
Simulación

**Autos: "GÓMEZ, LUIS C/GÓMEZ, EDGARDO LUIS Y OTRO S/SIMULACIÓN".
Cámara Nacional Civil, Fallo 496.713.**

Buenos Aires, noviembre 28 de 2007.

Vistos y Considerando:

I. Contra la resolución de fs. 480, en la que la Sra. Juez de la anterior instancia desestima las defensas opuestas por la escribana interviniente en el acto escriturario que motiva las presentes actuaciones cuya citación fue dispuesta de oficio, alza sus quejas la notaria, quien las vierte en el escrito de fs. 488/90 a fs. 495 la actora se pronuncia en favor del planteo esgrimido por la recurrente.

II. El art. 89 del Código Procesal prevé que cuando la sentencia no pudiere pronunciarse útilmente más que con relación a varias partes, éstas habrán de demandar o ser demandadas en un mismo proceso. Si así no sucediere, el juez, de oficio o a solicitud de cualquiera de las partes, ordenará antes de dictar la providencia de apertura a prueba la integración de la litis dentro de un plazo que señalará, quedando en suspenso el desarrollo del proceso mientras se cita al litigante o litigantes omitidos.

El litisconsorcio necesario procede siempre que, por hallarse en tela de juicio una relación jurídica que es común e indivisible con respecto a una pluralidad de sujetos, su modificación, constitución o extinción no tolera el tratamiento por separado y sólo puede lograrse a través de un pronunciamiento judicial único para todos los litisconsortes (conf. esta sala, del 8/10/82, J.A. 1983-III, pág. 84, síntesis nº1).

Importa la existencia de una pretensión única, cuya característica esencial reside en que solamente puede ser interpuesta por o frente a todos los legitimados y no respecto de uno o algunos, por cuanto la legitimación activa o pasiva corresponde en forma conjunta a un grupo de personas y no con independencia a cada una de ellas (conf. Art. 89 del Código Procesal; Fassi-Yáñez, "Código Procesal...". Tomo I, com. Art. 89, nº 1 y 7, pág. 495 y siguientes; Palacio, "Derecho Procesal Civil". Tomo III, nº 256/257, pág. 207 y sig.).

Ahora bien, lo corriente es que nadie esté constreñido a obrar cuando no quiere. Por tanto, sólo por excepción, cuando lo impone la ley o por la naturaleza del derecho discutido, se admite el litisconsorcio necesario (conf. Fassi-Yáñez, op. y loc. cit., pág. 495, nº 2).

Más concretamente, en lo que a la acción de simulación se refiere, esta sala ha sostenido que debe intentarse contra todos los que intervinieron como partes en el acto impugnado (conf. LL 1988-C-522). Y si se trata de una nulidad formal la demanda deberá dirigirse también contra el escribano interviniente (conf. Borda, Guillermo A. "Tratado de Derecho Civil -Parte General"-, 12a. ed. t. II, pág. 410 n° 1289-2). A contrario sensu, si no se tratara de una nulidad formal, tal intervención resultaría en principio innecesaria.

Es que en la generalidad de los casos -donde la formalidad no está impuesta por la norma con carácter exclusivo, inevitable y sustancial- existe autonomía entre el instrumento y el negocio jurídico que contiene. Cuando se pretende impugnar el primero, la demanda debe versar sobre la falsedad de instrumento a través de la querrela de falsedad, por acción civil o criminal a que se refiere el art. 993 del Código Civil. Pero ello no quiere decir que sean iguales dicha redargución de falsedad y la nulidad del negocio jurídico voluntario. De ahí que este pueda ser válido a pesar de ser inválido el instrumento, y a la inversa (conf. Cifuentes, Santos, "La intimidación como causal de nulidad de los negocios jurídicos", Rev. del Notariado, n° 869, pág. 231).

La redargución de falsedad, si se trata de una escritura pública, pone en tela de juicio la sinceridad de lo afirmado por el escribano, mientras que la impugnación del negocio instrumentado pone en duda la sinceridad, perfección y eficacia de los hechos manifestados ante el escribano en virtud de la situación del sujeto, condiciones del objeto y sanidad de la causa que determinó a los contratantes a celebrar el acto. Cuando lo que está controvertido es la regular formación del negocio en lo que hace a sus elementos internos (art. 897 del Código Civil), no es apropiado tachar de falsedad al instrumento que puede ser auténtico, sino promover la nulidad, lo que sólo es posible iniciando una acción ordinaria, haciéndose innecesario que intervenga el notario y que se ponga en duda la fe pública de su actuación (conf. Cifuentes, Santos, op. y loc. citados).

Aplicando tales principios al caso de autos, se advierte que dada la naturaleza de la acción entablada y sus específicas particularidades, este Tribunal considera que -cuanto menos por el momento- no se configura un supuesto de litisconsorcio necesario que justifique integrar la litis de la manera dispuesta en la anterior instancia.

Por tales razones, este Tribunal estima que corresponde admitir las quejas vertidas y, por tanto, la decisión apelada debe ser revocada.

Por estas consideraciones, SE RESUELVE: Revocar, en lo que fue materia de agravio, la resolución de fs. 480. Las costas de ambas instancias por la citación de la recurrente se imponen en el orden causado, atento no haber mediado contradictorio. Notifíquese y devuélvase. *Fernando Racimo - Mario Calatayud - Juan Carlos Dupuis.*

NOTA A FALLO**La acción de nulidad por simulación y la citación del escribano a juicio**

Hernán López Saavedra

Entendemos que el fallo que comentamos adquiere especial relevancia ante la repetida creencia que en cualquier caso donde se pide la nulidad de un acto jurídico instrumentado por escritura pública, la intervención del escribano –en un proceso donde se plantea la nulidad de la misma– importa un litis consorcio pasivo necesario y, en consecuencia, su intervención es imperativa.

Como lo sostiene el Tribunal interviniente, el litis consorcio pasivo necesario no admite la resolución de una situación jurídica por separado de los demás litisconsortes, siendo necesario un pronunciamiento judicial único.

Entrando de lleno en el caso particular que nos ocupa, cuadra destacar que: (a) la acción de nulidad por simulación intentada –en el caso que comentamos– tuvo su fundamento en una venta de un inmueble simulada a fin de evitar el pago de ciertas deudas alimentarias del vendedor; y (b) la citación de la Notaria fue ordenada de oficio por el Juez de la anterior instancia, sin que el actor impugnante, al formular su demanda de nulidad por simulación, le endilgara incumplimiento alguno a la profesional.

Así las cosas, el primer sentenciante –repetimos, de oficio– juzgó que, tratándose de una acción de nulidad, esta debía ser dirigida contra todos los involucrados por constituir un supuesto de litisconsorcio necesario pasivo.

Y, por cierto, esta afirmación no puede ser tomada como un principio general inexorable, sino que, como ocurre en el campo del derecho, puede –y debe– admitir algunas excepciones.

En efecto, es cierto que, en materia de nulidad de los actos jurídicos, en principio, es unánime el criterio doctrinario y jurisprudencial de la necesidad del consorcio. Así “determina un litisconsorcio necesario la circunstancia de que la pretensión –nulidad del acto jurídico– sea única y solo pueda ejercerse contra varios legitimados y no contra alguno de ellos solamente, bajo riesgo de que el acto jurídico se repute válido para unos e inválido para otros” (CNCIV., SALA C, 02/07/81 “GUERRIERE C/KANMAR S.A.”, J.A. 1982 -III- 284; ED 96-304; CNCIV., SALA C., 10/04/69 “REJUIL A. C/MARTÍNEZ

DE GARRIDO V.", LL 135-983; CNCIC., SALA C, 13/08/73, ED 53-393; CSBA 28/12/71, "VULEJ, N C/ MIELNIK DE VULEJ, R.", LL 147-221; CNCIV., SALA C, 24/10/68, "NAVARRETA C. C/ ELSTEIN, L." LL, 135-1146).

También se ha dicho que "la acción de nulidad de un acto jurídico contra todos sus otorgantes, es uno de los casos típicos de inescindibilidad de la relación sustancial por la naturaleza de la pretensión, que determina la existencia de un litis consorcio pasivo necesario, pues de dividirse la contienda de la causa podría desembocarse en sentencias contradictorias, inútiles o de cumplimiento imposible" (CNCIV., SALA C, 02/07/81, ED, 96-305; CNCIV., SALA E, 19/06/79, "PISCAREL, L C/EBROS INM." ED, 84-230) y, por otro lado, que "la acción de nulidad de los actos jurídicos ha de intentarse ineludiblemente con todos los que intervinieron a fin de que la sentencia surta, respecto a ellos, los efectos de la cosa juzgada" (CNCIV., SALA D, 31/10/70, ED, 83-676; CONF. MARTÍNEZ, HERNÁN J. " PROCESO CON SUJETOS MÚLTIPLES", T.I, p. 170).

Recordados estos conceptos, interesa destacar que, en el caso, la Notaria intervino, si se quiere, como un agente necesario -por su propia función- para la instrumentación del acto jurídico; sin embargo, en torno al fondo de la cuestión -la simulación- ninguna vinculación tuvo, a punto tal que el actor no le reprochó incumplimiento de ningún tipo en el ejercicio de sus funciones.

De allí que, compartiendo el criterio del Tribunal de Alzada, no resulte procedente la citación de la Notaria en esas particularidades condiciones, desde que la nulidad invocada -en el caso- fue una cuestión que debía decidirse entre aquellos que celebraron el acto y quienes resultarían perjudicados aún siendo terceros respecto del mismo.

Vale la pena destacar que la hipótesis en tratamiento se distancia notoriamente de la redargución de falsedad (art. 993, Código Civil), en donde, por la propia naturaleza de la acción, claramente se pone en tela de juicio la intervención del notario. Es por eso que, intentado un incidente de redargución de falsedad sobre un acto notarial, el art. 395 del CPCC impone la citación del Escribano.

De allí que, tratándose de una acción de simulación, en donde la validez del acto solamente surte efectos entre partes -y el Escribano no lo es- la figura del litis consorcio pasivo necesario no es aplicable en el caso particular que nos ocupa.

Agregamos, todavía, que:

a) tanto la doctrina como la jurisprudencia han admitido que media un litisconsorcio necesario cuando se ataca un acto por simulación absoluta (Fassi, obra citada, página 496; C.N. Civil, Sala F, 19/12/67, LL 131-1100, 17.691-S; íd. Sala C, 13/9/65, LL 121-22; íd, id. 6/7/65, LL 121-687, 13.140-S; íd., Sala D, 6/10/59, LL 97-88, entre muchos

otros), pero en aquellos supuestos, por ejemplo, que han tenido lugar sucesivas transmisiones del dominio, el litisconsorcio necesario comprende a todos los que han sido titulares a partir del acto impugnado (C.N. Civil, Sala C, 22/4/69, LL 138-922, 23.541-S);

b) en esta última hipótesis, la citación de tales terceros es plenamente justificada, toda vez que los efectos de la eventual invalidez del acto claramente les afecta a unos y otros, y su citación deviene necesaria para hacer valer sus derechos;

c) esto así porque están habilitados para ejercer la acción, además de las partes del acto simulado, los terceros interesados, tales como acreedores de las partes, fiadores de ellos, herederos, perjudicados, legatarios de las cosas comprendidas en la simulación, etc. (Llambías, Tratado de Derecho Civil, TºII, p. 461);

d) en este sentido, ningún interés jurídico válido tiene el carácter de intervención necesaria del Notario, desde que en la medida que su responsabilidad no está en tela de juicio, claramente el instituto regula un sistema aplicable exclusivamente las partes intervinientes o a eventuales terceros que puedan verse afectados por el acto;

e) así, es necesario llamar a juicio a los que, aún extraños al acto, se hayan beneficiado –y, agregado, perjudicado– con la simulación (*Manual de Derecho Civil y Comercial*, Bs. As., 1971, t. II, p. 24; también Mosset Iturraspe, *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, Bs. As., t. I, 1974, p. 221);

f) en síntesis, la acción de nulidad de un acto jurídico debe intentarse contra las partes del acto impugnado, y solamente correspondería traer al escribano cuando se pretende la declaración de falsedad de ese instrumento (SOHNLEIN DE ERNST, Lina Luisa y otro c/TROSSERO, Leticia Cristina s/ NULIDAD DE ESCRITURA, Sentencia Definitiva, CNCIV, Sala M) o cuando –agregamos– su intervención esté cuestionada.

En definitiva, y como ha sido juzgado en el marco de la causa FELICETTI, Nilda c/ HUERTAS, María s/ SIMULACIÓN, Sentencia Definitiva, CNCIV, Sala H, Nro. de Recurso: H305884 04-05-01, “corresponde desestimar la pretensión de simulación de una escritura traslativa de dominio si no se ha integrado el proceso con la empresa financiera que en el mismo acto instrumental se constituyó en acreedora hipotecaria del inmueble en cuestión”, siendo esta última, claramente, una parte interesada del negocio.

En el caso, la escribana no fue –obviamente– ni comprador, ni vendedor, ni acreedor hipotecario ni un tercero que pueda verse afectada por el acto. Insistimos que la validez o invalidez del acto donde se solicita la declaración de nulidad por simulación en nada afecta al Notario, por lo que su intervención resulta, a todas luces, innecesaria

y carente de todo efecto jurídico en el lo sucesivo –por cierto–, en la medida que su responsabilidad no esté en juego.

Distinto sería el caso si, lo que se cuestiona es, por ejemplo, el otorgamiento del acto con intervención de una persona sin discernimiento, acto del cual el escribano no puede desentenderse por estar en juego, ahora sí, su responsabilidad profesional ante perjuicios que ello pudiera ocasionar a las partes en una eventual acción de daños y perjuicios posterior a la efectiva declaración de invalidez.

Como bien lo juzgó la Sala, existe autonomía entre el instrumento y el negocio jurídico que contiene.

No podemos, entonces, más que compartir el criterio sustentado por el Tribunal.