

ERROR DE HECHO

Tribunal: C. Nac. Com., sala E

Fecha: 09/08/2007

Partes: Tierras Nuevas S.A. v. Teyma Abengoa S.A. y otro

2ª INSTANCIA.- Buenos Aires, agosto 9 de 2007.

El Dr. Arecha dijo:

1. Tierras Nuevas S.A. demandó a Agusti Mocchioli S.A. y a Teyma Abengoa S.A. para obtener la entrega de un acoplado de dos ejes modelo 1997 y el cobro de una suma de dinero en concepto de indemnización por los daños y perjuicios.

Sostuvo básicamente que, en una subasta llevada a cabo el 19/6/1999, fue inducida a error por las publicaciones efectuadas por las accionadas y que así adquirió un acoplado modelo 1977 cuando en realidad creía estar comprando uno del año 1997.

2. La sentencia de la primera instancia dictada a fs. 509/515 rechazó íntegramente la demanda y le impuso las costas a la accionante vencida.

Para así decidir, la jueza de grado comenzó por destacar que el error, como vicio de la voluntad, no se presume, por lo que, quien lo alega debe probar su creencia errónea y paralelamente demostrar que hubo razón para errar, es decir, que no existió negligencia culpable de su parte.

Consideró que esto último no se había cumplido en autos, en tanto, las circunstancias de la causa permitían concluir que el comprador conoció o debió conocer -actuando con cuidado y previsión- las cualidades y características de lo adquirido.

Ponderó, al efecto, que la actora había reconocido al absolver posiciones que un representante suyo había examinado el acoplado adquirido y que, al proponer las posiciones para las demandadas, había afirmado que el bien tenía dominio C 0907251.

Refirió que tanto el perito ingeniero como el Ministerio de Justicia afirmaron que desde el año 1995 las patentes son identificadas con tres letras y tres números, de modo que el número de dominio reconocido debió alertar al comprador de que se trataba de un automotor anterior al año 1997.

También hizo hincapié en aquellas diferencias que el perito ingeniero destacó que, a simple vista, pueden advertirse entre dos acoplados con veinte años de diferencia y destacó que, según el experto, las mismas son perceptibles por una persona medianamente entendida.

Asimismo, expuso que del peritaje contable surgió que el modelo rematado era del año 1977 y agregó que la Cámara Argentina de Fabricantes de Acoplados y Semirremolques informó que Romapar cesó sus actividades en 1999, pero fabricó unidades sólo hasta el año 1982.

En definitiva, concluyó que el hecho de que la factura emitida en razón de la compra consigne un modelo 1997 deviene insuficiente para suponer que efectivamente medió confusión en la actora imputable a los vendedores.

Por el contrario, entendió que lo actuado por el representante de Tierras Nuevas en la negociación de marras, revela, desde la óptica de un buen hombre de negocios, o comerciante experto (art. 902 [Ver Texto](#) , CCiv.) su falta de diligencia ya que omitió adoptar los recaudos necesarios para una contratación segura (art. 512 [Ver Texto](#) , CCiv.) en tanto no tuvo en cuenta circunstancias como la patente del rodado, su precio, ni exigió antes de la compra la documentación del mismo, lo cual lo responsabiliza de las consecuencias de tal hacer.

Finalmente analizó las declaraciones de los testigos, consideró que los dichos de los propuestos por la actora no aportaron elementos relevantes y que, de todos modos, la contradicción entre las deposiciones de ellos con las de los propuestos por la demandada, privaba a todas ellas de valor convictivo.

3. Contra dicho pronunciamiento apeló la accionante, quien expresó agravios en la pieza que obra en fs. 540/541, respondidos por Agusti-Moccioli S.A. en fs. 543/547 y por Teyma Abengoa S.A. en fs. 549/551.

Se queja la apelante de que la primera sentenciante evaluara que no se condujo con la debida diligencia y no meritara que el martillero consignó en la factura que el modelo vendido era del año 1997 en lugar de 1977 y que reconoció en autos que ese instrumento fue confeccionado sobre la base del catálogo de la subasta.

Por otra parte, sostiene que no fue probado en autos que el acoplado haya tenido colocadas las chapas patentes al momento de realizarse la venta en subasta, de modo que no puede ser responsabilizada por no haber percibido que el dominio correspondía al año 1977.

Agrega que las demás características técnicas descriptas por el perito ingeniero exceden el conocimiento que un hombre de negocios puede tener sobre la cuestión, máxime cuando la subasta fue organizada por una reconocida firma, publicitada en el diario Clarín y en el catálogo del remate figuraba el acoplado como modelo 1997, circunstancia ratificada cuando le entregaron la factura.

Dice que el elemento con el que se guía la persona que oferta y compra en la subasta es principalmente el catálogo y que, en el caso, tratándose de un acoplado playo, usado, que no se ha demostrado que tuviere chapas patentes colocadas, es evidente que cualquier persona, sin el conocimiento técnico del experto, pudo haber incurrido en error, tal como ocurrió con el martillero cuando confeccionó la factura.

Argumenta que es la empresa organizadora del remate quien ha incumplido con sus deberes, pues publicitó un acoplado diferente del que pretendió vender, no especificó que el mismo carecía de documentación y confeccionó la factura detallando un modelo distinto y omitió aclarar que no se contaba con título de propiedad o cédula verde, en contradicción con lo dispuesto en el art. 9 [Ver Texto](#) , incs. b, c, h y k, ley 20266.

4. No ha sido controvertido por el apelante un aspecto medular del fallo de primera instancia, a partir del cual, se desencadena todo el razonamiento de la sentenciante: la carga de la prueba de la existencia de error, como vicio de la voluntad (art. 924 [Ver Texto](#) , CCiv.), y de la falta de negligencia culpable (art. 929 [Ver Texto](#) , CCiv.), pesaba sobre la accionante.

Ése es un principio procesal que dimana del art. 377 [Ver Texto](#) , CPCCN. y de la estructura misma del instituto de la nulidad de los actos jurídicos, pues, en principio, los voluntarios se presumen válidos mientras no se demuestre lo contrario.

A partir de esa premisa, se desprende que la accionante no ha logrado demostrar que la publicidad de la subasta pudiera llevarla a error. En efecto, en los avisos publicados en el diario Clarín, no se especificaba el modelo de los acoplados ofrecidos para la venta (ver fs. 51/54). El catálogo acompañado por la actora difiere del presentado por la firma demandada encargada del remate, justamente en cuanto al modelo del acoplado, y no fue probada la autenticidad del que fue aportado por la pretensora. De todos modos, tanto en uno como en el otro, obra el dominio del automotor que corresponde a un modelo anterior al año 1995, y así, aun cuando se admita por hipótesis que el efectivamente entregado ese día fuera el que obra en fs. 59/61, debió la compradora advertir, con un mínimo de diligencia, que se trataba de un automotor más antiguo.

Por otro lado, era carga de la actora demostrar que el precio pagado por el acoplado -\$ 4126,10, incluidos los impuestos y la comisión del martillero- correspondía al valor en plaza de un bien de esas características patentado en el año 1997. Considero que esta prueba omitida era determinante para acreditar que la compradora creía razonablemente que estaba comprando un modelo veinte años más nuevo que el que finalmente adquirió.

Asimismo, y prescindiendo incluso de la declaración de todos los testigos a raíz de los dichos contradictorios de unos y otros, la actora reconoció en la demanda que el acoplado tenía señales de uso intenso y algunos faltantes, de modo que mal puede considerarse que, al examinarlo, pudo haber pensado que se trataba de un bien de dos años de antigüedad.

Destácase que, tal como fue destacado en la sentencia, el perito ingeniero, informó de otras diferencias perceptibles a simple vista entre un acoplado modelo 1977 y otro modelo 1997, y si bien la actora argumenta que ello pudo ser obviado por un hombre de negocios sin los conocimientos técnicos del experto, no se hace cargo de la manifestación inimpugnada del perito en el sentido de que cualquier persona medianamente entendida podría haber advertido esas diferencias. Agrégase que, de todos modos, si la actora pretendía adquirir una unidad cuyas características técnicas desconocía, debió asesorarse por alguna persona conocedora. Véase que, incluso, se ha probado en autos que esos acoplados dejaron de fabricarse en el año 1982, lo que refuerza la conclusión de que la compradora no se condujo con el cuidado y previsión esperable de un buen hombre de negocios.

La circunstancia de que en la factura se hubiera consignado que el modelo vendido era 1997 en lugar de 1977, fue atribuida por la codemandada a un error administrativo. Pero, de todos modos, la venta se concretó en el acto de la subasta, luego de finalizada la puja y entregada la seña correspondiente. De modo que no puede reputarse que el instrumento confeccionado posteriormente hubiera llevado a la actora a creer que había adquirido un acoplado 20 años más nuevo.

En definitiva, juzgo que los dichos de la apelante no logran conmover los fundamentos del fallo en crisis, basados en la prueba colectada en autos, analizada conforme el criterio de la sana crítica.

5. Por lo expuesto, propongo al acuerdo: desestimar la pretensión recursiva y confirmar la sentencia apelada, con costas (art. 68 [Ver Texto](#) , CPCCN.).

El Dr. Ramírez dijo:

Comparto los fundamentos vertidos por el juez preopinante por lo que adhiero a la solución por él propiciada. Voto, en consecuencia, en igual sentido.

Por los fundamentos del acuerdo precedente, se resuelve:

Desestimar la pretensión recursiva y confirmar la sentencia apelada, con costas (art. 68 [Ver Texto](#) , CPCCN.).- Martín Arecha.- Rodolfo A. Ramírez.

ERROR DE HECHO

2ª INSTANCIA.- Buenos Aires, diciembre 19 de 2003.

El Dr. Calatayud dijo:

1. En el expediente sustanciado entre las partes por restitución del depósito dado en garantía (n. 104755/99) la allí actora, locataria del inmueble sito en la calle Tupiza n. 3950, de esta ciudad, adujo la nulidad del contrato de locación que celebrara con su contraria, toda vez que, al momento de suscripción de aquél, a raíz de un informe proveniente de "A B Construcciones" del 5/3/1999, tomó conocimiento que, de acuerdo con el Código de Planeamiento Urbano, la zona donde se encuentra el edificio en cuestión no es apta para la instalación de oficinas comerciales de más de 200 metros cuadrados, por lo que las suyas no pueden ser habilitadas, y, en consecuencia, ello impide su utilización a los fines que perseguía. Existió, según su parecer, un error sobre la cualidad sustancial del objeto del contrato (arts. 926 [Ver Texto](#) y 927 [Ver Texto](#) CCiv.), que vicia la voluntad del locatario, lo que acarrea la nulidad absoluta (art. 953 [Ver Texto](#)) y la obligación de restituir las cosas al mismo estado en que se encontraban antes del acto anulado (arts. 1050 [Ver Texto](#) y 1052 [Ver Texto](#)).

De su lado, en el que su contraria resulta actora (n. 114902/99) y que fuera acumulado al anterior, ésta refiere que en noviembre de 1998 la empresa de publicidad se interesó en el alquiler del inmueble en cuestión, visitándolo en numerosas oportunidades, hasta que, finalmente, el 8/1/1999 se suscribió el contrato respectivo. El 30 del mismo mes el edificio se encontraba desocupado por la anterior locataria y en condiciones para la entrega que se acordara para el 1/2/1999, no obstante lo cual su ocupación no se produjo en la fecha referida. Se comunicó varias veces con la locataria, pero ésta se negaba a cumplir con la obligación que asumiera. Finalmente, el 8/3/1999 le remitió una carta documento intimándola a abonar los alquileres de febrero y marzo que ya se habían devengado, y al día siguiente recibió una "insólita" misiva en la que aquélla invocaba la nulidad del contrato, produciéndose después un profuso intercambio epistolar. Asegura que el inmueble consta de 1010 metros cuadrados, por lo que a simple vista cuenta con más de 200, en tanto que el tema del metraje, como el de la habilitación municipal, nunca formaron parte de las tratativas entre las partes, siendo improcedente la pretensión de la inquilina de incorporar dicho problema a la cláusula convenida acerca de las condiciones de "habitabilidad". Sostiene que la única posibilidad de rescisión anticipada, temporalmente limitada al día convenido para el inicio de la locación (1/2/1999), se extinguió inexorablemente en esa fecha. Reclama los daños y perjuicios irrogados por el incumplimiento de su contraria.

El magistrado de la anterior instancia, luego de señalar que la cuestión central a decidir era establecer si el contrato de locación celebrado entre las partes había tenido o no principio de ejecución y si la locadora tenía derecho de percibir los alquileres hasta el momento en que la locataria lo tuvo por rescindido o, en su caso, si era procedente el planteo de nulidad efectuado por esta última y la correspondiente restitución del depósito de garantía, llegó a la conclusión de que, al no encontrarse habilitado el inmueble para que en él se desarrollara la actividad comercial de la arrendataria, la nulidad del contrato era su consecuencia lógica porque la circunstancia impeditiva entrañaba un error de hecho sobre la cualidad de la cosa locada (art. 926 [Ver Texto](#) CCiv.) que vicia la voluntad de aquélla. El contrato representa, entonces, un acto jurídico con un objeto de cumplimiento imposible, por lo que es nulo de nulidad absoluta. Ordenó, por consiguiente, la devolución del depósito de garantía, restitución que deberá efectuarse en la moneda de origen o en pesos argentinos en cantidad necesaria para adquirir la misma de dólares que la entregada (arts. 2182 [Ver Texto](#) y 2210 [Ver Texto](#) CCiv.), con más sus intereses, que se devengarán desde el 8/3/1999 (fecha de la carta documento que intima el pago) a la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina. Impuso las costas de ambos procesos a la locadora.

Tal es, en síntesis, la posición asumida por las partes en pugna y la decisión de la anterior instancia.

2. Creo oportuno, ahora, efectuar una reseña de las principales previsiones contractuales. El convenio -uno de cuyos ejemplares obra agregado a fs. 2/4 del expte. 104755/99- se celebró el 8/1/1999, siendo su objeto la locación del inmueble sito en la calle Tupiza n. 3950 de esta ciudad, el que se entregaba por el término de treinta y seis meses a contar del 1/2/1999, siendo el precio pactado de U\$S 15.000 mensuales, dejándose constancia de que éste se fijó en base a la vigencia de la ley 23928 [Ver Texto](#) (1) y tomando en cuenta la paridad cambiaria que contiene dicho cuerpo legal, estableciéndose un procedimiento para la hipótesis de modificación, sea del régimen legal, sea de la paridad aludida (cláusulas 2 y 3). En la cláusula 4 se mencionó que estaría a cargo de la locataria el pago de los servicios de "Telecom", "Edenor" y "Metrogas", como así también el del impuesto de alumbrado, barrido, limpieza, contribución territorial, pavimentos y aceras y "Aguas Argentinas".

Se dejó establecido que el locatario sometería al inmueble a una revisión de su estructura, debiendo los profesionales intervinientes presentar un informe a más tardar el día 1/2/1999, y si del informe surgiera que el bien se encuentra en un

estado de inhabilitación, el locatario podrá reclamar la rescisión, debiendo el locador restituir el cheque que recibe en ese acto en concepto de depósito en garantía (cláusula 5).

El locatario se comprometió, entre otras obligaciones, a utilizar el inmueble "...solamente para el desarrollo de las actividades concernientes al objeto social..." que desarrollaba (inc. f de la cláusula 6).

En concepto de fondo de depósito el locatario entregó al locador el cheque n. 913-66022280 contra el BankBoston por la suma de U\$S 60.000, el que debería ser depositado el 1/2/1999, importe que debería ser devuelto al término de la locación en la misma moneda y con más intereses. En caso de resolución anticipada se facultó a aplicar la suma de U\$S 30.000 al pago de los dos últimos meses de alquiler (cláusula 11). Tal forma de distracto se haría con arreglo a las leyes 23091 [Ver Texto](#) (2) y 24808 [Ver Texto](#) (3) (cláusula 14).

Tales son, en apretada síntesis, las más importantes cláusulas contractuales en lo que aquí interesa.

3. Ahora bien, no se encuentra controvertido que la locataria tomó conocimiento de que el inmueble arrendado no se encontraba habilitado para desarrollar la actividad a la que se ocupa recién el 5/3/1999, con motivo de recibir el informe proveniente de "AB Construcciones", en donde se le hace saber que si bien el mantenimiento del bien es óptimo y la estructura del edificio está en condiciones normales de solicitud, por lo que no habría reparos para su uso, él se encuentra ubicado en una zonificación clasificada como "R 2 a I" en el Código de Planeamiento Urbano, la cual no permite la habilitación para la categoría del destino solicitado, el que se inscribe dentro de las "Oficinas Comerciales". Quien lo suscribe -arquitecto Alberto Aljanati- señaló que era importante conocer tanto la documentación técnica presentada en su momento ante la municipalidad, como así también el contrato societario de la empresa locataria para analizar el tema con detenimiento, no obstante, por las averiguaciones realizadas, sobre este punto específico no se halló hasta el momento una alternativa de solución para la correcta y viable habilitación del edificio para los fines requeridos (ver fs. 5/6 del expediente acumulante).

Es decir, éste era el estudio que, según la cláusula 5 antes referida, debía presentarse, "a más tardar", antes del 1/2/1999. Y destaco especialmente la frase utilizada en la redacción de la cláusula para resaltar que era lógico que se la hubiera empleado, habida cuenta de que esa fecha era la establecida para el comienzo de la relación locativa. A más de que, a mi juicio, resulta sumamente dudoso que dentro de la interpretación que cabe conferirle esté la cuestión acerca de la "habilitación" municipal referida, sino que, a estar a los términos empleados, parece más bien dirigida a dilucidar si la estructura del edificio soportaría la carga que supondría la actividad comercial a desarrollar por la locataria, lo cierto es que aparece ya un retraso en el cumplimiento de las obligaciones que asumiera la agencia publicitaria al celebrar el contrato de locación, toda vez que -reitero-, a estar a sus propias afirmaciones, su "gran" sorpresa fue cuando recibió el informe técnico aludido, el 5/3/1999.

Acerca de la mencionada actividad comercial, es verdad que el destino que se daría al bien no estaba expresamente consignado en el contrato y que, según el inciso letra f de la cláusula 6 de aquél, era obligación de la locataria utilizar el inmueble en cuestión solamente para desempeñar las concernientes a su objeto social, pero también lo es que, aun considerando que la locadora conocía a qué se dedicaba su contraria -circunstancia que parece razonable si se tiene en cuenta que los testigos que han prestado declaración en autos refieren que distintas personas visitaron el inmueble en más de una oportunidad con anterioridad a la firma del contrato y presenciaron conversaciones acerca de los usos que darían a cada una de las dependencias-, lo que no se encuentra demostrado era que estaba en conocimiento que aquél no podía ser empleado para agencia de publicidad por la zonificación otorgada por el Código de Planeamiento Urbano vigente a aquella época. Ello así, mal puede imputársele -como pretende su contraria- mala fe en su accionar. Adviértase, al respecto, que resulta sugestivo sobre el punto que meses más tarde

procedió a dar en locación el mismo inmueble a otra agencia de publicidad - "Wunderman Cato Johnson S.A."-, a la que le impuso como obligación - contrariamente a lo que había sucedido con "Verdino Bates Fernando Fernández S.A.", actora en el expediente acumulante- la de gestionar la habilitación municipal conforme a las reglamentaciones vigentes, que la locataria declaró conocer (ver cláusula XIV, a fs. 204), lo que permite inferir que, a raíz del problema suscitado y que se debate en este proceso, tomó conocimiento real y efectivo de que no se podía desplegar actividad comercial en las condiciones convenidas.

Empero, aun cuando es cierto que el derecho se presume conocido y la ignorancia de las leyes no sirve como excusa (art. 20 [Ver Texto](#) CCiv.), por lo que la locadora no podía ampararse en el desconocimiento de las normas del Código antes mencionado, en tal caso lo mismo cabe decir de la locataria, quien debía igualmente conocerlas y, en tal supuesto, tampoco puede alegar válidamente que su locador se encontraba obligado a avisarle de su existencia.

Es decir, en el sub examine, es mi convicción que ambas partes actuaron de buena fe, creyendo que el inmueble en cuestión, al reunir estructuralmente las condiciones que lo hacían apto para el objeto social al que se dedicaba la locataria, lo era asimismo para el destino que pensaba dársele, y celebraron en tal convencimiento el contrato de locación.

Sin embargo, en la conducta posterior de los contratantes advierto cierta negligencia e intolerancia. Del lado de la locataria, además del retraso antes apuntado en producir el informe estructural aludido, que debía ser realizado -tal como recordara- antes del 1/2/1999 y se llevó a cabo recién el 5/3/1999, ni siquiera intentó obtener la habilitación tratando de convenir con su contraria una cláusula adicional como la que celebrara su continuadora en la locación o, al menos, entregar a expertos la documentación necesaria para "...analizar el tema con detenimiento...", tal como lo había sugerido el arquitecto Aljanati (ver citada fs. 6), limitándose a considerar nulo de nulidad absoluta el contrato de locación, exigiendo la restitución del depósito (ver carta documento de fecha 8/3/1999, fs. 14).

De parte de la locadora, en lugar de intentar un acercamiento con la locataria habida cuenta de la situación creada en torno a la habilitación, tendiente a buscar una solución convenida, endureció su posición exigiéndole la regularización de la deuda por alquileres, bajo apercibimiento de iniciar las acciones legales correspondientes (ver carta documento del 10/3/1999, fs. 9). Es que una mínima aplicación del principio de buena fe que debe regir en materia contractual (art. 1198 [Ver Texto](#) CCiv.) le imponía, por lo menos, procurar alguna salida conveniente para ambas partes, toda vez que no había existido mala fe de ninguna de ellas.

A la luz de lo que vengo exponiendo, es evidente que ninguna de las pretensiones podrá ser acogida plenamente. La locataria no puede aducir -como lo hiciera y fuera receptado por el señor juez de primera instancia- la nulidad del contrato por existencia de un error de hecho sobre la cualidad de la cosa, pues, como he sostenido, no puede alegar la ignorancia de las normas del Código de Planeamiento Urbano, en tanto el locador no garantizó cualidad alguna. Por su parte, este último tampoco puede pretender se declare la resolución del contrato con culpa de su contraria, toda vez que el inmueble materia del contrato no podía ser usado por ella para la actividad comercial que desarrollaba en virtud de disposiciones municipales vigentes, que tampoco su parte podía desconocer.

Tal situación exige una solución equitativa, que contemple los intereses de ambas partes. En una hipótesis que guarda analogía con este proceso, en donde el locador debía comunicar la restricción que pesaba, en tanto existía negligencia de parte de la locataria al no cerciorarse si había tal restricción reglamentaria, la sala L de este tribunal decidió una distribución igualitaria de la responsabilidad consiguiente ante la imposibilidad de continuar la relación locativa, declarando rescindido el contrato por culpa de ambos contratantes (ver voto del Dr. Pascual en causa 50216, del

20/8/1996, in re "González, Jorge M. v. Maffoni, Raimundo J. s/daños y perjuicios" [Ver Texto](#) [4]).

Ello establecido, consta acreditado en autos que el locador retomó la posesión del inmueble el 28/5/1999 (ver acta notarial de fs. 263/66 e informe de fs. 268 del expte. 114902/99). También resulta acreditado que es recién a raíz del informe técnico del 5/3/1999 que la locataria toma conocimiento de la restricción municipal, cuando debió haber encarado dicho estudio, de acuerdo con lo pactado en el contrato de locación, con anterioridad al 1/2/1999. Por consiguiente, considero que, en el particular supuesto de autos, deberá asumir las consecuencias de su negligente obrar hasta el referido mes de marzo, haciéndose cargo del pago del alquiler por los meses de febrero y el mencionado de marzo, así como también del de los servicios devengados por ese período y que estaba obligado contractualmente a abonar.

Así las cosas, deberá afrontar el pago de la suma de \$ 30.000 en concepto de arriendos adeudados, como también el de las sumas de \$ 393,69 (Aguas Argentinas: fs. 250 y 255 del expte. 114902/99), \$ 970,92 (ABL.: fs. 261 del mismo expediente), \$ 29,40 y \$ 31,51 (Telecom: fs. 291, 292 y 294 de los citados obrados), lo que hace un total de \$ 1425,52 en concepto de servicios.

4. Ahora bien, toda vez que -como recordara ut supra- en caso de resolución anticipada de los \$ 60.000 recibidos en concepto de "fondo de depósito" el locatario queda facultado para aplicar la suma de \$ 30.000 al pago de los dos últimos meses (ver cláusula 11 in fine) y tal es el importe adeudado, la locadora sólo deberá restituir \$ 30.000 del citado depósito. Y queda por examinar, entonces, la cuestión que introdujera "Tupiz S.A." al sostener, primero, que no fueron dólares estadounidenses los que recibió y, segundo -en subsidio-, la aplicación de la legislación de emergencia.

No obstante -como recordara- de la cláusula referida surge que se entregó un cheque contra el BankBoston por la suma de U\$S 60.000, que llevaba el n. 913-66022280, se encuentra acreditado en autos que el importe referido no fue pagado en dólares estadounidenses sino en pesos argentinos. En efecto, del informe de la institución bancaria mencionada surge que el giro pertenece a la cuenta corriente n. 478-0356-00 a nombre de la locataria, mientras que de la pericia contable producida se desprende que en el libro "diario" de la locadora, al folio 54 y con fecha 31/3/1999, se registra un ingreso de \$ 60.000, asentado como "garantía de alquileres" (ver fs. 239/40 del expte. 104755/99).

Por lo demás, la propia locataria admite que se trató de un pago en pesos y no en dólares (ver fs. 394 vta.), y aun cuando alega que se trataba de "pesos convertibles", con los que, a la época en cuestión, se podían adquirir igual cantidad de dólares, ello no puede alterar la sustancia de lo entregado. Es que si bien es verdad que al momento del pago la relación era de \$ 1 = U\$S 1 y que en la actualidad dicha relación ha variado sustancialmente, en la medida en que por U\$S 1 se deben abonar \$ 3 aproximadamente, ello es producto de una circunstancia fortuita derivada de, al menos, la incapacidad de nuestra clase dirigente política que, de un día para otro, es capaz de producir hechos como los descriptos. Es decir, se trata de un acontecimiento ajeno por completo a la voluntad de las partes. Por consiguiente, si lo único que se encuentra debidamente acreditado es que la locadora recibió pesos y no dólares, pues, no puede pretender ahora su contraria que se le restituya el dinero en la referida moneda extranjera, al margen de que con la suma que entregara pudiera adquirirse a la época de celebración del contrato mayor cantidad de dólares que en el momento actual.

5. En lo que atañe a la tasa de interés asiste razón a la quejosa. Es que, conforme ha decidido la sala, rige plenamente lo resuelto por este tribunal en pleno el 2/8/1993 en autos "Vázquez, Claudia A. v. Bilbao, Walter y otros s/daños y perjuicios" (conf. LL 1993-E-125; JA 1993-IV-189 [Ver Texto](#) y ED 155-142), habida cuenta de que, conforme a lo dispuesto por el art. 303 [Ver Texto](#) CPCCN., la interpretación brindada en dicho fallo es obligatoria para la misma Cámara y los tribunales inferiores.

Ello no se ve alterado porque la situación económica del país no sea análoga a la que imperaba cuando se dictó la doctrina plenaria, pues para que eso suceda es necesario el pronunciamiento de un nuevo plenario que modifique el anterior, pues éstos no pierden su vigencia por el transcurso del tiempo (ver plenario de esta Cámara en LL 1977-C-366; JA 1977-III-547 [Ver Texto](#) y ED 74-322). Adviértase que si los jueces pudieran apartarse de la doctrina plenaria en razón de la variación de las condiciones económicas por las que atraviesa la República, se vería en peligro la seguridad jurídica que los plenarios, al establecer doctrina legal, tienden a privilegiar (conf. C. Nac. Civ., sala F, en LL del 20/12/2002, fallo 104935).

Y si bien se ha convocado a nuevo plenario para determinar si se mantiene o no la vigencia del antes mencionado (causa "Alaniz, Ramona E. y otro v. Transportes 1232 S.A.C.I. interno 200 s/daños y perjuicios"), corresponde hacer aplicación de la última parte del art. 301 [Ver Texto](#) CPCCN. (5), en la medida en que, de acuerdo con lo informado por la Oficina de Jurisprudencia de esta Cámara, existe "plenario virtual", el que resulta de que esta sala E y las salas A, B, C, F, J -por mayoría-, K -por mayoría- y M hacen aplicación del referido fallo "Vázquez v. Bilbao" [Ver Texto](#)

6. En definitiva, voto para que se modifique la sentencia de fs. 346/51, condenándose a "Tupiz S.A." a abonar a "Verdino Bates Fernando Fernández S.A.", dentro del plazo de diez días, la suma de \$ 30.000, así como también a esta última a pagar -en el mismo plazo- a la primera la suma de \$ 1425,52, todo ello con más sus intereses, calculados en la forma propiciada en el considerando anterior.

Las costas de ambas instancias deberán ser distribuidas en el orden causado, atento al resultado obtenido (art. 71 [Ver Texto](#) CPCCN.).

Los Dres. Mirás y Dupuis, por análogas razones a las expuestas por el Dr. Calatayud, votaron en el mismo sentido. Con lo que terminó el acto.

En atención a lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se modifica la sentencia de fs. 346/51 y se condena a "Tupiz S.A." a abonar a "Verdino Bates Fernando Fernández S.A.", dentro del plazo de diez días, la suma de \$ 30.000, así como también a esta última a pagar a la primera -dentro del mismo plazo- la de \$ 1425,52. Modifícase también la tasa de interés que dispuso, en el sentido de que se devengará durante todo el período a la pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina. Las costas de ambas instancias se distribuyen en el orden causado, difiriéndose la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para una vez fijados los de la anterior instancia. Notifíquese y devuélvase.- Mario P. Calatayud.- Osvaldo D. Mirás.- Juan C. G. Dupuis.

NOTAS

ERROR DE DERECHO

Tribunal: C. Nac. Civ., sala I

Fecha: 31/10/2006

Partes: Persichini, Tomás J. v. Consorcio de Propietarios Dorrego 2699

2ª INSTANCIA.- Buenos Aires, octubre 31 de 2006.

La Dra. Borda dijo:

1.- La sentencia de fs. 950/952 rechazó la demanda interpuesta por Tomás J. Persichini contra el Consorcio de propietarios del Edificio de Avda. Dorrego 2699 en concepto de repetición de expensas pagadas indebidamente. Contra dicho decisorio interpuso la parte

actora recurso de apelación a fs. 957 que fue fundado a fs. 989/1004 y contestado a fs. 1006/7.

2.- Requiere el, actor mediante la presente acción la repetición de sumas indebidamente abonadas al consorcio en concepto de expensas por una cochera durante el período comprendido entre de junio de 1986 y febrero de 1992. Relata en su demanda que adquirió en el inmueble del que es consorcista de dos cocheras categorizadas como unidades complementarias a la principal donde vive y que el 21/5/1986 vendió una de las cocheras a otra consorcista, Sra. María Cristina Minicucci de Ornella, no obstante lo cual siguió abonando las expensas sin que el consorcio efectuara la deducción correspondiente en las posteriores liquidaciones, lo que motivó que efectuara los pagos cuya repetición intenta.

Funda su reclamo en el art. 784 [Ver Texto](#) y ss. CCiv., califica que lo efectuado fue un pago sin causa que habilita el derecho de repetirlo de quien lo recibió.

El consorcio no niega la percepción del porcentual correspondiente a la cochera durante el período reclamado, pero argumenta que ello aconteció porque nunca se le comunicó la venta de dicha unidad. Que esa era obligación a cargo del actor, de acuerdo al Reglamento de Copropiedad y Administración (fs. 326/51 y 352/85). Agrega que recién con la nota cursada el 10/12/1992 se toma por primera vez conocimiento y se procede en la liquidación siguiente a aplicar el correctivo.

Oponen pues, que lo ocurrido en el caso no fue un pago sin causa sino un pago por error, respecto del cual se cumplió en exceso el plazo de prescripción bienal que dispone el art. 4030 [Ver Texto](#) CCiv. y que opone como excepción.

La juez de grado consideró que en el caso había mediado error y como tal resultaba alcanzado por la prescripción bienal opuesta por el consorcio en los términos del art. 4030 [Ver Texto](#) CCiv., lo que motiva las quejas del actor que insiste que lo acontecido en la especie fue un pago sin causa, regulado por el art. 4023 [Ver Texto](#) CCiv. que dispone la prescripción decenal.

3.- Ninguna duda cabe que el análisis de la presente no puede sino partir de la calificación que debe darse al pago efectuado por el actor, ya que de ésta cuestión dependerá el plazo de prescripción al que está sujeta la acción.

Con respecto á ello, la doctrina está dividida entre quienes postulan la diferenciación pago por error y pago sin causa, correspondiendo al primero la prescripción corta de los dos años que consagra el art. 4030 [Ver Texto](#) CCiv., porque se trata allí de la nulidad de un acto jurídico viciado, y la decenal del art. 4023 [Ver Texto](#) CCiv. para cuando estamos frente a un pago sin causa que no tiene plazo especial previsto (Llambías, "Código Civil Anotado", t. II-A, "Obligaciones", p. 720)

A mi juicio es otra la postura que mejor atiende la cuestión, considerando que es inútil la distinción entre pago por error y pago sin causa pues ambas responden a una misma problemática del pago indebido, originando en consecuencia efectos iguales, y siendo que la acción por repetición carece de plazo especial en todos los casos, resulta de aplicación el término decenal ordinario (conf. Borda, "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones", t. I, 8ª ed., p. 506, n. 831).

Dice Borda al respecto que "la distinción entre pago por error, pago sin causa y pago hecho por una causa ilícita o contraria a las buenas costumbres no es sino una clasificación de los distintos motivos por los cuales una persona puede pagar algo que no debe. Pero en todas el problema jurídico es idéntico: el pago realizado sin causa jurídica válida. Y, naturalmente, los efectos son iguales en todos los casos" (conf. Borda, "Tratado de Derecho..." cit., p. 493).

Es cierto que el art. 784 [Ver Texto](#) CCiv. al sentar la directriz en esta materia alude al error cuando dispone que "el que por **error de hecho** o de derecho, se creyere deudor, y entregare alguna cosa o cantidad en pago, tiene derecho a repetirla del que la recibió".

Sin embargo, agrega Borda que "el único fundamento de la repetición es el principio de que nadie puede enriquecerse sin causa a costa de otro. Es por ello que no importa que el error sea de hecho o de derecho, excusable o no. Más aún no importa que exista o no error. Esto resulta claro del art. 792 [Ver Texto](#) , que concede la acción de repetición del pago sin causa, haya habido o no error. Lo que interesa es que se pagó lo que no se debe." (conf. Borda, "Tratado de Derecho..." cit., p. 493 y ss.).

De allí que la doctrina clásica incluyera la prueba del error entre las condiciones que debían probarse para la procedencia de la acción por repetición, y que sea irrelevante para esta postura, bastando con la demostración de que el pago carece de causa, pues tratándose de un estado de ánimo puramente interno, la prueba de su existencia no será posible sino por inferencias o presunciones. Y se agrega en este sentido: ¿qué mejor presunción de que ha mediado error que el haber pagado una obligación que no se debía? (Borda, "Tratado de Derecho..." cit., p. 504).

En ese orden de ideas, si se tiene en cuenta que el actor abonó expensas que no debía por creerse deudor cuando no lo era, está claro que lo efectuado es un pago sin causa jurídica válida que lo antecede, y como tal alcanzado por el plazo de prescripción decenal del art. 4030 [Ver Texto](#) CCiv., con lo cual el plazo aún no había expirado al momento de interponerse la presente acción.

No obstante lo dicho, la solución que propicio no difiere en su solución de la de grado pero los motivos que señalaré a continuación y que a mi juicio sellan la suerte del reclamo en sentido desfavorable al actor.

Sentado que corresponde calificar al pago efectuado por el actor como un pago sin causa, y que el fundamento de ello no es el error sino la falta de causa, cabe analizar si es procedente la repetición dadas las características del presente caso.

Si el efecto fundamental del pago indebido es el derecho del solvens de repetir lo que pagó, resulta claro que una solución así debe dejar indemne el derecho del acreedor para reclamar del deudor verdadero el pago de lo debido. Para ello, el art. 785 [Ver Texto](#) dispone que "el derecho de repetir lo pagado cesa, cuando el acreedor ha destruido el documento que le servía de título a consecuencia del pago: pero le queda a salvo el derecho al que ha pagado, contra el deudor verdadero".

Aunque la ley solo prevé el supuesto de destrucción del título de la deuda, la doctrina ha equiparado éste a otros supuestos que también importan colocar al acreedor en la situación de no poder cobrar su crédito. Entre ellos, el caso en que el acreedor haya dejado transcurrir el plazo de prescripción (conf. Borda, "Tratado de Derecho..." cit., p. 497; Llambías, Manual de Derecho Civil-Obligaciones, 10ª ed., p. 435).

Esto es lo que acontece en la especie. Si se advierte que la cochera fue vendida a la Sra. María Minicucci de Ornella en el año 1986 y que las expensas abarcan el período comprendido entre junio 1986 a febrero de 2002, está claro que si el consorcio quisiera reclamar el período a su verdadero deudor, hallaría el obstáculo legal de la prescripción operada a favor de aquel y quedaría en situación de empobrecimiento que no podría ser subsanado.

En cambio, al tercero le queda siempre la opción de ejercer la acción de reintegro contra el deudor. (conf. art. 785 [Ver Texto](#) CCiv.).

En consecuencia, y de compartirse los fundamentos expuestos, propicio confirmar la sentencia de grado en cuanto rechaza la acción interpuesta, aunque por los motivos reseñados, con costas de alzada en el orden causado, habida cuenta la suerte de los respectivos recursos.

El Dr. Ponce dijo:

Si bien coincido con la solución final del caso propuesta por la distinguida colega que me antecede en la votación, me permito disentir del encuadre jurídico que propone en la configuración conceptual de la figura del pago sin causa, que a mi criterio debe ser debidamente diferenciado del efectuado por error, tal como lo he resuelto como juez de 1ª instancia en los autos "Miras Abelardo v. Almagro Construcciones S.A. s/ Repetición".

En dicho pronunciamiento dejé sentado -siguiendo a Llambías- que en esencia todo pago presupone la existencia de la obligación que con él se cumple. Esa obligación es su causa, por lo que si no existe, quien recibe el pago no es acreedor, y por lo tanto carece de título para percibirlo. La "falla" de ese acto es la ausencia de causa, y por ello, el que recibió ese pago sin causa está obligado a devolverlo. En estos supuestos el error es un elemento indiferente, por cuanto es la ausencia de título o causa para justificar el pago el elemento fundante de la repetición a favor del solvens.

En el pago por error, en cambio, el accipiens tiene título para recibir ese pago, o sea, que se trata del efectivo acreedor de la obligación satisfecha (conf. Llambías, "Tratado de Derecho Civil-Obligaciones", t. II-B, p. 396 y ss.).

Volcando estos conceptos al caso en estudio me inclino por sostente que nos encontramos dentro de un supuesto de pago por error, en la medida en que el consorcio tenía derecho y la legitimación necesaria para percibir los pagos correspondientes a las expensas comunes de la cochera del edificio.

Así las cosas, atento la fecha de los pagos en cuestión, resulta admisible la prescripción bienal del art. 4030 [Ver Texto](#) CCiv. aplicada por la a quo.

Por lo dicho, propongo confirmar la sentencia de 1ª instancia, imponiendo las costas de alzada en el orden causado atento las particularidades del caso art. 68 [Ver Texto](#) CPCCN.).

El Dr. Ojea Quintana adhiere al voto del Dr. Ponce.

Por lo que resulta de la votación sobre la que instruye el acuerdo que antecede, por mayoría de votos el tribunal resuelve:

Confirmar la sentencia de grado en cuanto rechaza la acción interpuesta, con costas de alzada en el orden causado.

Para conocer en la apelación de honorarios de fs. 959 cabe ponderar el trabajo efectuado por el perito contador Antonio Garriga, su incidencia en el resultado del pleito, las pautas del decreto 7887/1955 y las demás establecidas en la ley de arancel de aplicación. supletoria, por resultar los mismos reducidos, se los eleva a la suma de \$...

Por la actuación en la alzada, considerando el valor cuestionado en ella y las pautas establecidas en el art. 14 [Ver Texto](#) ley 21839, modificada por la ley 24432 [Ver Texto](#) , regúlanse los honorarios de la Dr. Mirna D. Marino en la suma de \$... y los del Dr. Gerardo J. Llerena en la suma de \$...

Regístrese, notifíquese y devuélvase.- Delfina M. Borda.- Carlos R. Ponce.- Julio M. Ojea Quintana.

ERROR DE DERECHO

2ª INSTANCIA.- Buenos Aires, junio 15 de 1982.

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

El Dr. Raffo Benegas dijo:

1º La sentencia dictada a fs. 261|265 hizo lugar a la demanda y en consecuencia declaró la nulidad de la operación de compraventa celebrada entre las partes a que

se refiere el boleto de fs. 272|273, en razón de que la ignorancia de la ordenanza municipal invocada por el actor fue excluyente de su voluntad.

Contra dicho pronunciamiento ha recurrido la demandada, quien en su memorial de agravios obrante a fs. 293|303, sostiene que de conformidad con lo dispuesto en los arts. 20 [Ver Texto](#) y 923 [Ver Texto](#) CCiv. no es posible invocar el error de derecho para invalidar un acto jurídico, y por lo tanto solicita que se haga lugar a la reconvencción por escrituración.

Luego de haber analizado los antecedentes del caso, los diversos medios de prueba aportados al expediente de conformidad con las reglas de la sana crítica (art. 386 [Ver Texto](#) CPCC. (1) t.o. (2)), la sentencia dictada por el a quo y los reparos que le formula la demandada, he de adelantar que éstos son fundados y por lo tanto el pronunciamiento apelado debe ser revocado.

2º Sabido es que una vez publicada y vencidos los plazos respectivos (art. 2 [Ver Texto](#) CCiv.), la ley se reputa conocida por todos, sin que los particulares puedan invocar su ignorancia para eludir la aplicación de ella (art. 20 [Ver Texto](#) CCiv.). Este principio constituye la base de todo el orden social, pues si se pudiese invocar la ignorancia de las leyes para escapar a las consecuencias de los actos, ningún derecho podría subsistir y reinarían la inseguridad y la anarquía. Y estas consideraciones explican lo dispuesto en el art. 923 [Ver Texto](#), que niega la posibilidad de invocar el error de derecho en los actos lícitos y en los actos ilícitos.

De ello se deduce que el régimen de nuestro Código Civil elimina en general de la teoría de los vicios de la voluntad el error de derecho, que no se admite para invalidar el acto (Llambías, "Parte general", t. 2, n. 1740-1742; Salvat-López Olaciregui, "Parte general, t. 2, Nos. 2344-2348; Orgaz, "El error de derecho", en "Estudios de derecho civil", p. 173; Aráuz Castex, "Parte general", t. 2, n. 1547 y ss.; Carranza, Jorge, "El error de derecho", n. 10 y ss.).

Ahora bien, el principio de que la ignorancia del derecho no es excusable, es aplicable por identidad de motivos a todas las disposiciones de carácter obligatorio, aunque no sean leyes del Congreso, siempre que emanen de las autoridades encargadas de pronunciarlas, y éstas hayan obrado dentro de sus atribuciones (conf. CCiv. 2ª Cap., LL 1-773 (3) C. Nac. Civ., sala A, LL 97-279 (4)). Es decir que el error de derecho se refiere a las normas legales genéricas aplicables al caso.

3º En el sub lite se pretende anular una operación de compraventa en razón de que el comprador ignoraba al tiempo de suscribirse el boleto, que el inmueble estaba afectado a subdistrito UP11 b del distrito U11, zona sur, del Código de Planeamiento Urbano aprobado por la ordenanza 33387 (B.M. 15.475) en vigor desde el 01/05/1977, con las consecuentes restricciones que informa la Municipalidad a fs. 147 y 229.

Como puede advertirse, se trata de desconocer lo que el derecho positivo ordena de una manera genérica y abstracta a través de una ley en sentido material, como lo es la mencionada ordenanza municipal que establece normas de carácter general en materia de edificación para el ámbito de la ciudad de Buenos Aires.

Frente a estas circunstancias, considero que el error de derecho invocado por el actor es inexcusable, aunque en los hechos pudiera consistir en una razonable ignorancia de la ordenanza municipal; pues lo contrario significaría resquebrajar seriamente la seguridad del tráfico inmobiliario con sólo alegar el desconocimiento del régimen de planeamiento urbano cada vez que un negocio deje de resultar conveniente.

Pero aun admitiendo como válido el criterio interpretativo al que adhiere el a quo, según el cual el error de derecho determinante de la voluntad puede ser invocado para invalidar el acto, conceptúo que el accionante tampoco podría haber demandado la nulidad del boleto, ya que quien compra un inmueble no puede ignorar las normas que en materia edilicia rigen en la zona, y por lo tanto significaría invocar el error sobre las consecuencias legales respecto del acto que ha realizado, en abierta oposición al preciso texto del art. 923 [Ver Texto](#) en cuanto dice que "en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos".

4º El actor sostiene que su voluntad estuvo viciada por un error de hecho sobre la cualidad de la cosa, siendo de aplicación -por analogía- lo decidido en casos de ventas de inmuebles que estaban sujetos a expropiación.

A mi juicio se trata de supuestos muy distintos que al ser confrontados robustecen la solución que propicio. En efecto, para concluir que el error relativo a conocer si un terreno está sujeto a expropiación es de hecho y no de derecho, López Olaciregui argumenta diciendo que "una cosa es la ley de expropiación (norma o regla de derecho) y otra el que un terreno determinado esté en condición de expropiado (situación de hecho en cuanto al bien se refiere)" (Salvat-López Olaciregui, t. 2, n. 2348-C). Es decir que el error "no versa sobre la existencia de las normas que rigen el instituto, sino sobre el acto administrativo que la dispuso con respecto a ese bien en particular" (Salas, "Código Civil anotado, t. 1, art. 923 [Ver Texto](#) , n. 1, A, p. 448). En cambio, la situación de autos es totalmente distinta, pues lo que se pretende desconocer es directamente el régimen legal (norma o regla de derecho) sobre planeamiento urbano a que se refiere la ordenanza municipal de carácter general, 33387 , vigente en todo el ámbito de la ciudad de Buenos Aires desde el 01/05/1977.

5º La parte actora aduce que las restricciones impuestas por la ordenanza municipal, importan una trasmisión de dominio menos pleno (art. 2507 [Ver Texto](#) CCiv.), de modo tal que la venta no sería sobre la base de títulos perfectos, tal como se había obligado la demandada en la cláusula tercera del boleto.

Ni lo uno ni lo otro. En primer lugar, de los claros términos del art. 2507 [Ver Texto](#) CCiv. se desprende que el dominio deja de ser perfecto para convertirse en imperfecto cuando no es perpetuo, con el alcance de estar sometido a una condición o a un plazo resolutorio, o cuando está "gravado respecto de terceros con un derecho real" (Llambías-Alterini, "Código Civil anotado", t. 4-A, art. 2507 [Ver Texto](#) , n. 1, p. 302), que por cierto no comprende a las restricciones y límites impuestos al dominio privado sólo en el interés público, que son regidas por el derecho administrativo (art. 2611 [Ver Texto](#) CCiv.). Y entre estas limitaciones indudablemente está la relativa a la construcción de edificios, que se establecen no solamente en razón de la seguridad del edificio y de las exigencias de salubridad para los moradores o vecinos, sino también por motivos de orden estético, altura, arquitectura, líneas de estilo, etc. (conf. C. Nac. Civ., sala F, ED 42-176 (5) y 181). Por ello se ha entendido que no existe ningún dominio que carezca de restricciones, pues lo acompañan "normalmente" (Llambías-Alterini, op. cit., t. 4-B, art. 2611 [Ver Texto](#) , n. 2, p. 408).

En segundo lugar, debe entenderse por "título perfecto", a los efectos de la trasmisión del dominio, el que puede ofrecer al adquirente la seguridad de no ser molestado por acción real de terceros (conf. C. Nac. Civ., sala D, LL 74-795; íd., sala B, LL 89-625 (6); íd., sala F, LL 111-252). Como podrá advertirse, esta noción nada tiene que ver con la clasificación del dominio en perfecto e imperfecto. Puedo transmitir un dominio imperfecto mediante un título perfecto o a la inversa un dominio perfecto con título imperfecto.

6º Como consecuencia de todo lo expuesto hasta aquí, se impone el rechazo de la demanda y al propio tiempo la admisibilidad de la reconversión intentada por incumplimiento de contrato, aunque no con la extensión que pretende la vendedora, pues a la condena principal por escrituración sólo corresponde adicionar en concepto de daños y perjuicios el importe de la multa convenida en la cláusula 7ª del boleto. En efecto, esta previsión importó la incorporación al contrato de una típica cláusula penal que, sabido es, tiene una función resarcitoria, ya que importa una liquidación convencional, por anticipado, de los daños y perjuicios que el incumplimiento de la obligación cauce al acreedor. Y debido al carácter inmutable, el acreedor no tiene derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente (art. 655 [Ver Texto](#) CCiv.). De otro modo no se evitaría el arbitrio judicial en la fijación de los daños e intereses -que es uno de los

fines perseguidos mediante la estipulación de una cláusula penal-, quebrándose además el principio de la autonomía de la voluntad consagrado por el art. 1197 [Ver Texto](#) CCiv. (conf. C. Nac. Civ., sala D, ED 47-691 (7); Sup. Corte Bs. As. LL 146-410 (8)).

Así, no podría acumularse a la mencionada cláusula penal, la revalorización del saldo de precio por cuanto este rubro constituye un daño proveniente del incumplimiento que el comprador debe indemnizar.

En resumen, y a mérito de los fundamentos desarrollados precedentemente, soy de opinión que corresponde revocar la sentencia dictada a fs. 261|265, rechazándose la demanda y admitiéndose parcialmente la reconvencción. En consecuencia, se condena a Nélsón F. Benavídez a escriturar a su nombre y abonar el saldo de precio respecto del inmueble a que se refiere el boleto de fs. 272|273 dentro del plazo de 30 días, y a pagar la suma de \$ 100.000 diarios desde el 17/06/1980 (ver acta notarial de f. 282) y hasta hacerse efectiva la escrituración, todo ello bajo apercibimiento de resolverse la obligación en el pago de daños y perjuicios. Costas del juicio y en ambas instancias a cargo del actor que resulta vencido (art. 68 [Ver Texto](#) CPCC.). Así lo voto.

Los Dres. Bueres y Ambrosioni, por razones análogas a las aducidas por el Dr. Raffo Benegas, votaron en el mismo sentido.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, se revoca la sentencia dictada a fs. 261|265, rechazándose la demanda y admitiéndose parcialmente la reconvencción. En consecuencia, se condena a Nélsón F. Benavídez a escriturar a su nombre y abonar el saldo de precio respecto del inmueble a que se refiere el boleto de fs. 272|273 dentro del plazo de 30 días, y a pagar la suma de \$ 100.000 diarios desde el 17/06/1980 y hasta hacerse efectiva la escrituración, todo ello bajo apercibimiento de resolverse la obligación en el pago de daños y perjuicios. Costas del juicio y en ambas instancias a cargo del actor que resulta vencido.- Patricio J. Raffo Benegas.- Alberto J. Bueres.- Carlos E. Ambrosioni.

DOLO

Robledo de Gahona, María Ester c. Aiello, Laura María (ED, 183-381)

Vicios de la voluntad: dolo.

COMPRAVENTA Anulación del acto.

Cita: ED, 183-381

Tribunal: CNCiv. , sala G

Fecha: mayo 28-1999

Tema: nulidad de acto jurídico.

Núm. Interno: 49.398

Fallo

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 28 días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve, reunidos en Acuerdo los señores jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados: Robledo de Gahona, María Ester c.

Aiello, Laura María s/nulidad de acto jurídico, respecto de la sentencia de fs. 677/683, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Es justa la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: señores jueces de Cámara doctores Leopoldo Montes de Oca-Roberto Ernesto Greco-Carlos Alfredo Bellucci.

A la cuestión planteada el señor juez de Cámara doctor Montes de Oca dijo:

I. María Ester Robledo de Gahona promovió la nulidad del negocio jurídico de que da cuenta la escritura de venta que suscribiera el 5 de octubre de 1990 en la que aparece

como compradora su nieta Laura María Aiello, hoy demandada. Se invocó el vicio de la intención como consecuencia del error a que fuera inducida por la actividad dolosa de la accionada juntamente con sus progenitores, quienes le hicieron firmar un papel, quizás la escritura pública de fs. 581/582, cuando, en realidad, su verdadera intención era donar a sus cuatro hijas, incluida Dora Adelma Gahona, madre de la demandada, la parte que le correspondía en el inmueble de la calle Darwin ..., de esta ciudad. Tras apreciar los elementos de juicio incorporados al proceso, la sentencia de la anterior instancia rechazó la demanda, con costas a la parte actora, decisión que provocó el reproche de fs. 700/710, cuyo respectivo traslado no fuera respondido en esta alzada.

II. La sentencia recurrida menciona con razón que en la etapa de postulación la Sra. de Gahona puso énfasis en su avanzada edad al momento del otorgamiento de la escritura pública -88 años-, en su deterioro físico y anímico, así como también las diversas cuestiones que enfrentaban al grupo familiar, especialmente en torno a su asistencia, la disposición del mencionado bien y otros aspectos secundarios. Es sabido que para que el dolo se configure como vicio de la voluntad y, por lo tanto, se constituya en causa de anulabilidad del acto jurídico se requieren las tres condiciones dinámicas que menciona el art. 932 del cód. civil, por lo que la acción u omisión dolosa -conforme la comprensión del art. 931- a) debe haber sido grave, es decir, que la víctima no haya podido evitar ser inducida a error, a pesar de haber obrado con la diligencia y prudencia que es necesario exigir en toda contratación; b) debe ser también la causa determinante del acto, esto es, que sin él el acto no se habría realizado o se lo hubiera hecho en condiciones distintas; c) que haya ocasionado un daño importante; d) la cuantía es una razón estática, que excluye el efecto invalidatorio cuando ha existido dolo recíproco. En esta típica cuestión de hecho la uniformidad de la doctrina y jurisprudencia, admite que es una cuestión librada a la apreciación judicial, respecto de la cual, para demostrarla son válidos todos los medios de prueba, incluso el de presunciones. En verdad, no podría ser de otra manera, debido a que por lo común, la demostración de la existencia del dolo resulta muy difícil de producir, pues por lo mismo que se trata de un hecho ilícito y de maniobras engañosas, destinadas a inducir a error a la otra parte, ella se desenvuelven dentro del mayor sigilo; de ahí que asuma especial importancia la prueba de presunciones (ver voto del Dr. Padilla, CNCiv., sala C, sent. del 23/2/1967 en ED, 19-346, al que se añade, en el mismo sentido la facultad integrativa esencial de la personalidad, mencionada en el voto que cierra el acuerdo).

En este mismo orden de ideas, debe tenerse igualmente en cuenta que las condiciones personales de quien se dice víctima del dolo son a menudo relevantes para apreciar su gravedad -imposibilidad de evitar el error-, porque permiten apreciar si el artificio o engaño ha podido tener lugar y, en su caso, si ha determinado el acto jurídico o influir en él de cualquier manera (CNCiv., sala A, del 26/11/62, voto del Dr. Borda, en LL, 110-498, fallo 50.221). En definitiva, la gravedad del dolo, y por lo tanto, las demás condiciones, debe juzgarse con arreglo a la condición intelectual y cultural del sujeto que padece el engaño, por lo que no pueden predicarse reglas generales que se resisten a adaptarse a las múltiples particularidades que ofrece cada caso. No existen moldes rígidos y perfectamente delimitados para apreciar todos los matices que pueden incidir en el discernimiento, desde la máxima afectación que se encuentra en las razones que enuncia el art. 921 hasta la circunstancial eliminación que es consecuencia de las maniobras engañosas realizadas en cada caso.

Bajo tales premisas, es posible aprehender que la verdadera esencia del discernimiento consiste en la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias (Cifuentes, S., en Belluscio, Código Civil..., t. 4, pág. 21, coment. al art. 897) de manera que quede esclarecido el sentido de la intención, en la medida que en su

aplicación al acto, este sea conocido y se tenga conciencia de sus consecuencias en el momento de la realización. En el caso, diversos elementos de juicio permiten afirmar que la Sra. de Gahona conoció con posterioridad el alcance del acto que suscribiera mediante la escritura pública del 5 de octubre de 1990.

En primer lugar, cabe referir que un año antes de ese acto se redactó la escritura pública de fs. 312/319 por la que la misma actora donaba por partes iguales a cada una de sus cuatro hijas, la mitad indivisa del mismo inmueble que posteriormente aparece vendiendo a su nieta. Es cierto que dicha escritura no tuvo efecto, conforme la manifestación notarial (íd. fs. 478 y 506), pero también lo es que en el proceso no consta ninguna razón fehaciente que justifique el cambio de actitud de la Sra. de Gahona en ese lapso, de suerte que la explicación debe buscarse en la cambiante actitud de la madre de la demandada, verdadero artífice junto con el padre de ésta, al decir, de los testigos, de todo el conflicto. Adviértase que el sobrino de la accionante, Facundo Mario López, fs. 305 vta./306, fue portador del mensaje de Dora Adelma Gahona a su madre, aquella llorando le dijo decile a mamá que se venga para casa, que yo la voy a cuidar; que los papeles que se han hecho se van a romper, que no quiero que esto continúe, que no quiero saber nada más... Aunque no es precisa la referencia temporal el testigo afirma que la actora le confió ...Chiche me han robado, me han dejado en la calle.... El testimonio de este familiar cuyo conocimiento de los hechos resulta indudable, revela, además del arrepentimiento por todo lo actuado en torno a la transmisión a favor de la demandada, el permanente ir y venir de la actora hacia y desde la casa de cada una de sus hijas durante los últimos años de su vida (la Sra. de Gahona falleció el 7 de agosto de 1993, a los 91 años, y la presente acción fue continuada por tres de sus hijas), y, por último, la pormenorizada referencia acerca de la absoluta imposibilidad económica de la demandada para adquirir el bien, pagando el precio. En sentido concordante se expide Angela Tedesco, fs. 304, a quien también la actora, en la casa de su hija Olga Gahona, la abrazó llorando y le dijo que la habían estafado conjuntamente la demandada y sus progenitores, en presencia del escribano interviniente, le dijeron firmá y callate; no digas nada..., lo mismo hace Alicia Norma Beltramo de Carnelli, fs. 307 vta./308, quien escuchó las recriminaciones de la abuela hacia su nieta, a lo que esta respondió abuela, que decís, con qué plata voy a comprarla yo..., en obvia referencia a la imposibilidad económica de pagar el precio de venta de la casa. Las dificultades auditivas, prácticamente la sordera total de la actora, es afirmada en forma invariable por todos los testigos, mientras que los problemas de visión en la época del acto jurídico impugnado se asientan en la documentación emanada del médico Dr. V. J. P., autenticada a fs. 298, que se agrega a fs. 571, con el siguiente diagnóstico: 1) glaucoma-presión; 2) catarata; 3) hemorragias de retina y, desde luego, por las afirmaciones corroborantes de los testigos. También en forma contemporánea con dicho acto resultan las constancias de la historia clínica emanada de la Clínica Privada Independencia de fs. 354/360, que da cuenta del deterioro de la salud de la actora, y por caso, la necesidad de internación (en igual sentido el informe del Hospital Israelita Ezrah de fs. 328/329; íd. fs. 265, del Sanatorio Güemes).

Es de toda evidencia que el importante deterioro de la salud de la Sra. de Gahona abrió un amplio campo de posibilidades para el desvío engañoso de su voluntad en la realización del acto jurídico. Si no se considera demostrada la imposibilidad de la víctima de ser inducida a error por las falencias físicas apuntadas y por la consideración integral de su personalidad, existen reunidos suficientes hechos indiciarios que apreciados a la luz de las reglas de la sana crítica, revelan su eficacia probatoria con la concurrencia de ciertos requisitos que se vinculan con la obtención del mayor grado de certeza posible en cuanto a la existencia del hecho que se trata de conocer. Habrá de

verse seguidamente que se encuentran comprobados una pluralidad de hechos indiciarios, de manera que la gravedad de la presunción, en el caso el desvío de la voluntad de la actora, tiene aptitud para genera un suficiente grado de certeza, y no de la mera posibilidad, acerca del hecho doloso. La presunción es precisa, lo cual requiere que entre el hecho o hechos probados y el deducido medie una conexión directa como aquí ocurre, asimismo, son susceptibles de interpretarse en un único sentido y, además, los indicios son concordantes, es decir, no son excluyentes y forman entre sí un conjunto armonioso y coherente (Palacio, L. E., Derecho Procesal Civil, t. V, págs. 451/453).

Esta concepción debe ser referida a la ya mentada modificación de la voluntad de la Sra. de Gahona, del animus donandi a la venta, en el lapso de un año, sin que se brinde ninguna explicación razonable de tal circunstancia. Claro está que el cambio puede explicarse o bien presumirse en la resistencia de la familia Aiello a perder el inmueble donde realizaban, en parte, actividades lucrativas. Igualmente tiene importancia, en orden a la justa decisión del litigio, la carencia de posibilidades económicas de la demandada -a la sazón de 25 años, conviviente con sus padres, que ni siquiera alegara actividad remunerada-, compradora a su vez, una semana más tarde, de la parte que correspondía a su madre.

Es preciso poner de relieve que conforme la moderna distribución de la carga probatoria (art. 377, segundo párrafo, del cód. procesal), el onus probandi, en orden a la requerida colaboración para obtener la verdad jurídica objetiva, recaía sobre la parte demandada pues se encontraba en mejores condiciones de hecho para producir la prueba respectiva (Peyrano, J. W., Nuevos rumbos de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas... en ED, 182-1588) carga que, por otra parte, quedaba vinculada a la procedencia de la defensa. Los testigos que a instancia de la demandada deponen a fs. 486 y 489 no declaran más allá del buen trato que la Sra. de Gahona recibía del grupo familiar que vivía en la casa de la calle Darwin, mientras que surge contradictoria la declaración del escribano V. (fs. 469/470), vinculado profesionalmente al padre de la accionada, respecto de la oportunidad del pago del precio, en comparación con la constancia de la escritura pública que otorgara. No hay oposición entre el conjunto de testigos de la parte actora y las circunstanciales expresiones de los de la accionada. Finalmente no se ha podido acreditar la autenticidad de los certificados de depósito a plazo fijo nominativo del Banco Mercantil Argentino, ni la participación personal de la accionante en el respectivo trámite, con mayor razón y sentido si se aprecia el error en la mención del número correspondiente al documento de identidad de aquella, que certeramente se apunta a fs. 707 vta., tal como resulta de la misma escritura pública, distinto, por añadidura, al que surge de la escritura de poder obrante a fs. 7/9 del expte. 28.661/92.

III. Por todo lo expuesto, corresponde decretar la nulidad del acto jurídico (arts. citados, 1045, 1048 y concordantes del mismo código) de que dá cuenta la escritura pública del 5 de octubre de 1990, revocándose la sentencia apelada, con costas, en ambas instancias, a cargo de la parte demandada, que resulta vencida (art. 68, cód. citado).

Los señores jueces de Cámara doctores Roberto Ernesto Greco y Carlos Alfredo Bellucci votaron en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el doctor Montes de Oca.

Y Vistos: Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se revoca la sentencia de fs. 677/683, en consecuencia haciéndose lugar a la demanda, se decreta la nulidad del negocio jurídico de que dá cuenta la escritura pública de fs. 581/582; con costas, en ambas instancias, a cargo de la parte demandada. Los honorarios de los profesionales intervinientes serán regulados una vez fijados los de primera instancia. Devueltas que sean las actuaciones al juzgado de origen se realizará

la comunicación requerida a fs. 566. Notifíquese y devuélvase. - Leopoldo Montes de Oca. - Roberto Ernesto Greco. - Carlos Alfredo Bellucci.

VIOLENCIA

"García, José Santiago c/ A.A. Aerolíneas Argentinas SA s/ Despido" - CNTRAB - SALA VII

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 4 días del mes de julio de 2006, para dictar sentencia en estos autos:

"GARCÍA, JOSÉ SANTIAGO C/ A.A. AEROLÍNEAS ARGENTINAS S.A. S/ DESPIDO", se procede a votar en el siguiente orden:

EL DOCTOR JUAN ANDRÉS RUIZ DÍAZ DIJO:

I. La sentencia, que desestimó las pretensiones articuladas, es apelada por la parte actora a tenor de las argumentaciones que vierte a fs. 675/684, respondidas a fs. 689/699.//-

La representación letrada de la parte demandada, recurre sus honorarios que considera bajos y los de la contraria, que entiende altos (fs. 674)).-

II. La parte actora se queja por cuanto se desestimó su pretensión de acceder al reconocimiento de una diferencia indemnizatoria en función de la nulidad del acuerdo de desvinculación (art. 241 de la L.C.T.) habido entre las partes.-

Plantea que la sentencia se aparta de los datos fácticos de la causa.-

Argumenta, en primer lugar, que el documento en el que se instrumentó el acuerdo no es una escritura pública sino un instrumento privado protocolizado, que no () es lo mismo, que se habrían vulnerado las previsiones de la norma, puesto que el instrumento se lo traen armado al escribano y se resienten las eventuales manifestaciones de voluntad.-

Ahora bien, el instrumento agregado en autos (fs. 37) es una escritura pública, el acuerdo privado, que se agrega a la misma, trata exclusivamente las cuestiones monetarias.-

Atendiendo a que la extinción por voluntad concurrente no requiere de un acuerdo de naturaleza dineraria, es evidente que la escritura donde ambas partes manifiestan al escribano su voluntad de extinguir el vínculo en los términos del art. 241 de la L.C.T. cumple con los aspectos formales de la norma para su procedencia.-

En efecto, al igual que cuando se perfecciona la renuncia, el oficial público sólo puede constatar que el trabajador ha tomado una decisión -en apariencia- libre de extinguir la relación, queda al arbitrio judicial determinar, en todo caso, si el mismo fue realizado bajo violencia o intimidación, etc.-

En el caso, las condiciones formales para la procedencia de la extinción por esta modalidad se encuentran cumplidas (art. 998 del C.C.).-

La recurrente, en segundo lugar, cuestiona el acuerdo rescisorio aludiendo a que el mismo encubriría un acuerdo

en los términos del art. 15 de la L.C.T., es decir, un convenio conciliatorio por una decisión de despedir del empleador, en vez de una rescisión de mutuo acuerdo, en la medida que existe un acuerdo económico de desvinculación.- Sin embargo, no se advierte que el acuerdo (fs. 38) contenga ningún elemento que permita asimilarlo "per se" a una extinción incausada por voluntad del empleador.- Digo esto, habida cuenta de que la expresión que declara el importe abonado en concepto de gratificación como compensable por cualquier importe que reclame el trabajador con sustento en el contrato laboral, resulta habitual en este tipo de acuerdos cuando se decide abonar una gratificación;; por otra parte, la expresión "una vez acreditada la totalidad de la suma acordada, nada más tendrá que reclamar por la relación habida", es también de trámite habitual y no implica necesariamente el encubrimiento de un despido incausado.-

Tampoco resulta relevante que el escribano haya sido "contratado" por la empresa, dado que también resulta una modalidad habitual para instrumentar este tipo de desvinculaciones y ello no es óbice de la obligación del escribano de dar fe sobre las cuestiones puestas a su conocimiento.-

Por otra parte, no se advierte como una contradicción por el hecho de que, existiendo un plan de retiros voluntarios se "negocie" el importe del acuerdo de desvinculación, recordando que el actor se desempeñó como gerente por 22 años para la accionada no resulta extraño que se realizaran tratativas en tal sentido.-

Destaco que la recurrente no aduce elementos que permitan advertir algún grado de ilegitimidad emergente de estos actos de naturaleza habitual.-

Acto seguido, el accionante refiere que la documental de fs. 33/34, que daría cuenta acerca de la existencia de un programa de retiro voluntario, no ha sido corroborada por la prueba testimonial.-

Sin embargo, establecido el cumplimiento de los recaudos formales del art. 241 de la L.C.T., es evidente que le corresponde a su parte acreditar la existencia de un vicio en la voluntad del trabajador al momento de la suscripción del acuerdo extintivo, exista o no un retiro voluntario implementado para ese momento (art. 377 del C.P.C.C.N.).-

Pasa luego a enfatizar el valor probatorio de la grabación que habría realizado el testigo Cubero (ver texto desgrabado a fs. 84/91) que demostraría que el acuerdo fue alcanzado estando viciada la voluntad del trabajador. A mi ver le asiste razón. Veamos:

De la desgrabación de la conversación previa a su desvinculación, se advierte que el Gerente de Recursos Humanos, Sr. Cubero, le indica al actor que tiene orden del Presidente (Antonio Mata) de despedirlo con causa, si no acepta un retiro voluntario y no le otorga ni 24 horas para meditar la decisión. Además, la decisión se habría fundado en que se tomó la decisión de reemplazar al actor por el Sr. Scaramella..-

La desgrabación fue reconocida por Cubero en su audiencia testimonial (a fs. 565), como lo dispone el juzgado en ese acto.-

Es evidente que la mentada desvinculación ha sido provocada bajo coacción, siendo que la empresa había decidido reemplazar al actor por el Sr. Scaramella y era una decisión institucional, en todo caso, correspondía se lo despidiera sin causa, abonándole las indemnizaciones correspondientes (art. 386 del C.P.C.C.N.).-

No obsta a lo expuesto que el actor haya sido calificado de amigo al testigo, atendiendo a que resulta claro que su declaración en la desgrabación transmite una decisión de la directiva, al punto que su declaración testimonial (que se contradice con la desgrabación) intenta reforzar la posición de la demandada, respecto de la existencia de un programa de retiro voluntario ya que existía voluntad del actor en retirarse de la empresa. También expresa que al momento de declarar sigue laborando para la demandada (conf. fs. 433/435).-

Todo lo expuesto, me lleva a la convicción acerca de la veracidad de los hechos descriptos en la desgrabación de la cinta que obra en autos (art. 386 del C.P.C.C.N.).-

Consecuentemente, la amenaza de despedir con causa (inventada) al actor, si no aceptaba el retiro voluntario, invalida la decisión, porque la voluntad del actor se encuentra viciada por intimidación al momento de los hechos (art. 386 C.P.C.C.N.).-

No obsta lo expuesto que el trabajador dejara de reclamar su pretensión por un lapso aproximado de 2 años, si llega firme que la excepción de prescripción ha sido desestimada, como ocurre en el caso (art. 58 de la L.C.T.), el acto es nulo y debe revocarse (art. 954 del Código Civil).. Este supuesto no puede asimilarse a aquél donde la extinción del vínculo queda incierta por un prolongado periodo (art. 241 in fine de la L.C.T.).-

Así, concluyo que el supuesto acuerdo de desvinculación en los términos del art. 241 de la L.C.T. (ver fs. 37) encubrió un despido incausado, por lo que corresponde admitir su reclamo de las indemnizaciones contempladas por los arts. 232, 233 y 245 de la L.C.T.-

También progresa la indemnización contemplada por el art. 16 de la ley 25.561, vigente al momento del distracto (18 de marzo de 2002).-

La demandada no ha controvertido la afirmación de la demanda (conf. fs. 6 "Impugna liquidación") en cuanto a que el actor era personal no convencionado de la empresa (lo que le permite elegir entre los diferentes convenios aplicables al establecimiento para la fijación del tope del 2º y 3º párrafo del art. 245 de la L.C.T.) y que existen convenciones aplicables con topes superiores a la remuneración del actor (CCT 39/91 E Asociación Técnicos de Vuelo y A.A., tope \$ 5.654,43; CCT 402/00 E Asoc. Pilotos y A.A., tope \$8.224,80)..-

Por ello, la liquidación realizada en la demanda (fs. 9) se ajusta a derecho, con la aclaración de que existe un error en la suma de los rubros contemplados por el art. 16 de la ley 25.561, que alcanza la suma de \$ 134.750.-

Siendo así, habrán de progresar los rubros: 1) Indemnización por antigüedad \$ 121.000; 2) Indemnización sustitutiva de preaviso \$11.000;; 3) Integración del mes de despido por \$ 2.750 y 4) Indemnización art. 16 ley

25.561 \$ 134.750. Todo ello hace un total de \$ 269.550, a lo que debe descontarse lo ya percibido en el acuerdo rescisorio (tal como el propio pretensor lo propone en su demanda) de \$ 97.000, restando una diferencia impaga de \$ 172.500 (art. 260 de la L.C.T.), que llevará intereses desde la fecha del distracto (18/03/2002) conforme la tasa activa promedio del Banco Nación que publica mensualmente la CNAT hasta su efectivo pago (Arts. 508 y 622 del C.C., Acta CNAT nº 2357/02 y Res. CNAT nº 8/02).-

III. Por lo expuesto, propongo revocar la sentencia y admitir el reclamo formulado por JOSÉ SANTIAGO GARCÍA contra AEROLÍNEAS ARGENTINAS S.A. por la suma de \$ 172.500 con más los intereses dispuestos en los considerandos.- Con arreglo a lo dispuesto por el art. 279 del C.P.C.C.N., sugiero que las costas de ambas instancias se impongan a la demandada vencida (art. 68 del C.P.C.C.N.) y atendiendo al mérito y extensión de la labor desplegada por los profesionales intervinientes, se regulen los honorarios de la representación letrada de la parte actora, demandada y los del perito contador en el 17%, 13% y 6%, del monto de condena y sus intereses (arts. 6 y 7 ley 21.839).- Por sus tareas en alzada y con idéntico criterio al antes expuesto, propicio se regulen los honorarios de los profesionales firmantes de los escritos de fs. 675/684 y de fs. 689/699, en el 32% y 25%, respectivamente, de lo que les corresponda por su actuación en origen (art. 14 ley 21.839).-

EL DOCTOR NÉSTOR MIGUEL RODRÍGUEZ BRUNENGO DIJO:
Por compartir los fundamentos, adhiero al voto que antecede.-

LA DOCTORA ESTELA MILAGROS FERREIRÓS: No vota (art. 125 ley 18.345).-

Por lo que resulta del precedente acuerdo, el Tribunal RESUELVE: 1) Revocar la sentencia y admitir el reclamo formulado por JOSÉ SANTIAGO GARCÍA contra AEROLÍNEAS ARGENTINAS S.A. por la suma de \$ 172.500 (ciento setenta y dos mil quinientos pesos) con más los intereses dispuestos en los considerandos. 2) Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida. 3) Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora, demandada y los del perito contador en el 17%, 13% y 6%, del monto de condena y sus intereses. 4) Regular los honorarios de los profesionales firmantes de los escritos de fs. 675/684 y de fs. 689/699, en el 32% y 25%, respectivamente, de lo que les corresponda por su actuación en origen. 5) Hacer saber al obligado al pago del honorario de abogados y procuradores que, en caso de corresponder, deberá adicionar al monto de la regulación el de la contribución prevista en el inc. 2) del art. 62 de la ley 1181 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Hacer saber también que el obligado a afrontar las costas del juicio deberá adicionar en ocasión de abonar la tasa de justicia, la contribución prevista en el inciso 3 del citado artículo 62, todo bajo apercibimiento de comunicar

la situación a CASSABA (artículo 80 ley 1181 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y punto II Acordada CSJN No. 6/05).//-

Regístrese, notifíquese y devuélvase.-

LESION SUBJETIVA

Establecimiento Frutícola Sede S.R.L. c. Coto C.I.C.S.A. (ED, 202-75)

COMPRAVENTA

Notas de débito: pedido de anulación; lesión subjetiva ; operatividad entre comerciantes; apreciación.

Cita:

ED, 202-75

Tribunal:

CNCom , sala B

Fecha:

julio 19-2002

Fallo

En Buenos Aires, a los 19 días del mes de julio de 2002, reunidos los señores jueces de Cámara en la sala de Acuerdos, fueron traídos para conocer los autos Establecimiento Frutícola Sede S.R.L. contra Coto C.I.C.S.A. sobre sumario, en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el art. 268 del cód. procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden: doctores Piaggi, Díaz Cordero y Butty.

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

La doctora Piaggi dijo:

I. La causa. Establecimiento Frutícola Sede S.R.L. demandó a Coto C.I.C.S.A. impetrando: i) la anulación de las notas de débito emitidas por éste sin respaldo causal, y aquellas a las cuales se les atribuyó dolo en su emisión; ii) la determinación de mercaderías no facturadas a su valor real; iii) la determinación de los perjuicios causados y lucro cesante; iv) la fijación del daño moral; y, v) la liquidación de la cuenta corriente mercantil que los vinculó (v. fs. 835-868). La defensa a fs. 898-915 negó los hechos y contestó demanda.

El objeto del juicio y las secuencias de la causa fueron satisfactoriamente expuestas en la sentencia recurrida; los doy por reproducidos a los fines de este decisorio para evitar estériles reiteraciones.

II. La decisión recurrida. La sentencia definitiva de primera instancia del 28-9-2001, corriente a fs. 1655-1668 acoge parcialmente la demanda y condena a la defendida al pago de ochocientos treinta y un pesos (\$ 831) más el precio de la mercadería descrita en la Guía de Transporte N° 0000-0000062 del 5-12-1995, con sus intereses. Las costas fueron impuestas a la actora. Contra el veredicto se alza la sindicatura de la quiebra actora a fs. 1669; sus quejas corren a fs. 1684-1685.

La presidencia de esa sala llamó autos para sentencia el 29-4-2002 (fs. 1692) y realizado el sorteo de la causa el 15-5-2002 (fs. 1692 vta.) el Tribunal se encuentra habilitado para resolver en la causa.

III. La pretensión recursiva. La recurrente reprocha al a quo que: i) la sentencia no se corresponde con los antecedentes de autos; ii) no cabe excluir las notas de débito emitidas por devolución de mercaderías o por diferencia de calidad; y, iii) apreció erróneamente el informe pericial contable en punto a las mercaderías sin cargo.

Trataré sólo aquellas quejas susceptibles de incidir en la decisión final del pleito (conf. CS, 13-11-86 in re Altamirano, Ramón c. Comisión Nacional de Energía Atómica ídem, 12-2-87, in re Soñes, Raúl c. Administración Nacional de Aduanas bis ídem, 6-10-87, in re Pons, María y otro CNCom., esta sala, 15-6-99, in re Crear Comunicaciones S.A. c. Telearte S.A. Empresa de Radio y Televisión ídem, 16-7-99, in re Organización Rastros S.A. c. Supercimiento S.A. [ED, 186-112]).

IV. La solución: a) A criterio de la preopinante, el fallo es coherente, concreto, adecuadamente fundado y expone suficientemente las razones que de acuerdo a las circunstancias del pleito lo sustentan. Carece de contradicciones y el criterio de análisis empleado se ajusta a las premisas que sirven de antecedente a sus conclusiones.

Recuerdo una vez más que la apreciación de la prueba es un razonamiento lógicovalorativo

y sistemático sobre todos los elementos colectados en la causa (conf.

CNCom., esta sala, 31-8-1999, in re Czapski, Severino c. La Cité de Buenos Aires ídem, CS, 28-12-199, in re Saia S.A. c. Bonorino S.A.). No existió errónea apreciación de la prueba; el fallo impugnado se ajusta a las constancias probadas de la causa y no existe apartamiento del principio de la sana crítica (art. 386, CPCC).

La finalidad de la prueba es llevar al magistrado al convencimiento de los hechos y de su certeza. El juez tiene el deber de reconstruir históricamente los hechos para determinar si las afirmaciones de las partes son o no ciertas. Para ello tiene obligación de examinar las pruebas rendidas y apreciarlas con criterio lógico-jurídico, valorándolas conforme a las reglas de la sana crítica y las máximas de experiencia extraídas de la observación del corriente comportamiento humano; sobre bases científicamente verificables (conf. CS, 7-6-1988, in re Martínez, Saturnino y otros s/homicidio calificado, LL, 1988-E-395; CNCom., esta sala, 18-5-1999, in re Diners Club S.A.C.yT. c. Debat, Raúl Omar). Todo lo anterior teniendo en cuenta que es preciso no apreciar cada prueba con independencia del conjunto, a fin de deducir una convicción racionalmente fundada de todos y cada uno de los elementos colectados en el proceso.

Conforme los términos de las quejas que se traen a conocimiento del Tribunal, corresponde analizar: i) si la diferencia entre la facturación y el pago con emisión de notas de débito configuró lesión subjetiva, ii) si está acreditada la subfacturación de los productos vendidos, y de ser así, si tal proceder se origina en abuso del supermercado demandado; iii) si procede la anulación de las notas de débito emitidas por la accionada.

b) El principal impacto del supermercadismo sobre la relación entre el comercio minorista y proveedores fue la aparición de empresa con poder de mercado dominante. Esto modificó la interacción tradicional entre proveedores y supermercados pequeños o medianos y comerciantes minoristas, la que en general era encauzada fundamentalmente por los ofertantes. El peso indudablemente gravitante de las cadenas de supermercados e hipermercados se tradujo en el cambio de un sistema, en que el proveedor era frecuentemente quien fijaba los precios, a otro donde éstos surgen no de una negociación entre proveedores y compradores sino de las decisiones de los supermercados e hipermercados (v. dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, resolución 810 del 31-7-1997 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería).

Usualmente, el equilibrio entre las partes del negocio en la mayoría de los casos no existe, ya que la industria supermercadista dispone de mecanismos de dominación suficientes como para garantizar la adhesión de los proveedores. En tal sentido, pueden mencionarse a título ejemplificativo los sistemas de incentivos (campañas de interés del proveedor, lanzamientos de productos, compras pactadas por períodos largos, etc.) y sistemas de desincentivos (exclusión del proveedor, amenazas de exclusión, etc.). Los

sistemas de desincentivos son por demás efectivos, sobre todo, cuando los proveedores realizaron fuertes inversiones para operar con el supermercadista.

c) La doctrina autoral y jurisprudencial, está conteste en la necesidad de reunir tanto el elemento objetivo como el subjetivo para que opere el instituto de la lesión del art. 954 del cód. civil. Existe en la lesión subjetiva, una doble connotación: a) la objetiva resultante de la desproporción de las prestaciones que exterioriza una anomalía en el sinalagma del contrato (equivalencia de las prestaciones) y, otra subjetiva, pues concurren las partes a celebrar el negocio y una actúa con la finalidad específica de aprovechamiento o explotación de la necesidad, inexperiencia o ligereza de la otra (conf. Belluscio, Augusto, Zannoni Eduardo, y otros, Código Civil comentado, anotado y concordado, t. 4, Astrea, Buenos Aires, 1982, págs. 355-356).

Obviamente, la lesión debe ser sustancial, desproporcionada, exagerada e injustificable; de manera tal que no deje dudas razonables sobre la contravención de elementales principios de equidad, ya que tratándose de una excepción a la regla, debe interpretarse restrictivamente y no debe resultar un medio para sustraer a los contratantes de las consecuencias negativas de un mal negocio o librarlos del cumplimiento de compromisos negligentemente asumidos (conf. CNCom., sala C, 13-10-1987, in re Fels Fernando c. Cía. Financiera de Automotores S.A.).

En punto a los actos entre mercaderes, se invoca reiteradamente como fundamento para su exclusión que la propia actividad hace imposible en el orden natural de la vida negocial, la hipótesis de ligereza o inexperiencia, por su necesario grado de especialización y profesionalismo. Si bien no es dudoso que la lesión subjetiva puede perpetrarse en el área comercial negocial, su apreciación debe efectuarse con peculiar precaución; habida cuenta de que el ordenamiento jurídico mercantil requiere y supone, aptitudes y capacidades subjetivas para el manejo y administración de los negocios. Tales particularidades restringen la posibilidad de que los comerciantes sean víctimas de ligereza e inexperiencia (conf. CNCom., esta sala, 29-9-78, in re, Cía. General de Combustibles S.A. c. Di Giacomo, Roberto). El mercader debe asumir todos los recaudos necesarios para ejercer su actividad profesional, caso contrario, no puede pretender ampararse en la teoría de la imprevisión o alegar lesión subjetiva (conf. CNCom., esta sala, 21-9-1993, in re, Tejidos Oke S.A. c. Viscosud S.A.).

Ahora bien, la estructura del mercado y la posición de sus integrantes (en el sub lite supermercado con una importante cuota del mercado y proveedor) me persuade de la asimétrica posición en la que se encontraron al tiempo de negociar el contrato. Es evidente para la preopinante que los grandes volúmenes traficados por Coto y su colocación en el mercado lo dotan de mayor capacidad para imponer a sus abastecedores. En consecuencia; no obstante lo expuesto en los párrafos anteriores en el sub examine procede la admisión del elemento subjetivo.

d) Distinta suerte correrá el elemento objetivo del instituto, pues no surgen de autos elementos convictivos sobre una ventaja, patrimonial desproporcionada e injustificada, ni que como consecuencia del dolo de la demandada la accionante debiera entregar mercaderías sin cargo o subfacturarlas. El monto de las notas de débito informadas por el perito contador (v. fs. 1067-1068) no inciden en el quantum facturado por el peticionante.

Coincido con el a quo en que conforme las pruebas de la causa no existe desproporción evidente, que viabilice la declaración de nulidad de las notas de débito, ni elementos de prueba que acrediten el dolo que habría forzado al accionante a subfacturar productos o a entregarlos sin costo. Los testigos no impugnados por las partes estuvieron contestes en las causas de emisión de las notas de débito. A fs. 1142 F. E. G. testificó, que cuando se advertían diferencias en la calidad de las mercaderías entregadas se notificaba al

proveedor de la diferencia y se pactaba: o recibir mercadería sin cargo o efectuar ajustes en los precios convenidos. Agregó que ...todo salía con notas de débito.... A fs. 1146 sus dichos son corroborados por el deponente E. E. P. (v. también pret. 12º, fs. 1150 y repreg. 6º, fs. 1151 de la declaración del testigo C. E. M.).

e) El síndico de la quiebra actora se queja arguyendo que, las notas de débito por diferencia de calidad son improcedentes porque los controles fueron estrictos y las mercaderías vendidas eran ofrecidas al público como de primera calidad. Sostiene, que la defensa descontaba al proveedor un monto de la factura, a pesar de que luego vendía la misma mercadería sin descuento. Agrega, que no corresponden descuentos por devolución de mercaderías porque éstas no fueron devueltas y eran vendidas por Coto. Respecto a las notas de débito emitidas por diferencia de calidad (no impugnadas) no se acreditó que las frutas eran de la calidad pactada o que luego fueran comercializadas por Coto sin diferencias de precio.

En las notas de débito por devolución de mercaderías, si bien el síndico manifestó en sus agravios que: ...tratándose de mercadería perecedera, la demandada emite una nota de débito para no pagarla al proveedor, tampoco paga impuestos y luego en lugar de tirarla la vende en sus góndolas..., ello no se compadece con el testimonio de Daniel Alejandro Sede quien dijo: ...si...[las frutas], ...reunían las calidades exigidas se procedía a la descarga de la mercadería, de lo contrario directamente se remitía el camión de vuelta como había llegado, sin descargar un solo bulto....

f) Finalmente, las notas de débito emitidas por la defensa no fueron rechazadas oportunamente por el accionante, y la sindicatura informó en sus agravios (v. fs. 1684) su dificultad para examinar los libros de la actora, pues no fueron puestos a su disposición; y, no cabe abundar sobre la eficacia probatoria de los registros mercantiles cuando son llevados en legal forma. El juez no puede suplir la actividad de las partes en materia probatoria y tampoco puede aceptarse el argumento actor para morigerar la ausencia de libros contables.

V. La condena. En mérito de lo expuesto y no existiendo fundamentos lógicos, razonables y concordantes para apartarse de lo resuelto en la anterior instancia (art. 386, CPCC), propongo al Acuerdo confirmar la sentencia impugnada e imponer las costas de alzada al actor vencido (art. 68, CPCC).

Por análogas razones los doctores Díaz Cordero y Butty adhieren al voto anterior.

Y Vistos: Por los fundamentos del Acuerdo que precede, se resuelve: confirmar la sentencia impugnada e imponer las costas de alzada al actor vencido (art. 68, CPCC).

Ana I. Piaggi. María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero. Enrique M. Butty (Sec.: María F. Lesch).

LESION SUBJETIVA

Tribunal:C. Nac. Civ., sala B

Fecha:14/05/1987

Partes:Sojo de la Balze, Rosa y otra v. Schelotto, Carlos

Publicado:JA 1987-IV-773.

NULIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS - Principio de validez de los actos

2ª INSTANCIA.- Buenos Aires, mayo 14 de 1987.

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

El Dr. Vernengo Prack dijo:

1. "La interpretación del art. 1037 CCiv. respecto a la necesidad que las nulidades sean expresas, no debe excluir el principio indiscutible que entre la validez y la nulidad del acto debe optarse por la validez" (C. Nac. Civ., sala C, ED 71-207). Ello en virtud de que los actos formales, -escritura pública- son otorgados en dicha forma, para dar publicidad y garantizar la expresión al alcance de los demás, de actos serios y normalmente permanentes, veraces, y que clarifican al resto de la sociedad, por ejemplo, el estado del dominio de los bienes inmuebles, de importancia operativa y política, porque en su conjunto forman el territorio de la Nación sobre la que se ejerce la soberanía (arts. 10 , 2502 y concs. CCiv.).

De ahí, que por razones dadas antes de ahora, haya puntualizado con minuciosidad, que no siendo la equivalencia de las prestaciones un requisito para la validez de los contratos, atenta la libertad a las partes por razones propias y concretas de vender muy barato; o extraordinariamente caro, con razones atendibles para vendedor y comprador (LL 1979-D-341).

La "explotación" de una parte, de la ligereza, inexperiencia o estado de necesidad de la otra, en materia contractual, no puede efectuarse sino por dolo (art. 931 CCiv. u omisión dolosa: art. 933 Ccit.). No puede una parte "explotar" a la otra por descuido, negligencia, o "sin darse cuenta por falta de diligencia para apercibirse" (culpa).

De ahí, que en el caso de la ligereza o la inexperiencia sea necesario para el "explotador" lesionante el uso del "artificio, astucia o maquinación", "aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero" (sic. art. 931 CCiv.).

Para ello es necesario que el explotado sea capaz. De otra manera el contrato es inválido por falta de capacidad, que en el Código Civil argentino no coincide con la falta de discernimiento (art. 921). Así un menor de 19 años, tiene discernimiento para los actos lícitos, pero es incapaz de enajenar por sí una cosa inmueble que se encuentre a su nombre.

Repito, la explotación de un incapaz (que llega a constituir delito penal) es fácilmente anulada probando sólo la incapacidad del contratante, y no aludiendo a un consentimiento viciado. El dolo del art. 954 CCiv. (1) es un vicio del consentimiento. En cambio, al incapaz le está prohibido dar el consentimiento por sí (arts. 1043 , 59 CCiv.). El consentimiento de un incapaz está fuera de juicio: no es necesario probar que está viciado, porque en principio, no tiene validez.

De ahí, que precisando la impugnación del demandado a f. 852 vta., que la acción de nulidad por incapacidad de demencia, sea contradictoria con la de lesión por ligereza, se pueda afirmar que sino "contradictorias" se puede afirmar que son excluyentes, una de la otra; dado que, el que demanda por un vicio del consentimiento (lesión) debe necesariamente partir de la capacidad del impugnante para dar por sí ese consentimiento que resultó viciado por el engaño (dolo) de la otra parte que explotó su inexperiencia, o que lo engañó explotando su ligereza. Si por ser incapaz, no puede dar consentimiento alguno por sí (art. 1042 CCiv.), ya por ello el acto es nulo sin necesidad de probar defectos, de un consentimiento que le está prohibido dar por sí (art. 59 CCiv.).

2. Capacidad. Valoro con especial actitud de crítica, el informe de la pericia médica de f. 457, donde después de destacar una personalidad muy original, muy particular, nada convencional de la causante, hace mérito de los actos cumplidos por la misma, con significado vital, con posterioridad al episodio del derrame cerebral, y agradezco a la sabiduría del perito que mencione actos de la vida común, y desprovistos del inaccesible o difícil lenguaje científico de su ciencia.

Así menciona que no puede ser considerada inhábil "desde el momento que decide llevar un diario personal, aunque fuere para auxiliar la memoria, con puerilidad y con otros caracteres de inmadurez y que le eran propias desde mucho antes, cuando se manifiesta feliz y congraciada para realizar un weekend y en otros episodios en los que pone de manifiesto intactas, la afectividad, la voluntad y cierto grado de intelecto. Por último, la actitud de enviar cuando se hallaba físicamente muy deteriorada, una misiva a su hermana utilizando los servicios de una fámula del vecindario, en la que le pide ayuda con carácter de urgente. Todo ello configura un cuadro mental en el que se halla conservado evidentemente la capacidad

de ideación, deliberar, discernir, decidir, ejecutar, todo lo cual descarta a priori una alienación mental causal de inhabilitación".

Pero además de ello, no se compadece con la atinada doctrina de los actos propios, que las hijas y herederas acepten después de afirmar la inhabilitación e incapacidad de su madre, con fecha 01/02/1973, es decir con posterioridad, que ella presente un escrito en los autos Barranechea de Campos Urquiza, Amelia (suc.), cuando procede a aclarar de diversos bienes en favor de sus coherederos. Dicha presentación es reiterada a f. 95 también en el año 1973 en la misma sucesión. Renunciando a la impugnación del inventario, es decir, renunciando a la propiedad de bienes.

La misma persona, también durante el año 1973, es decir, después de haber otorgado la escritura impugnada, remite al demandado un telegrama revocándole un poder otorgado, suscribiéndolo ella misma. Y ese hecho es invocado por sus hijas actoras, que sostienen que, un año antes, su madre estaba loca.

Es por esa razón, por todos estos documentos corroborantes e indubitables, que contradicen una arbitraria distribución de fechas suministradas al perito médico de f. 713 -como él lo reconoce- por las mismas hijas (que son parte en el juicio) o por los médicos que actuaron en la tramitación de la inhabilitación por parte de las herederas, pero que en definitiva se traducen en las tímidas conclusiones de f. 721: "probablemente, todos estos datos parciales, suministrados por personas interesadas, llevan a la conclusión 'por lógica'(sic) que su enfermedad le dificultaría la comprensión y el alcance de las obligaciones patrimoniales que pudiese haber contraído". Frente a ese juicio dubitativo de un médico que no conoció ni examinó a la vendedora, están los actos otorgados por ella: inclusive la revocación del poder al demandado.

Acto procesal muy significativo, es que su médico de cabecera (del cual se agravian las actoras que fuera desplazado por otros facultativos indicados por el demandado) y que fuere ofrecido por éstas, el Dr. Alejandro J. Bullrich, declara a f. 394 que: "nada puedo observar acerca de la capacidad de raciocinio de la Sra. de Sojo" (1ª ampliatoria) y que la vio del año 1969 al año 1971 y luego la volvió a ver en 1974. Corroborá así lo dictaminado por Ferraro, con la ventaja de haberla conocido y examinado por más tiempo y sin planteos jurídicos pendientes.

El art. 3616 dice textualmente: "La ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario" (sic).

El art. 472, consecuente con ese principio establece que serán de ningún valor los actos posteriores a la sentencia que declare la incapacidad.

Luego el aquí impugnado no está comprendido, por ser anterior a la declaración de inhabilitación (que no se asimila a la demencia).

Para que así pudiera ser anulado por incapacidad de un demente no declarado en juicio, habrían de haber probado la "pública notoriedad de la demencia a la época del otorgamiento del acto". Ello no fue motivo ni de alegación, ni siquiera de prueba, porque una demencia notoria, una demencia ostensible produce actos ridículos o espectaculares que aquí no se probaron.

Pero el agregado del art. 474 por la ley 17711 (2) que exige la mala fe de quien contrató con el fallecido, no se desvincula del presupuesto de locura.

Se trata de un contratante que conocía la locura del causante, aunque ésta no fuera ostensible. En ese caso, sí se puede reclamar, la nulidad aún después del fallecimiento.

Pero la locura no declarada debió existir y ser probada.

Es necesario hacer notar que la causante, era considerada una artista de nivel (del juicio de alimentos contra el marido agregado) (ver revista con fotografía de la causante y de sus pinturas y miniaturas) y una arrolladora entusiasta de lo que emprendía (Fundadora del Kennel Club, criadora de perros de raza, golfista ganadora, excelente decoradora, según la misma revista, declaración del demandado en el expte. penal). Toda persona con algún talento artístico -es frecuente- que se crea con derecho a excentricidades, hobbies o algunas actitudes obsesivas (entusiasmo minucioso y mal encaminado) que son producto de la hipersensibilidad que caracteriza a todo artista como un gran inestable emocional y afectivo. Grandes entusiasmos y grandes depresiones que ocurren aún durante su juventud y cuando se encuentran en estado

físico bueno. De lo dicho, se desprende, una vez más lo atinado de la interpretación médico humana del perito de oficio de f. 457 y sus posteriores explicaciones de f. 498, donde reafirma lo recogido por el suscripto de otros elementos de juicio cuando afirma:

"Es dable observar en autos, que para sustentar dicha disminución de sus facultades mentales, se ha hecho hincapié en características temperamentales y de su personalidad y que en sí no constituyen una genuina disminución de sus facultades mentales".

Rosa A. Campos Urquiza de Sojo, era así. Y así fue siempre. Sólo que para recuperar un bien que -como ella diría- lo vendió "porque me vino en ganas", sus sucesores subrayan sus excentricidades, y sus enfermedades físicas para dar verosimilitud a una inhabilitación, no a una declaración de demencia, por lo que la aplicación al caso del art. 474 CCiv. debe desecharse, por referirse el mismo a la demencia (art. 141 CCiv.) y no a la inhabilitación (art. 152 bis inc. 2 CCiv.).

El intento de querer transformar la lesión, que es producto de una maquinación dirigida contra una persona capaz ("explotación de la ligereza o la inexperiencia"), a quien se engaña, en una violación de los arts. 140 y 3616 CCiv. que rígidamente establecen: "La capacidad es la regla la incapacidad la excepción". Y digo rígidamente, porque para declarar una incapacidad se exigen formalidades severas: "sin que sea previamente verificada y declarada por juez competente" (art. 140 CCiv.).

Dicho intento -decía- trata de crear, en contra del principio terminantemente antes mencionado, una especie de "inhabilitación de hecho"; sin pública notoriedad, ni otras garantías; más que un "debilitamiento mental" para cometer "ligerezas". Ello haría inverosímil contratar con personas que no fueran amigas o de confianza. Para comprar un inmueble habría que convivir fulltime con el vendedor 2 o 3 meses, para evitar las sorpresas de su "debilitamiento mental" con que luego me pueden salir sus herederos si aquél se comprara más caro o más barato que el precio de plaza (C. Nac. Civ., sala D, agosto 1975, ED 67-237) (3).

3. Iura novit curia. De la propia demanda (es decir, de afirmación de la contraria), surge que Rosa A. Campos Urquiza vivió en concubinato con el demandado. Allí sus propias hijas dicen que de las notas que escribe en su diario (29/01/1971 y 02/02/1971) "nos la muestran como una adolescente divertida y emocionada, gozando con la perspectiva de pasar un weekend en Tortuguitas, en compañía del demandado". "Allí, a una finca aparentemente del Sr. Schelotto traslada su residencia la Sra. de Sojo, invocando motivos de salud".

Ello es corroborado por el Sr. Schelotto a f. 41 vta. (expte. penal, denuncia de Nicolás A. Ramallo contra el antes nombrado) donde afirma que compró una casa en Moreno 395 de Tortuguitas, donde Rosa A. Campos Urquiza fue a vivir. Aunque aclara que nunca existió una relación amorosa entre él y la Sra. de Sojo (un "cariño hacia su nieto mayor"), lo cierto es que convivió con ella, y esto a la causante -según sus hijas- la "divertía y emocionaba como a una adolescente". De ahí que los hechos, despejadas las cortinas de humo, se parezcan más a la doctrina judicial que ha enfocado la licitud o ilicitud de las donaciones al concubino, según la posición de la actora que niega el pago del precio (LL 14-638 (4): ilícita para crear o mantener el concubinato; no si sólo tiene por efecto exteriorizar un afecto hacia el compañero; JA 25-982: Reparación de daños al concubino; carácter de ilicitud: LL 76-66).

Como así no se ha planteado, ni se ha calificado la causa de la donación, no se puede entrar en esta variable para juzgar la nulidad.

Pero lo que es permitido al tribunal, es atender este hecho, si pudiera haber la invocación del art. 954 , como "justificante de un precio menor de venta a quien se quiere 'como un nieto mayor'".

4. No es cierto que no debió intervenir el escribano en el presente, dado que el nudo de la impugnación de la escritura es una declaración del mismo, que "el precio fue recibido antes de ahora".

Pero además, y ello es determinante fue el escribano Cervini el que escrituró en propiedad horizontal a favor de la Sra. de Sojo. Sin esta intervención de Cervini, ni siquiera el dominio anterior hubiera estado a favor de la Sra. de Sojo, porque cuando ésta vendió a Schelotto, aún no lo tenía escriturado a su nombre.

Era pues fundamental la intervención de Cervini, porque se trataba de una constancia de la escritura que había efectuado él mismo y le atañía.

Tampoco se demanda al poseedor actual como contempla la letra del CCiv. art. 1051 .

Si bien este artículo, dice que el que demanda la nulidad "puede" reclamar el dominio del poseedor actual, lo que supondría que para el nulidicente es facultativo; su falta de reclamación debe tener algún fundamento, que está ausente en el presente.

Se hace más bien sospechoso, de que habiéndose demostrado la total buena fe del poseedor actual en un juicio separado, no lo hayan hecho las actoras, para intentar una nulidad más factible pero abstracta, para aumentar sus posibilidades en una segunda demanda, o por lo menos, un convenio transaccional.

Se ha dicho que "cuando se demanda la nulidad de los actos jurídicos debe hacerse intervenir a todos los que han intervenido en el mismo como partes interesadas, pues existe un litisconsorcio necesario, pues es indispensable que el conjunto de los sujetos pasivos sean demandados para que la resolución tenga eficacia de cosa juzgada, resultando inútil o inocua la sentencia dictada sin intervención de alguno de ellos, desde que mal podría anularse para una de las partes el acto y para la otra ser válido" (ED 73-714).

Si se hubiera procedido a la inversa, iniciando la reivindicación contra el poseedor actual, se hubieran producido las correspondientes citaciones de evicción, donde la presunta nulidad de la escritura precedente hubiera detenido sus efectos contra un adquirente a título oneroso y de buena fe, como es el tercero que ha intervenido en el presente.

5. Es de hacer notar que pese a la espectacularidad y la alaraca que se ha efectuado con relación a que la certificación de Cervini no era del año 1964, la actora sólo afirma que ese documento "fue suscripto por las partes con posterioridad". Pero en el mencionado escrito de f. 508, donde sigue defendiendo la nulidad, pese a la aparición del boleto, no sostiene (art. 356 inc. 1 CPCC. (5) -t.o.- (6)), que la fecha del mismo coincida con la fecha de la escritura.

Sin embargo, para la tasación del inmueble lo hace valuar en el año 1972, fecha de la escritura, lo que no coincide con su afirmación del escrito de f. 508 donde sólo dice que es "posterior a 1964" pero sin precisar la fecha.

La autenticidad de las firmas de boleto ha sido declarada por el calígrafo aunque no fueron cuestionadas, y fueron reconocidas, luego está reconocida la recepción de la suma pagada en el mismo.

Los pagos posteriores, debían efectuarse según el boleto de la escribanía Cervini. Y éste en la escritura dice que se pagaron con anterioridad. Ello da por acreditado el pago del precio.

En cuanto a la fecha del mismo, la contraparte reconoce un contrato en comandita en el cual la Sra. de Sojo participa con el demandado que lleva fecha 1965 (f. 46 de redargución de falsedad). Lo que prueba que ya en esa fecha se conocían. El boleto lleva las cifras en pesos moneda nacional, así que presumiblemente debió firmarse antes de 1968.

La declaración del intermediario de f. 542 que vendió a la Sra. de Sojo, declara que ella firmó boleto en 1961, y que su precio de compra osciló entre \$ m/n 750.000 y \$ m/n 1.000,050. Todo lo expresado, indica que la valuación al año de la escritura 1972, no es apta para calificar el precio de compra del departamento que, por los elementos de juicio mencionados, pudo datar entre 1965 y 1968, ya que la falsedad que logró probar la actora sólo prueba que no fue comprado en 1964 y según sus propios dichos "con posterioridad", pero sin afirmar, como luego alega en 1972, que sólo es la fecha de la escritura y donde se afirma que el precio se recibió antes. Y, repito, en el boleto se había pactado que los pagos se efectuarían en las oficinas del escribano interviniente. De ahí que la constancia de la escritura, en este caso particular, adquiera, la fuerza del art. 993 CCiv., por haberse dichos pagos anteriores hecho al mismo escribano.

Por lo mismo, pierden significación las constancias acompañadas por el demandado, que sólo ratifican o dan visos de verosimilitud, a los pagos efectuados. Nótese que no tienen forma de recibo, y sólo de recordatorio de pagos efectuados, durante los años 1968 y 1969 por el demandado.

Es también necesario subrayar que la venta se efectuó por la vendedora sin tener el dominio a su nombre; que no coincidían las medidas lineales del boleto que sólo poseía la Sra. de Sojo; que lo vendía ocupado, dado que no entregaba la posesión, sino a más de 2 años de la firma del boleto, que luego resultaron más.

Con componente erótica o sin ella, lo cierto es que la Sra. de Sojo fue socia del demandado (ver contrato reconocido por la contraparte) y que convivió con él en su casa de Tortuguitas. Que en base a la confianza que le dispensaba lo designó administrador de sus bienes. Esto prueba una gran confianza entre las partes. Probada la entrega del precio, dada que la escritura no fue argüida de falsedad -lo afirman los propios actores- ello prueba la existencia de un acto real, con independencia del deseo de la vendedora de beneficiar al demandado bonificándole el precio, lo que por lo dicho más arriba no ha logrado probarse con cifra que responda a las especiales modalidades de esa venta (sin escritura, largo plazo de entrega de posesión, error en las medidas, etc...).

6. Sólo a mayor abundamiento es necesario puntualizar, -es hecho invocado en la contestación de la demanda-, que si bien la indignidad no es invocable por presuntos deudores de la sucesión (art. 3299 CCiv.) de acuerdo no sólo a la terminología gramatical sino a una propia, eminentemente conceptual, del art. 3263 párr. 2 CCiv., el demandado es un sucesor.

En la nota al art. 3307 , el codificador transcribe con opinión coincidente con una sentencia de la Corte de Burdeos que dice: "El indigno no ha sido jamás heredero: si ha poseído bienes y los ha transmitido a sus herederos su posesión es injusta ab initio" (de mala fe).

Es decir, entre la disputa entre sucesores (art. 3264) no deudores, prevalece el que tiene la cosa entregada por el antecesor (arts. 3269 , 3270 y sobre todo art. 3276).

Si se fulmina con las connotaciones morales del art. 953 CCiv. las transmisiones voluntarias de los actos jurídicos, que la violan, con mucha más razón debe considerarse de la misma manera una acción que tiende a retrasmisiones recuperatorias a quienes objetivamente violaron la ley moral, en este caso precisamente definida por la ley civil: "el pariente del difunto que hallándose éste demente y abandonado, no cuidó de recogerlo, o hacerlo recoger en establecimiento público".

Si se diera este supuesto sería un premio a la inmoralidad: "no cuido de mi madre que está debilitada mentalmente. Dejo que de ella se 'aprovechen' otros que dicen cuidarla. Dado que cuando fallezca y tenga acción, recuperaré los bienes que eventualmente enajene".

Tengo en mi experiencia, varios casos de incapacidad "no declarada" de una persona fallecida. Pero en casi todos se trataba de sobrinos, o instituidos, u otros parientes colaterales. Aquí se trata de una señora. y de hijas... casi el caso de la nota del art. 3295 CCiv. que daba toda la herencia "al extraño que recogió o cuidó" al presunto demente.

En autos está probado, que ante el llamado urgente de la Sra. de Sojo, sólo acudió a su hermana (2do. grado de parentesco colateral) y no sus hijas (1er. grado en línea directa) que son las que intentan recuperar lo que su madre había vendido.

7. Aunque la solución que propongo de rechazar la demanda no fuera compartida por los distinguidos colegas que me seguirán en el uso de la palabra, votaría porque se impusieran al actor las costas del tercero interviniente, atento que se ha declarado con respecto a él inoponible la nulidad declarada por el juez de 1ª instancia contra el demandado. Así fue planteado por el tercero, y ello mereció oposición por parte del actor, por lo que aun cuando éste resultare ganancioso computando el resto de los votos, correspondería que se hiciera -como dije- cargo de las costas del tercero.

Por las consideraciones precedentes, voto por que se revoque la sentencia apelada en cuanto hace lugar a la demanda, la que se rechaza en todas sus partes en cuanto peticiona la nulidad del acto jurídico mencionado en la sentencia de 1ª instancia e instrumentado en la escritura que allí se menciona. Se imponen las costas a la actora en ambas instancias, inclusive la del tercero interesado. Deberá librarse oficio al Registro Inmobiliario para el levantamiento de las medidas trabadas ordenadas en el presente.

La Dra. Estévez Brasa dijo:

Aún sin compartir la totalidad de los fundamentos, en especial en cuanto al aspecto opinable que revela el art. 3307 CCiv., quien suscribe adhiere a la propuesta del distinguido colega preopinante.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, se revoca la sentencia apelada en cuanto hace lugar a la demanda, la que se rechaza en todas sus partes, en cuanto peticiona la nulidad de la compraventa instrumentada por escritura n. 477 de fecha 28/06/1972 pasada por ante el Registro del escribano Jorge H. Cervini, referente a la unidad funcional n. 2 de la planta baja del edificio sito en Rodríguez Peña 1644/50. Se ordena el libramiento de oficio al Registro Inmobiliario para el levantamiento de las medidas trabadas en el presente. Costas en ambas instancias a cargo de la parte actora, inclusive la del tercero interesado.- Rómulo E. M. Vernengo Prack.- Teresa M. Estévez Brasa.- El Dr. Hugo Molteni no suscribe por hallarse en uso de licencia. (Sec.: Tristán Bravo).

SIMULACION

Prueba por terceros - Prueba de presunciones - Simulación de créditos

106.609 - CNCiv., sala F, 2002/10/22: Textil Colonia S.A. c. Ajami, Víctor I. y otros.

2a Instancia. Buenos Aires, octubre 22 de 2002.

El doctor Zannoni diga:

1. Antes de entrar de lleno a la consideración de la sentencia apelada corresponde advertir que los recursos de apelación deducidos a fs. 173 y 517 concedidos con efecto diferido a fs. 174 y a fs. 518 respectivamente, no han sido fundados en la oportunidad prevista por el art. 260, inc. 1º del C.P.C., por lo que las resoluciones recurridas en punto a las costas aplicadas en cada caso, han quedado firmes.

2. Además, propongo a los colegas de la sala se llame la atención al Juzgado (art. 132 primer párr. Reglamento para la Justicia Nacional en lo Civil) por la desprolijidad que muestra la foliatura del expediente que aparece enmendada tre y hasta cuatro veces en las mismas fojas sin poder determinarse en muchos casos cuál es la correcta. Esta deficiencia ha provocado una dificultad adicional en la compulsas de esta voluminosa causa cinco cuerpos y sus agregados a los fines de la remisión a sus actuaciones para el análisis correspondiente.

3. La sentencia apelada rechazó, con costas, la demanda deducida por Textil Colonia SA a fin de que se declarase la nulidad del mutuo garantizado con hipoteca que se celebró entre Víctor Israel Ajami y Pommel SA. La demanda de nulidad se basa en que el mutuo y la constitución del gravamen sobre el inmueble de Ajami fueron actos simulados concluidos para sustraer dicho inmueble a la posible ejecución de sus acreedores.

La actora, perdidosa, expresa agravios a fs. 8311 846, que fueron respondidos por Ajami a fs. 8511 854 y por Pommel SA a fs. 8561859.

4. Antes de entrar a considerar los agravios que convocan al Tribunal, creo necesario hacer una sucinta reseña de los antecedentes que han vinculado a las partes.

a) En junio de 1995, Mil Telas SA adquirió mercaderías hilados de Textil Colonia SA por un valor total de \$72.752. La compra de Mil Telas SA quedó afianzada por su vicepresidente, el señor Víctor Israel Ajami, quien con fecha 11 de mayo del mismo año, había suscrito con Textil Colonia SA un contrato de fianza por el que aquél garantizaba en carácter de codeudor solidario, y en los términos de los arts. 478 y 480 del Cód. de Comercio, todas las sumas que Mil Telas SA adeudase a esa fecha o que pudiese adeudar en el futuro a Textil Colonia SA. Por separado y con igual fecha el fiador suscribió una manifestación de sus bienes y su esposa prestó el asentimiento en el mismo acto. El contrato de fianza, la manifestación de bienes y la conformidad de su esposa, certificados notarialmente, glosan a fs. 16120 de los autos: "Textil Colonia SA c. Ajami, Víctor Israel s/ Ejecutivo", originarios del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 18, Secretaría N° 35, que en copia certificada se tienen a la vista.

Según consta a fs. 6/15 de los mismos autos, Textil Colonia SA recibió de Mil Telas SA cheques en pesos contra el Banco de Galicia y pagarés a su orden, estos últimos librados en dólares estadounidenses, por un total de \$72.752. Tanto los cheques, librados entre el 20 de noviembre y el 11 de diciembre de 1995, como los pagarés, que vencían entre el 4 de diciembre de 1995 y el 12 de abril de 1996, fueron suscritos por Víctor Israel Ajami en representación de Mil Telas SA. La totalidad de los cheques fueron rechazados por carecer de fondos.

b) El 30 de noviembre de 1995, mediante escritura pública autorizada por el escribano Jorge A. Laporta, Ajami grava con derecho real de hipoteca en primer grado a favor de una sociedad uruguaya, Pommel SA, el departamento de su propiedad, individualizado como Unidad Funcional 96 (piso 13, B) y unidades funcional y complementaria del sótano, correspondientes al edificio sito en calle ... de esta Capital Federal. La hipoteca es dada en garantía de devolución del préstamo de u\$s 120.000 que la sociedad Pommel SA le habría hecho con anterioridad a la constitución del gravamen.

c) En febrero de 1996 Mil Telas SA requirió su concurso preventivo que, como lo reconoce el propio codemandado Ajami, se transformó meses después en quiebra por resultar inviable toda posibilidad de evolución y cancelación del pasivo.

Ante este panorama, textil Colonia SA solicitó la verificación de su crédito ante la sindicatura del por entonces concurso preventivo de Mil Telas SA. Separadamente, en mayo de 1996, promovió la ejecución de su crédito contra Ajami, garante solidario de la deuda de Mil Telas SA. En dicha ejecución Textil Colonia SA pidió y el juez ordenó el embargo preventivo sobre el inmueble. Dicho embargo quedó inscripto el 19 de julio de 1996 (ver fs. 41/42 de los autos "Textil Colonia SA c. Ajami Víctor Israel s/ Ejecutivo", citados). Pero el informe del Registro de la Propiedad Inmueble da cuenta que el 20 de diciembre de 1995 se había tomado nota de la hipoteca en primer grado constituida el 30 de noviembre pro el ejecutado sobre el mismo inmueble. La ejecución prosiguió, se dictó sentencia el 25 de octubre de 1996 y el 30 de mayo de 1998 se ordenó la subasta del inmueble.

d) Ya decretada la subasta del inmueble a instancias del acreedor embargante, Pommel S.A promovió ejecución hipotecaria contra Victor Israel Ajami el 19 de agosto de 1997 (ver autos "Pommel S.A. c/Ajami Victor Israel s/ejecución hipotecaria" originarios del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 32, traídos "ad effectum videndi"). El ejecutado no opuso excepciones y el 8 de septiembre de 1997 se dictó sentencia mandando llevar adelante la ejecución. Se trabó embargo sobre el inmueble. El 13 de noviembre de 1997 el Juzgado ordenó se oficiase al Juzgado en lo Comercial a fin de que tomara nota del embargo por u\$s120.000, con más u\$s30.000, sobre las sumas que se obtuviesen en la subasta ordenada por dicho Juzgado.

e) I.a subasta se llevó a cabo el 3 de junio de 1998, en la que resultó comprador el abogado E. M. en representación de la sociedad uruguaya Pommel SA quien había solicitado se le autorizara a compensar el precio con el importe del crédito por el que ejecutaba.

f) Sin embargo, con anterioridad, en abril de 1998, Textil Colonia SA obtuvo en un incidente por medida cautelar (fs. 1951200 de los autos "Textil Colonia SA c. Ajami, Víctor Israel s/ Medidas precautorias") el embargo preventivo de los fondos que se obtuviesen de la subasta, hasta el importe de su crédito, a fin de garantizar el resultado de una demanda por nulidad de la constitución de la hipoteca que, anunció, promovería. El Juzgado trabó el embargo preventivo a fs. 223/225 de dichos autos. Tal medida cautelar neutralizó la pretensión de Pommel SA. de compensar el precio por el que se adjudicó el inmueble y fue declarado, a la postre postor remiso.

Tales, en prieta síntesis, los antecedentes del CASO.

5. En estos autos, ahora, debe resolverse en definitiva la acción de nulidad que, por simulación ilícita, dedujo Textil Colonia SA contra los otorgantes del mutuo con garantía hipotecaria, esto es Pommel SA y Víctor Israel Ajami. Sostiene Textil Colonia SA que el mutuo y el consiguiente gravamen hipotecario constituido sobre el inmueble de calle Caracas 341159, 13, "B", fueron actos simulados con el fin de "sustraer el departamento de Ajami a la acción de los acreedores e imposibilitar su ejecución judicial".

a) La sociedad Pommel SA, codemandada, es de origen uruguayo, constituida e inscrita en los Registros competentes de Montevideo en 1994. Tanto la sociedad como el presidente de su directorio, León Julio Rodríguez Domínguez, también uruguayo, tendrían el mismo domicilio: calle..., apartamento 101 de Montevideo. Sin embargo, curiosamente, en oportunidad de tramitarse por exhorto la notificación del embargo del crédito garantizado con hipoteca en la persona del representante legal de Pommel SA, en la ciudad de Montevideo, la Oficial Alguacil del Juzgado informa que en el referido domicilio, en el que vive León Julio Rodríguez se les contestó que no conocían ninguna sociedad anónima de nombre Pommel (fs. 293 de los autos: "Textil Colonia SA c. Ajami, Víctor Israel s/ Medidas precautorias").

b) Según lo afirmado por Pommel SA al contestar la demanda, la sociedad se habría constituido por un grupo de inversores que deseaban colocar dinero "para hacer frente a la demanda de créditos hipotecarios, prendarios y/o financieros que, con diversas modalidades, eran solicitados por empresas y particulares de la República Argentina. La sociedad se constituyó en mayo de 1994 y la primera operación que realizó la sociedad habría sido la inversión hipotecaria en el mes de noviembre de 1995 con el codemandado Ajami, es decir un año y medio más tarde. Si fuese cierto que la sociedad se constituyó para satisfacer la demanda de empresas y particulares de nuestro país que requerían, como se dice, de créditos hipotecarios, no se explica cómo Pommel SA tardó tanto tiempo en hacer la primera operación. Como tampoco se explica por qué, en ocasión de constituirse el gravamen hipotecario la sociedad acreedora declara que "se trata de un acto aislado".

De acuerdo a las referencias que de la documentación habilitante se hacen en la escritura pública autorizada por el escribano L. el 30 de noviembre de 1995, en asamblea general extraordinaria de accionistas del 8 de noviembre de 1995, se autorizó al presidente en representación de la sociedad a realizar con Victor Israel Ajami el mutuo con garantía hipotecaria que da origen a ese pleito (fs. 13/19 de los autos "Pommel S.A. c/Ajami Victor Israel s/ ejecución hipotecaria", originarios del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro 32).

c) A su turno el codemandado Ajami dice en su responde de fs 76/84 que la operación "fue absolutamente auténtica, el dinero (U\$S 120.000) me fue entregado contemporáneamente al acto escriturario y – lamentablemente para mi- aplicado al giro comercial de Mil TeJas SA, en un vano intento de salvar la empresa, a pesar de su insalvabilidad, como quedó demostrado después".

Agrega el mismo codemandado Ajami que él desconoce los antecedentes de la sociedad uruguaya, porque tomó contacto con ella a través de un estudio contable de primera línea de la Ciudad de Buenos Aires -L. L. y Asociados- que gestionó el crédito en la plaza uruguaya.

d) En relación a este punto viene a cuento la declaración testimonial del contador G. E. L., profesional que integra el estudio contable de L. L. y Asociados, y que fue quien habría servido de nexo entre Ajami quien le fuera presentado, dice, como una persona con una vasta trayectoria y cumplidora en los aspectos comerciales y los inversores uruguayos, a través del estudio del corresponsal de L. en la República Oriental del

Uruguay, el contador J. D. Señala el testigo que el estudio de D., en Uruguay, "convoca a grupos de inversores para efectuar préstamos en distintas partes del mundo. En el transcurso de su declaración L. deja a salvo que él se limitó a contactar a Ajami con D. sin participar de la gestión e instrumentación propia del crédito, aunque refiere que, más tarde, D. le encomendó que intercediese para obtener que Ajami cancelara la deuda.

e) Curiosamente, el contador J. D., que prestó declaración ante los tribunales de la República Oriental del Uruguay contradice absolutamente los dichos de L. La declaración de D., confrontada a la de L. provoca estupor. D. declara que no le consta la organización de grupos de inversores en la Ciudad de Montevideo para atender requerimientos pedidos de créditos hipotecarios entre otros desde Argentina. Tampoco sabe que se constituyeran sociedades anónimas entre los inversores (textualmente responde: "no sé de qué se está hablando"). Cuando se le pregunta por Pommel SA, contesta textualmente: "Pommel SA fue una sociedad solicitada por el estudio L.-L., personas muy reconocidas en la colectividad judía, [que] nos pidieron una compañía para ellos y después, perdí contacto" (ver constancias del exhorto glosado en autos, en especial, fs. 704/706) f) Destacadas estas graves contradicciones, prosigo con el análisis del material probatorio que nos brinda el expediente.

En la escritura pública autorizada por el escribano L. se deja constancia que el deudor, Víctor Israel Ajami dice "que ha recibido antes de este acto, de manos de la acreedora [PonmeJ SA] en calidad de préstamo la suma de u\$s 120.000 en efectivo, en billetes de dicha divisa y a su satisfacción, importe que el deudor se obliga a reintegrar en billetes de igual divisa a cuatro años de plazo, con más el interés convenido del 10% anual, pagadero por bimestres vencidos".

No deja de sorprender que en una operación crediticia de las características que analizamos, se acuerde un mutuo entre personas que no se conocen entre sí, que el acreedor acepte entregar la no despreciable suma de u\$s 120.000 y que, simultáneamente, esto es el mismo acto, no se constituya el gravamen hipotecario que garantiza su crédito.

g) La codemandada Pommel SA acota, al respecto, que "no habiéndose podido efectuar la escritura respectiva el mismo día [alude al 29 de noviembre de 1995, día en que la sociedad efectuó el depósito de los u\$s 120.000 en el Banco Mercurio de la Ciudad de Buenos Aires] y ante la imposibilidad de coordinar la firma en la institución bancaria al día siguiente, se firmó la escritura-ya confeccionada- ante el escribano L., entregándose el dinero junto con el arreglo de todas las cuentas en una dependencia de la escribanía antes de la firma".

Este aspecto es poco menos que inentendible. Admitamos por hipótesis que -como dice- fue imposible coordinar la firma de la escritura en la institución bancaria "al día siguiente" de recibirse la transferencia hecha al Banco Mercurio. Lo cierto es que la escritura se firmó "al día siguiente" pero en la escribanía L. Si, pues, el representante de Pommel SA había retirado el dinero y concurrió con - él a la notaria no se explica por qué no hizo la entrega de los U\$S 120.000 en el acto de la firma de la escritura hallándose las partes presentes y también el escribano autorizante y, porque causa, en cambio se optó por hacer dicha entrega "junto con el arreglo de todas las cuentas (¿) en una dependencia de la escribanía, antes de la firma".

h) Ajami, al absolver posiciones afirma que recibió el dinero del mutuo en la escribanía. En este aspecto, el escribano J. A. L., que presta declaración testimonial a fs. 253/255, hace revelaciones sugestivas: en primer lugar dice que no le consta que en dependencias de su escribanía Pommel SA entregara a Ajami el dinero del mutuo, esto es los u\$s120.000.

Añade, no obstante, que el acto y la escritura se otorgaron en su presencia pero no así la

referida entrega de la suma de dólares estadounidenses ya que de haber esto último ocurrido se habría dejado constancia en la escritura. Afirma, además, que es frecuente que el texto de la escritura se prepare y grabe en la computadora con anterioridad al acto y que se lo guarde hasta que, ya volcada al protocolo, se la lee a las partes y se la firma. En este caso declara cuando él preparó el texto de la escritura tenía conocimiento de que el pago (sic.) no se efectuaría en su presencia y no le consta si el pago se había efectuado con anterioridad.

No alcanza a explicarse de qué modo podía el escribano saber de antemano que el "pagó" no se efectuaría en su presencia siendo que, según lo que se nos pretende hacer creer, el prestamista concurrió a la escribanía con el dinero. Menos creíble es, todavía, que el escribano afirme que no le consta que el dinero del préstamo le fuese entregado a Ajami en dependencias de la escribanía, antes de firmarse la escritura. ¿No le consta? No lo sabe? O no es verdad? Es virtualmente inconcebible que las partes hayan ocupado subrepticamente dependencias de la escribanía sin conocimiento del escribano quien, momentos más tarde seguramente, convocaba a las partes a la lectura y firma de la escritura.

i) El perito contador que presenta su informe a fs. 337/339 hace saber que no existen constancias del ingreso de u\$s120.000 en el giro comercial de Mil Telas SA entre los meses de noviembre y diciembre de 1995 por cuanto el libro Subsidiario Caja-Bancos "no contiene registración contable por estos montos, constatando que las registraciones contables finalizan el 30 de noviembre de 1995". La información pericial coincide con lo afirmado por el síndico de Mil Telas SA en su absolución de posiciones de fs. 171, en el sentido de que la última registración contable de dicha empresa data de aquella fecha 30 de noviembre y que de las registraciones contables de la sociedad no consta que Ajami le hubiese prestado dinero alguno entre octubre y diciembre de 1995.

j) Detengamos ahora nuestra atención en la operación de arbitraje realizada a través del Banco Mercurio y de la cual surgiría que el señor León j. Rodríguez como presidente de Pommel SA y a su orden retiró el 29 de noviembre de 1995 la cantidad de dólares billete con referencia al "préstamo financiero con garantía hipotecaria". El Banco Mercurio informa que los fondos fueron retirados por Rodríguez, quien acreditó su calidad de presidente de la sociedad.

Por de pronto las constancias del ingreso de las divisas y el egreso de los billetes -que documenta el instrumento de fs. 66- no hallan respaldo circunstanciado en las constancias del Libro Diario del Banco. Si bien la mencionada entidad informa que todas las operaciones quedan registradas en el mencionado libro, agrega que "las mismas no son transcriptas en forma individual, sino totalizadas por rubro". De tal suerte, el documento de fs. 66 no es fehaciente por carecer de adecuado respaldo registral. Pero más allá de ello y aun poniéndonos en la hipótesis de que la transferencia existió y que los dólares billetes fueron retirados por Rodríguez, esto no alcanza a probar el mutuo como tal, habida cuenta de la cantidad de indicios que he reseñado, en sentido contrario.

k) A todo lo expuesto se agrega una circunstancia que no deja de sorprender. El inmueble de calle..., hipotecado por Ajami, es la residencia de su hogar y el de su familia (ver lo informado por el Oficial de Justicia en ocasión de diligenciarse el mandamiento de constatación obrante a fs 126 vta de los autos "Textil Colonia S.A. C. Ajami Victor Israel s/ejecutivo"). El préstamo de U\$S 120.000 debía ser devuelto en un plazo de 4 años a contar de la fecha de escrituración- esto es desde el 30 de noviembre de 1995- con más un interés convenido del 10% anula, pagadero por bimestres venidos. Se pactó como es de estilo, que la falta de pago en término del capital y/o los intereses a sus respectivos vencimientos, autorizaría a la acreedora a solicitar el pago total de la

deuda e intereses como si la obligación fuese de plazo vencido, devengando además un interés punitivo del 0,10 % diario (cláusula primera y segunda de la escritura del mutuo con garantía hipotecaria, glosada a fs 13/19 de los autos “Pommel S.A. c. Ajan Victor Israel s/ ejecución hipotecaria).

Y bien. La ejecución se inició casi dos años más tarde en agosto de 1997. Ajami no había realizado ni un solo pago siquiera con destino a la amortización de intereses. Es una muestra de incuria que no condice con la diligencia esperable de auténticos inversores que, de existir, seguramente deberían haber intentado desde mucho antes obtener la recuperación de su inversión, aunque lo fuere mediante tratativas extrajudiciales, o, por lo menos, una cancelación siquiera parcial del mutuo o una renegociación de sus términos.

6. Realizado el recorrido por la prueba obrante en autos llego a la convicción de que existen abundantes presunciones, graves, precisas y concordantes (conf . art. 163, inciso 5 C.C.);el sentido de que el negocio mutuo con garantía hipotecaria fue realizado para constituir simuladamente un acreedor privilegiado que sustrajera el inmueble a la prenda común de los acreedores del aparente mutuario, concomitantemente con el concurso preventivo y la posterior quiebra de la sociedad Mil Telas SA de la cual era su vicepresidente. Se trata de presunciones que atañen a la inejecución del negocio aparente mediante la gestación de un préstamo por una sociedad extranjera con fondos cuyo origen y justificación no están sujetos a previo contralor fiscal en nuestro país.

No existe prueba alguna de la entrega del dinero del mutuo. Las explicaciones que se han pretendido dar carecen de credibilidad: el propio escribano autorizante de la escritura pública del mutuo con garantía hipotecaria incurre en imprecisiones y contradicciones impropias de quien está investido de facultades fedatarias. Las circunstancias en las que se pretende hacer aparecer la entrega del dinero prestado son insólitas: en una dependencia de la escribanía, como a hurtadillas, no obstante que ese mismo día y en ese mismo lugar se autorizaría la escritura en presencia del escribano. Ha quedado demostrada la mendacidad del testigo L. que dijo haber contactado a Ajami con un colega de la República Oriental del Uruguay, el contador D., que según él convoca a grupos de inversores para efectuar préstamos en distintas partes del mundo. Curiosamente, preguntado éste por dicha circunstancia contestó que no sabía de qué se estaba hablando y-contrario a lo afirmado por L.- señaló que la sociedad Pommel SA le fue pedida por el estudio L.-L. De Buenos Aires.

7. Es por todo lo expuesto que considero que, en ase a las referidas presunciones, nos hallamos ante un acto absolutamente simulado en los términos del art. 959 del Cód. Civil, cuya anulabilidad deviene de lo dispuesto en el art. 1046. Propongo, en consecuencia, se revoque íntegramente la sentencia apelada y se declare nulo y sin valor alguno el contrato de mutuo y la constitución de la hipoteca que grava el inmueble de calle..., de propiedad del codemandado Víctor Israel Ajami, imponiéndose las costas de ambas instancias a los demandados, vencidos (art. G8, C.P.C.).

8. Propongo, además, se llame la atención al Juzgado interviniente (art. 132, 1º párr., Reglamento para la Justicia Nacional en lo Civil) por las razones expuestas en el punto 2 de este voto.

9. Habida cuenta que de la declaración prestada por el testigo G. E. L. a fs. 3261331 podría desprenderse la comisión del delito de falso testimonio previsto por el art. 275 del Cód. Penal, propongo que, por imperativo legal y por tratarse de un delito de acción pública, la sentencia ordene elevar al Magistrado competente del fuero penal copia certificada de esa declaración y de este pronunciamiento a los fines de la investigación que estime corresponder.

Por análogas razones a las aducidas por el vocal preopinante, la doctora Highton de

Nolasco votó en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

El doctor Posse Saguier dijo:

Adhiero al preciso y prolijo voto del Dr. Zanoni.

Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede: I) Se revoca íntegramente la sentencia apelada y se declara nulo y sin valor el contrato de mutuo y la constitución de la hipoteca que grava el inmueble de la calle..., de propiedad del codemandado Victor Israel Ajami. II) Las costas de ambas instancias se imponen a los demandados. III) Se llama la atención al Juzgado interviniente (art. 132 1 párr. Reglamento para la Justicia Nacional en lo Civil) por las razones expuestas en el punto 2 de este voto.

IV) Habida cuenta de que la declaración prestada por el testigo G.E.L. a fs 326/331 podría desprenderse la comisión del delito de falso testimonio previsto por el art. 275 del Cód Penal, se dispone, por imperativo legal y por tratarse de un delito de acción pública, elevar al Magistrado. - Eduardo A. Zannoni. - Elena .L Highton de Nolasco. - Fernando Posse Saguier.

EL PROBLEMA DE LA PRESCRIPCION DE LA NULIDAD ABSOLUTA, INVOCADA COMO ACCION O COMO EXCEPCION.-

Conferencia preparatoria de las VIas Jornadas de Derecho Civil, Instituto de Derecho civil de la Universidad del Salvador.-

I

El tema relativo a la Parte General del Derecho civil, elegido para tratar en las Sextas Jornadas, es este de "La prescripción de la nulidad absoluta, invocada como acción o como excepción".

Ha despertado este problema considerable interés: frente a la doctrina y jurisprudencia tradicionales, que habían establecido el carecer irrenunciable de la acción tendiente a la declaración de una nulidad absoluta, se alza la reforma de 1968, estableciendo un plazo de diez años para la prescripción de la misma, en el art. 4023.

Ante las críticas que esta inesperada modificación suscitara, por la ley de erratas nº 17.940 se substituye la prescripción decenal de las acciones por nulidad absoluta o relativa, por la de igual término para los actos nulos o anulables.

El debate se prolonga, a pesar de la enmienda, porque la clasificación de los actos jurídicos viciados en nulos y anulables, no es correlativa de aquella que, teniendo en cuenta la intensidad del vicio, separa las nulidades absolutas de las relativas. Por esta razón, porque hay actos nulos cuya nulidad puede ser absoluta en algunos supuestos, y en otros relativa, y ocurriendo lo mismo en materia de actos anulables, la polémica quedó abierta.

Debemos, nuevamente, interpretar la ley. Para ello, es menester primero considerar la cuestión tal como se planteaba antes de reformarse el Código Civil.

II

El primer problema que aparece en el texto del Código, surge de la redacción aparentemente taxativa del art. 4019. En él, establece Vélez como regla general que "*todas las acciones son prescriptibles*", con excepción de las que enumera en los seis incisos siguientes, en los cuales no se mencionan aquellas tendientes a obtener una declaración de nulidad.

La interpretación literal de esta regla lleva necesariamente a concluir que es de carácter taxativo, y que en consecuencia, las acciones de nulidad no escapan a la regla general y puede oponérseles la prescripción.

Se ha señalado, sin embargo, que por cuanto el legislador omitió incluir en el artículo supuestos notorios de imprescriptibilidad, la enumeración es solamente enunciativa. Como ejemplos se suelen destacar. La acción de reivindicación de las cosas que están en el comercio; la acción del fallecido presunto que reaparece, para demandar la posesión de sus bienes contra quienes tienen la posesión definitiva; la acción de deslinde por confusión de límites; y, finalmente, aquella que tiene por objeto la declaración de una nulidad absoluta.

Aceptado que el principio establecido en el art. 4019 - cuyo texto quedó sin modificar por la ley 17.711 - no es absoluto, se plantea un segundo problema: desde que la ley nada indica, ¿cuál es el criterio que debe utilizarse para distinguir las acciones imprescriptibles de las que no lo son?

La doctrina señala que el carácter imprescriptible debe resultar de la naturaleza de la acción. Si esta no puede ser materia de renuncia, si el titular no tiene la libre disposición del derecho correspondiente, la acción no puede extinguirse por el transcurso del tiempo.

En materia de renuncia, el Código, en los artículos 19 y 872 establece que son irrenunciables los derechos "*concedidos, menos en el interés particular de las personas que en mira del orden público*". Concordantemente, el art. 1047, en su parte final, establece que las nulidades absolutas no pueden ser confirmadas, o seas, que la persona afectada por el vicio no es libre de borrar sus efectos.

Desde que la acción es irrenunciable, ni puede ser subsanada la nulidad por un acto confirmatorio, tampoco es posible que lo sea por un no hacer, equivalente una confirmación tácita. Si así fuera, resultaría que la tutela del orden público y la moral, que tiene en mira la nulidad absoluta, quedaría sujeta a la voluntad y conveniencia de los particulares, a su facultad de abstenerse de iniciar la acción.

Sin embargo, vemos que el legislador ha querido evitar, por todos los medios, que la declaración de la nulidad absoluta pueda ser provocada únicamente por quien resulta damnificado por el acto. El art. 1047 dice que "*La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte*"; y que "*puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba*"; como asimismo que "*puede también pedirse su declaración por el Ministerio Público, en el interés de la moral o de la ley*".

Esta amplitud en cuanto a los titulares de la acción; la posibilidad de que la intente el Ministerio Público, y más aún, la obligación puesta a cargo del juez de declarar la nulidad cuando aparece manifiesta en el acto, resultan incompatibles con toda prescripción.

Debe tenerse en cuenta además, que si la nulidad absoluta tutela el orden público y la moral, esos principios cuya integridad resguarda perduran indefinidamente, y en consecuencia, la convalidación del acto que los ataca estará permanentemente en pugna contra ellos.

Por eso es que la Corte Suprema ha dicho que "*lo inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas esenciales, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original*".

Esta resolución de la Corte, inconvencible en sus fundamentos, ha orientado toda la jurisprudencia posterior, en un todo concordante.

También recurriendo a las fuentes del Código se llega a idéntica conclusión. En el art. 809 del Esboco, Freitas establece que las nulidades absolutas no son susceptibles de ser subsanadas por confirmación, ni tampoco por prescripción. La doctrina francesa sostiene, asimismo, la imprescriptibilidad.

En cuanto a los proyectos de reforma del código, tanto en el Babiloni, como el de la Comisión Reformadora de 1936 y el Anteproyecto de Llambías de 1954, declaran que esta acción no prescribe.

Todo lo contrario se sostiene respecto de la nulidad relativa: por ser confirmable, estando instituida solamente como protección del interés particular, no pudiendo declararla el juez de oficio, y excluidos el Ministerio Público y los terceros de la posibilidad de invocarla, es evidente que esta acción se prescribe.

III

En este estado de la cuestión, se reforma el art. 4023 del código, agregándole un nuevo párrafo estableciendo que *"Igual plazo - el de diez años previsto en general para las acciones personales - regirá para interponer la acción de nulidad, sea absoluta o relativa, si no estuviere previsto un plazo menor"*

Este ataque frontal en materia tan pacíficamente resuelta, mereció de inmediato aguda crítica. Fue Llambías quien señaló que *"La innovación ahora introducida, pone a la ley en contradicción consigo misma. Por un lado impide la confirmación del acto ..., pero no se opone a la confirmación tácita que practique el titular de la acción ... La ley resulta impidiendo la curación instantánea del acto por la confirmación, pero acepta una cura de reposo y ella misma la provee mediante el remedio legal de la prescripción"*.

Otra grave objeción opuesta por Llambías a la prescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta, surge de la consideración del régimen matrimonial. Nuestra sensibilidad jurídica se estremece de solo pensar en las consecuencias que podría tener la prescripción en esta materia. La bigamia se legalizaría, y hasta la poligamia podría ser bien vista, cuando la ley la cubriera por la prescripción decenal de los sucesivos matrimonios celebrados con impedimento de ligamen.

Desde ya, no escapa a nuestra atención que las nulidades matrimoniales tienen su régimen propio, aunque prestigiosa doctrina y jurisprudencia hayan sostenido lo contrario. Pero aun para quien acepta la posición mayoritaria en materia, cabría señalar la incongruencia que surge: la acción no prescribe si la nulidad absoluta es de orden matrimonial, pero prescribiría en cualquier otro caso.

No es aceptable esta conclusión. El régimen matrimonial tiene su propio y especial sistema de nulidades, pero este solamente puede consistir en la adecuación al matrimonio de los principios generales, comunes a todas las nulidades absolutas. No caben dos especies distintas de nulidad absoluta; puesto que se trata de la máxima sanción establecida en la ley civil, sus efectos deben ser uniformes en todos los casos.

La prescripción establecida resulta estar, además, en pugna con los nobles ideales expresados en la Exposición de Motivos de la Comisión Redactora de la reforma del código.

Si - como ella dice - gravitó fundamentalmente para la elección del sistema de reforma parcial, *"el innegable progreso que en la vida jurídica del país ha significado la evolución de la jurisprudencia civil, que como beneficioso resultado de la encomiable labor de una prestigiosa magistratura, ha impuesto en la interpretación de*

la ley un criterio funcional en mira de las buenas soluciones", quedaban los jueces desautorizados en este aspecto de la nulidad absoluta.

Si no se quiso perder *"el importante esfuerzo de los tratadistas y autores, que han cumplido en la elaboración de las normas doctrinarias una tarea cultural de alto nivel, que honra al país"* - según enuncia la Comisión - se estaba dilapidando este esfuerzo, al contradecir abiertamente sus conclusiones en la materia que tratamos.

Si, finalmente, *"en la orientación general de la reforma, se ha acentuado el predominio de la regla moral como fundamental norma de conducta"*, se estaba derogando esa misma norma, al convertirse en irreprochable lo que es inmoral, por el transcurso del plazo de prescripción. Resulta evidentemente incompatible la tutela legal del orden público y la moral, instituida en los arts. 21 y 953 del Código, fuentes de admirable jurisprudencia, con la existencia de una prescripción liberatoria que permita excepcionarse de dicha tutela.

La reforma aparecía, pues, contradiciendo sus más caros ideales: la rectificación era imperiosa.

IV

Llegamos así a la sanción de la ley 17.940, complementaria de la ley 17.711, cuyo mensaje de elevación deja constancia - para la mayoría de sus disposiciones - que se trata de corregir simples erratas, mencionando, entre otras, la del art. 4023.

Resolver si se trató de una verdadera errata o de una reforma llevaría a una discusión estéril. Lo positivo está en el hecho mismo de la modificación, quedando redactada la segunda parte del artículo 4023 en el sentido que: *"Igual plazo - diez años - regirá para interponer la acción de nulidad, trátense de actos nulos o anulables, si no estuviere previsto un plazo menor"*.

El legislador ha dejado subsistente la prescripción decenal, pero mencionando en la norma categorías que corresponden a otro criterio de clasificación de las nulidades. Aparentemente, para quienes habían seguido las alternativas de la cuestión, el problema estaba resuelto: suprimida la mención de la nulidad absoluta, por lógica consecuencia la acción debía ser imprescriptible.

Pero la interpretación no iba a resultar tan sencilla. Ocurre que la división de los actos en nulos o anulables abarca todo el campo de las nulidades, sean estas de carácter absoluto o relativo. La errata, tomada literalmente, no permite deducir la naturaleza imprescriptible de la acción, sino todo lo contrario.

Muy distinta hubiera sido la cuestión, de haberse adoptado el texto que propiciaba Llambías: suprimir, simplemente, la referencia a las nulidades absolutas, para que la redacción del artículo quedara perfecta.

No habiéndose adoptado este criterio, la discusión queda abierta. Así, Buteler Cáceres entiende que con la ley actual todas las acciones prescriben. Por lo contrario, la mayoría de la doctrina, Llambías, Borda y Mosset Iturraspe - entre otros - sostiene que se ha vuelto al sistema del Código Civil, en la situación anterior a la ley 17711.

La verdad es que la interpretación se ha vuelto más difícil. En el Código de Vélez, superada la dificultad que planteaba el art. 4019, no había un texto expreso que estableciera un término de prescripción. Ahora, en cambio, sí lo hay, y para encontrar su significado habrá que recurrir al espíritu de la ley, a la intención del legislador, a la interpretación sistemática según el contexto y a los principios generales del derecho, para elaborar - una vez más - la auténtica solución.

Cabe considerar cuál fue la razón por la que se incluyó en la ley 17711 este plazo de prescripción. La señala Borda en sus artículos sobre la reforma: no existía un

término general de prescripción para las acciones de nulidad, estando únicamente fijado el de dos años para los defectos mencionados en los arts. 4030 y 4031. La jurisprudencia así lo señalaba, estableciendo que no podían incluirse en ese plazo de dos años más defectos que los enumerados, no siendo válida la analogía, y en consecuencia, debía aplicarse el de diez años del art. 4023, plazo general para todas las acciones personales. Pero quedaba bien en claro que se trataba, en todos los casos, de nulidades relativas. A las nulidades absolutas siempre se las declaró insubsanables por prescripción, e inaplicable, por ende, el plazo de diez años.

Si la intención del legislador, al introducir el nuevo párrafo en el art. 4023, por la ley 17711, era fijar un plazo general de prescripción para las acciones de nulidad relativa, es claro que debía suprimirse la mención de las nulidades absolutas, al sancionarse la ley de erratas.

Pese a no haberse adoptado ese camino, es evidente, de todos modos, que la substitución de un criterio clasificatorio por otro totalmente heterogéneo, debe tener algún significado, pues de otra forma no habría habido errata alguna que corregir. Y ese significado sólo aparece si aceptamos que el art. 4023 se refiere, únicamente, a las acciones por nulidad relativa. Sólo así la reforma es compatible con sus propios fundamentos.

Si se analiza el contexto de la ley haciendo una interpretación sistemática de sus normas, tal como lo hizo la doctrina sobre los textos del Código de Vélez, no puede llegarse, como ya hemos visto, a otra conclusión.

Y finalmente, recurriendo a los principios generales del derecho, se encontrará que la prescripción de esta acción es un contrasentido, que choca con la moral y el orden público; que por su naturaleza, en suma, es imprescriptible.

Sin embargo, los argumentos de la tesis contraria tienen cierto asidero, si se interpreta el art. 4019 como taxativo, y si al 4023 actual se le aplica la máxima *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, claro que dejando de lado el espíritu y el sistema de la ley, la voluntad del legislador y los principios generales del derecho.

¿Por qué, entonces, se propugna la prescriptibilidad? De acuerdo con quienes sostienen esta tesis, su fin es la protección de la seguridad jurídica, contra la cual atenta la imprescriptibilidad de las acciones. Su fundamento estaría en el orden público mismo, desde que la prescripción es una institución establecida en función de ese orden.

Parece, sin embargo, equivocada la idea misma de seguridad jurídica que se invoca. La verdadera seguridad está en la defensa del orden moral y social, en la fulminación de lo ilícito, y en la protección exclusiva de quien es ajeno a la nulidad, sea porque es tercero de buena fe, o bien un damnificado inocente.

La seguridad jurídica nunca se conseguirá permitiendo que un acto jurídico viciado de nulidad absoluta alcance sus efectos propios al cabo de diez años. Únicamente por usucapión, en base a una posesión continuada de veinte años, y no con fundamento en el acto de nulidad absoluta antecedente, puede una persona de mala fe adquirir un derecho de propiedad. Pero su título derivará de la posesión, no del acto viciado. O sea que la ley protege la posesión continuada, y no la nulidad absoluta, y allí está la verdadera seguridad jurídica.

La tesis de la prescriptibilidad carece de fundamento válido. Debe ser desechada, y afirmarse categóricamente la imprescriptibilidad de la acción tendiente a obtener una declaración de nulidad absoluta, agregando a tal efecto un nuevo inciso al texto del art. 4019.

Queda por considerar la nulidad absoluta opuesta como excepción, y si esta defensa puede prescribir. Desde ya que, habiendo sostenido que la acción no prescribe, va de suyo que mantenemos igual tesis respecto de la excepción.

La ley 17711, aceptando las conclusiones de la doctrina y jurisprudencia, sancionó el art. 1058 bis, que permite oponer la nulidad - sea absoluta o relativa - tanto por vía de acción como a título de excepción. Se evita de esta forma la necesidad de reconvenir.

La doctrina establece que esta excepción es perentoria, correspondiendo incluirla como una defensa de falta de acción, desde que afecta el derecho invocado por el actor, por cuya razón debe oponerse al contestar la demanda y resolverse en la sentencia definitiva.

La excepción es, de esta forma, una defensa oponible al progreso de la acción intentada por quien pretende el cumplimiento del acto viciado de nulidad absoluta.

En consecuencia, sólo puede prescribir cuando por idéntica causa se ha extinguido la acción para obtener la declaración de nulidad. Si la acción es imprescriptible, la excepción también lo es, porque dicha excepción es el mismo derecho que se defiende, y sólo se diferencia de la acción por la distinta posición procesal del titular, que no afecta al fondo de la cuestión.

La doctrina posterior a las reformas es concordante en el sentido de la imprescriptibilidad, existiendo discrepancias únicamente en el caso de las nulidades relativas. Siendo pacífica la solución, no cabe propiciar modificación alguna del texto legal en el caso de la excepción.

Queda entonces, a título de conclusión, la necesidad de incluir en el texto del art. 4019 la acción para obtener la declaración de una nulidad absoluta, con el carácter de imprescriptible.

EL PROBLEMA DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA NULIDAD ABSOLUTA, INVOCADA COMO ACCIÓN O COMO EXCEPCIÓN.-

Conferencia preparatoria de las VIas Jornadas de Derecho Civil, Instituto de Derecho civil de la Universidad del Salvador.-

I

El tema relativo a la Parte General del Derecho civil, elegido para tratar en las Sextas Jornadas, es este de "La prescripción de la nulidad absoluta, invocada como acción o como excepción".

Ha despertado este problema considerable interés: frente a la doctrina y jurisprudencia tradicionales, que habían establecido el carecer irrenunciable de la acción tendiente a la declaración de una nulidad absoluta, se alza la reforma de 1968, estableciendo un plazo de diez años para la prescripción de la misma, en el art. 4023.

Ante las críticas que esta inesperada modificación suscitara, por la ley de erratas nº 17.940 se substituye la prescripción decenal de las acciones por nulidad absoluta o relativa, por la de igual término para los actos nulos o anulables.

El debate se prolonga, a pesar de la enmienda, porque la clasificación de los actos jurídicos viciados en nulos y anulables, no es correlativa de aquella que, teniendo en cuenta la intensidad del vicio, separa las nulidades absolutas de las relativas. Por esta razón, porque hay actos nulos cuya nulidad puede ser absoluta en algunos supuestos, y

en otros relativa, y ocurriendo lo mismo en materia de actos anulables, la polémica quedó abierta.

Debemos, nuevamente, interpretar la ley. Para ello, es menester primero considerar la cuestión tal como se planteaba antes de reformarse el Código Civil.

II

El primer problema que aparece en el texto del Código, surge de la redacción aparentemente taxativa del art. 4019. En él, establece Vélez como regla general que *"todas las acciones son prescriptibles"*, con excepción de las que enumera en los seis incisos siguientes, en los cuales no se mencionan aquellas tendientes a obtener una declaración de nulidad.

La interpretación literal de esta regla lleva necesariamente a concluir que es de carácter taxativo, y que en consecuencia, las acciones de nulidad no escapan a la regla general y puede oponérseles la prescripción.

Se ha señalado, sin embargo, que por cuanto el legislador omitió incluir en el artículo supuestos notorios de imprescriptibilidad, la enumeración es solamente enunciativa. Como ejemplos se suelen destacar. La acción de reivindicación de las cosas que están en el comercio; la acción del fallecido presunto que reaparece, para demandar la posesión de sus bienes contra quienes tienen la posesión definitiva; la acción de deslinde por confusión de límites; y, finalmente, aquella que tiene por objeto la declaración de una nulidad absoluta.

Aceptado que el principio establecido en el art. 4019 - cuyo texto quedó sin modificar por la ley 17.711 - no es absoluto, se plantea un segundo problema: desde que la ley nada indica, ¿cuál es el criterio que debe utilizarse para distinguir las acciones imprescriptibles de las que no lo son?

La doctrina señala que el carácter imprescriptible debe resultar de la naturaleza de la acción. Si esta no puede ser materia de renuncia, si el titular no tiene la libre disposición del derecho correspondiente, la acción no puede extinguirse por el transcurso del tiempo.

En materia de renuncia, el Código, en los artículos 19 y 872 establece que son irrenunciables los derechos *"concedidos, menos en el interés particular de las personas que en mira del orden público"*. Concordantemente, el art. 1047, en su parte final, establece que las nulidades absolutas no pueden ser confirmadas, o seas, que la persona afectada por el vicio no es libre de borrar sus efectos.

Desde que la acción es irrenunciable, ni puede ser subsanada la nulidad por un acto confirmatorio, tampoco es posible que lo sea por un no hacer, equivalente una confirmación tácita. Si así fuera, resultaría que la tutela del orden público y la moral, que tiene en mira la nulidad absoluta, quedaría sujeta a la voluntad y conveniencia de los particulares, a su facultad de abstenerse de iniciar la acción.

Sin embargo, vemos que el legislador ha querido evitar, por todos los medios, que la declaración de la nulidad absoluta pueda ser provocada únicamente por quien resulta damnificado por el acto. El art. 1047 dice que *"La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte"*; y que *"puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba"*; como asimismo que *"puede también pedirse su declaración por el Ministerio Público, en el interés de la moral o de la ley"*.

Esta amplitud en cuanto a los titulares de la acción; la posibilidad de que la intente el Ministerio Público, y más aún, la obligación puesta a cargo del juez de

declarar la nulidad cuando aparece manifiesta en el acto, resultan incompatibles con toda prescripción.

Debe tenerse en cuenta además, que si la nulidad absoluta tutela el orden público y la moral, esos principios cuya integridad resguarda perduran indefinidamente, y en consecuencia, la convalidación del acto que los ataca estará permanentemente en pugna contra ellos.

Por eso es que la Corte Suprema ha dicho que *"lo inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas esenciales, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original"*.

Esta resolución de la Corte, inmovible en sus fundamentos, ha orientado toda la jurisprudencia posterior, en un todo concordante.

También recurriendo a las fuentes del Código se llega a idéntica conclusión. En el art. 809 del Esboco, Freitas establece que las nulidades absolutas no son susceptibles de ser subsanadas por confirmación, ni tampoco por prescripción. La doctrina francesa sostiene, asimismo, la imprescriptibilidad.

En cuanto a los proyectos de reforma del código, tanto en el Babiloni, como el de la Comisión Reformadora de 1936 y el Anteproyecto de Llambías de 1954, declaran que esta acción no prescribe.

Todo lo contrario se sostiene respecto de la nulidad relativa: por ser confirmable, estando instituida solamente como protección del interés particular, no pudiendo declararla el juez de oficio, y excluidos el Ministerio Público y los terceros de la posibilidad de invocarla, es evidente que esta acción se prescribe.

III

En este estado de la cuestión, se reforma el art. 4023 del código, agregándole un nuevo párrafo estableciendo que *"Igual plazo - el de diez años previsto en general para las acciones personales - regirá para interponer la acción de nulidad, sea absoluta o relativa, si no estuviere previsto un plazo menor"*

Este ataque frontal en materia tan pacíficamente resuelta, mereció de inmediato aguda crítica. Fue Llambías quien señaló que *"La innovación ahora introducida, pone a la ley en contradicción consigo misma. Por un lado impide la confirmación del acto ..., pero no se opone a la confirmación tácita que practique el titular de la acción ... La ley resulta impidiendo la curación instantánea del acto por la confirmación, pero acepta una cura de reposo y ella misma la provee mediante el remedio legal de la prescripción"*.

Otra grave objeción opuesta por Llambías a la prescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta, surge de la consideración del régimen matrimonial. Nuestra sensibilidad jurídica se estremece de solo pensar en las consecuencias que podría tener la prescripción en esta materia. La bigamia se legalizaría, y hasta la poligamia podría ser bien vista, cuando la ley la cubriera por la prescripción decenal de los sucesivos matrimonios celebrados con impedimento de ligamen.

Desde ya, no escapa a nuestra atención que las nulidades matrimoniales tienen su régimen propio, aunque prestigiosa doctrina y jurisprudencia hayan sostenido lo contrario. Pero aun para quien acepta la posición mayoritaria en materia, cabría señalar

la incongruencia que surge: la acción no prescribe si la nulidad absoluta es de orden matrimonial, pero prescribiría en cualquier otro caso.

No es aceptable esta conclusión. El régimen matrimonial tiene su propio y especial sistema de nulidades, pero este solamente puede consistir en la adecuación al matrimonio de los principios generales, comunes a todas las nulidades absolutas. No caben dos especies distintas de nulidad absoluta; puesto que se trata de la máxima sanción establecida en la ley civil, sus efectos deben ser uniformes en todos los casos.

La prescripción establecida resulta estar, además, en pugna con los nobles ideales expresados en la Exposición de Motivos de la Comisión Redactora de la reforma del código.

Si - como ella dice - gravitó fundamentalmente para la elección del sistema de reforma parcial, *"el innegable progreso que en la vida jurídica del país ha significado la evolución de la jurisprudencia civil, que como beneficioso resultado de la encomiable labor de una prestigiosa magistratura, ha impuesto en la interpretación de la ley un criterio funcional en mira de las buenas soluciones"*, quedaban los jueces desautorizados en este aspecto de la nulidad absoluta.

Si no se quiso perder *"el importante esfuerzo de los tratadistas y autores, que han cumplido en la elaboración de las normas doctrinarias una tarea cultural de alto nivel, que honra al país"* - según enuncia la Comisión - se estaba dilapidando este esfuerzo, al contradecir abiertamente sus conclusiones en la materia que tratamos.

Si, finalmente, *"en la orientación general de la reforma, se ha acentuado el predominio de la regla moral como fundamental norma de conducta"*, se estaba derogando esa misma norma, al convertirse en irreprochable lo que es inmoral, por el transcurso del plazo de prescripción. Resulta evidentemente incompatible la tutela legal del orden público y la moral, instituida en los arts. 21 y 953 del Código, fuentes de admirable jurisprudencia, con la existencia de una prescripción liberatoria que permita excepcionarse de dicha tutela.

La reforma aparecía, pues, contradiciendo sus más caros ideales: la rectificación era imperiosa.

IV

Llegamos así a la sanción de la ley 17.940, complementaria de la ley 17.711, cuyo mensaje de elevación deja constancia - para la mayoría de sus disposiciones - que se trata de corregir simples erratas, mencionando, entre otras, la del art. 4023.

Resolver si se trató de una verdadera errata o de una reforma llevaría a una discusión estéril. Lo positivo está en el hecho mismo de la modificación, quedando redactada la segunda parte del artículo 4023 en el sentido que: *"Igual plazo - diez años - regirá para interponer la acción de nulidad, trátense de actos nulos o anulables, si no estuviere previsto un plazo menor"*.

El legislador ha dejado subsistente la prescripción decenal, pero mencionando en la norma categorías que corresponden a otro criterio de clasificación de las nulidades. Aparentemente, para quienes habían seguido las alternativas de la cuestión, el problema estaba resuelto: suprimida la mención de la nulidad absoluta, por lógica consecuencia la acción debía ser imprescriptible.

Pero la interpretación no iba a resultar tan sencilla. Ocurre que la división de los actos en nulos o anulables abarca todo el campo de las nulidades, sean estas de carácter absoluto o relativo. La errata, tomada literalmente, no permite deducir la naturaleza imprescriptible de la acción, sino todo lo contrario.

Muy distinta hubiera sido la cuestión, de haberse adoptado el texto que propiciaba Llambías: suprimir, simplemente, la referencia a las nulidades absolutas, para que la redacción del artículo quedara perfecta.

No habiéndose adoptado este criterio, la discusión queda abierta. Así, Buteler Cáceres entiende que con la ley actual todas las acciones prescriben. Por lo contrario, la mayoría de la doctrina, Llambías, Borda y Mosset Iturraspe - entre otros - sostiene que se ha vuelto al sistema del Código Civil, en la situación anterior a la ley 17711.

La verdad es que la interpretación se ha vuelto más difícil. En el Código de Vélez, superada la dificultad que planteaba el art. 4019, no había un texto expreso que estableciera un término de prescripción. Ahora, en cambio, sí lo hay, y para encontrar su significado habrá que recurrir al espíritu de la ley, a la intención del legislador, a la interpretación sistemática según el contexto y a los principios generales del derecho, para elaborar - una vez más - la auténtica solución.

Cabe considerar cuál fue la razón por la que se incluyó en la ley 17711 este plazo de prescripción. La señala Borda en sus artículos sobre la reforma: no existía un término general de prescripción para las acciones de nulidad, estando únicamente fijado el de dos años para los defectos mencionados en los arts. 4030 y 4031. La jurisprudencia así lo señalaba, estableciendo que no podían incluirse en ese plazo de dos años más defectos que los enumerados, no siendo válida la analogía, y en consecuencia, debía aplicarse el de diez años del art. 4023, plazo general para todas las acciones personales. Pero quedaba bien en claro que se trataba, en todos los casos, de nulidades relativas. A las nulidades absolutas siempre se las declaró insubsanables por prescripción, e inaplicable, por ende, el plazo de diez años.

Si la intención del legislador, al introducir el nuevo párrafo en el art. 4023, por la ley 17711, era fijar un plazo general de prescripción para las acciones de nulidad relativa, es claro que debía suprimirse la mención de las nulidades absolutas, al sancionarse la ley de erratas.

Pese a no haberse adoptado ese camino, es evidente, de todos modos, que la substitución de un criterio clasificatorio por otro totalmente heterogéneo, debe tener algún significado, pues de otra forma no habría habido errata alguna que corregir. Y ese significado sólo aparece si aceptamos que el art. 4023 se refiere, únicamente, a las acciones por nulidad relativa. Sólo así la reforma es compatible con sus propios fundamentos.

Si se analiza el contexto de la ley haciendo una interpretación sistemática de sus normas, tal como lo hizo la doctrina sobre los textos del Código de Vélez, no puede llegarse, como ya hemos visto, a otra conclusión.

Y finalmente, recurriendo a los principios generales del derecho, se encontrará que la prescripción de esta acción es un contrasentido, que choca con la moral y el orden público; que por su naturaleza, en suma, es imprescriptible.

Sin embargo, los argumentos de la tesis contraria tienen cierto asidero, si se interpreta el art. 4019 como taxativo, y si al 4023 actual se le aplica la máxima *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, claro que dejando de lado el espíritu y el sistema de la ley, la voluntad del legislador y los principios generales del derecho.

¿Por qué, entonces, se propugna la prescriptibilidad? De acuerdo con quienes sostienen esta tesis, su fin es la protección de la seguridad jurídica, contra la cual atenta la imprescriptibilidad de las acciones. Su fundamento estaría en el orden público mismo, desde que la prescripción es una institución establecida en función de ese orden.

Parece, sin embargo, equivocada la idea misma de seguridad jurídica que se invoca. La verdadera seguridad está en la defensa del orden moral y social, en la

fulminación de lo ilícito, y en la protección exclusiva de quien es ajeno a la nulidad, sea porque es tercero de buena fe, o bien un damnificado inocente.

La seguridad jurídica nunca se conseguirá permitiendo que un acto jurídico viciado de nulidad absoluta alcance sus efectos propios al cabo de diez años. Únicamente por usucapión, en base a una posesión continuada de veinte años, y no con fundamento en el acto de nulidad absoluta antecedente, puede una persona de mala fe adquirir un derecho de propiedad. Pero su título derivará de la posesión, no del acto viciado. O sea que la ley protege la posesión continuada, y no la nulidad absoluta, y allí está la verdadera seguridad jurídica.

La tesis de la prescriptibilidad carece de fundamento válido. Debe ser desechada, y afirmarse categóricamente la imprescriptibilidad de la acción tendiente a obtener una declaración de nulidad absoluta, agregando a tal efecto un nuevo inciso al texto del art. 4019.

V

Queda por considerar la nulidad absoluta opuesta como excepción, y si esta defensa puede prescribir. Desde ya que, habiendo sostenido que la acción no prescribe, va de suyo que mantenemos igual tesis respecto de la excepción.

La ley 17711, aceptando las conclusiones de la doctrina y jurisprudencia, sancionó el art. 1058 bis, que permite oponer la nulidad - sea absoluta o relativa - tanto por vía de acción como a título de excepción. Se evita de esta forma la necesidad de reconvenir.

La doctrina establece que esta excepción es perentoria, correspondiendo incluirla como una defensa de falta de acción, desde que afecta el derecho invocado por el actor, por cuya razón debe oponerse al contestar la demanda y resolverse en la sentencia definitiva.

La excepción es, de esta forma, una defensa oponible al progreso de la acción intentada por quien pretende el cumplimiento del acto viciado de nulidad absoluta.

En consecuencia, sólo puede prescribir cuando por idéntica causa se ha extinguido la acción para obtener la declaración de nulidad. Si la acción es imprescriptible, la excepción también lo es, porque dicha excepción es el mismo derecho que se defiende, y sólo se diferencia de la acción por la distinta posición procesal del titular, que no afecta al fondo de la cuestión.

La doctrina posterior a las reformas es concordante en el sentido de la imprescriptibilidad, existiendo discrepancias únicamente en el caso de las nulidades relativas. Siendo pacífica la solución, no cabe propiciar modificación alguna del texto legal en el caso de la excepción.

Queda entonces, a título de conclusión, la necesidad de incluir en el texto del art. 4019 la acción para obtener la declaración de una nulidad absoluta, con el carácter de imprescriptible.