurada patrimonial de Reimer) y por ello la dificultad para el acceso a los medios probatorios (art. 384).

Por ende, el acto controvertido es simulado, por lo que cabe declarar su invalidez e inscribirse la misma en el Registro pertinente, firme este decisorio (arts. 956 y 958 arg. Art. 1050, CC).

IV. En base al principio objetivo de la derrota en juicio las costas serán a cargo de ambos codemandados perdedores (art. 68, CPC).

V. Por las consideraciones precedentes fallo el presente juicio promovido por el Banco de la Edificadora de Olavarría S. A. contra Teodoro Waldemar Reimer y José Luis Hermada haciendo lugar a la demanda deducida y, en consecuencia, declarando simulada la venta instrumentada en escritura pública No. 25, de fecha 1º de febrero de 1991 pasada por ante el Registro notarial No. 1 de Olavarría, respecto del inmueble nombrado catastralmente como circunscripción I, sección C, quinta 4, manzana 4 a, parcela 4 a e inscripto el dominio en la matrícula 5757 de ese partido. Firme este pronunciamiento líbrese el oficio del caso al Registro de la Propiedad Inmueble. Con costas a los accionados vencidos. Pospónese la regulación de honorarios de los letrados y peritos intervinientes para la oportunidad del art. 27, inc., d. Ley 8904. Regístrese. Notifíquese. Glóse la documentación reservada. —Jorge Mario Galdós.