

Reivindicacion Simulacion Mandato Oculto

JURISPRUDENCIA

Reivindicación. Simulación. Mandato oculto

Se confirma la

sentencia que hizo lugar a la demanda por reivindicación y rechazó la reconvencción por cumplimiento contractual, por entender que no puede sostenerse -como alega la accionada reconviniente- la existencia del concierto de simulación y el otorgamiento de un mandato oculto para la adquisición de los inmuebles objeto de autos.

En la ciudad de Mercedes, a los 10 días del mes de octubre del año dos mil diecisiete, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Sala Segunda de la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Provincia de Buenos Aires, Dres. Tomás Martín Etchegaray, en su carácter de miembro permanente, y el Dr. Emilio Armando Ibarlucía quien como presidente de la Cámara subroga al Dr. Luis Tomás Marchió que se encontraba en uso de licencia cuando se sorteó la causa, conforme dispone el art. 4º del Acuerdo Extraordinario del 25-09-2008, publicado en B.O. pág. 12.609, con la presencia de la Secretaria actuante, se trajeron al despacho para dictar sentencia única los expedientes acumulados número 30.035 caratulado ?Fernández Pablo Josue María c/Supremo S.A. s/Reivindicación?, y número 30.304 caratulado ?Supremo S.A. c/Fernández Pablo Josue s/Daños y perjuicios-Incumplimiento contractual?.

La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones esenciales de acuerdo con los artículos 168 de la Constitución y 266 del Código de Procedimientos: 1ª) ¿Se ajusta a derecho la apelada sentencia de fs. 440/446vta., dictada en el primero, cuya copia obra a fs. 494/500vta. del segundo, en cuanto es materia de apelación y agravios? 2ª) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Tomás Martín Etchegaray y Emilio Armando Ibarlucía. VOTACIÓN

Al la primera cuestión planteada, el Sr. Juez Dr. Etchegaray dijo: I)- El trámite del recurso. Contra la sentencia única de fs. 440/446vta., dictada el 18 de noviembre de 2016 en los autos ?Fernández c/Supremo SA s/Reivindicación?, que rechazó la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada e hizo lugar a la demanda por reivindicación articulada por Pablo Josué María Fernández contra Supremo S.A. respecto de los inmuebles NC Circ. ..., parc. ...; Partida ..., matrícula nº ... del partido de Veinticinco de Mayo, y Circ. ..., parc. ...; Partida ..., matrícula nº ... del partido de Veinticinco de Mayo

y en consecuencia condenó al demandado a restituirlos dentro de 10 días bajo apercibimiento de lanzarlo por la fuerza pública, con costas; rechazó la reconvencción por cumplimiento de contrato, con costas; y respecto de los autos ?Supremo SA c/Fernández s/Daños y perjuicios-Incumplimiento contractual?, rechazó la demanda por cumplimiento de contrato de mandato oculto y daños y perjuicios entablada por Supremo SA, con costas, apeló únicamente Supremo SA (fs. 453), recurso que se concedió libremente (fs. 454).

Llamado a expresar agravios (auto de presidencia de fs. 457 punto II), el recurrente lo hizo mediante el libelo de fs. 460/462. Que mereció la réplica de la parte contraria (fs. 464/470). Llamados ?autos para sentencia? (fs. 470, punto II), consentido, y estando ya practicado el pertinente sorteo (misma foja, vuelta), a fs. 471 se mandó que, con suspensión de plazos, se diera entrada y registro a la causa acumulada ?Supremo SA c/Fernández Pablo J.M. s/Daños y perjuicios - Incumplimiento contractual?. Cumplido (fs. 506), reanudados los plazos (auto de fs. 507, firme) quedó la causa en condiciones para ser votada (CPC 34 inc. 3º - c, y 263).

II)- La sentencia, en lo interesante al recurso, relacionó que en los autos ?Fernández c/Supremo s/Reivindicación?, Pablo Josué María Fernández demandó (fs. 103) por reivindicación a la empresa ?Supremo S.A.? respecto de dos fracciones de campo ubicadas en el partido de Veinticinco de Mayo catastralmente identificadas como NC Circ. ..., parc. ...; Partida ..., matrícula nº ... y Circ. XIII, parc. ...; Partida ..., matrícula nº ... Que dijo haberlas adquirido de Aidor Anselmo D´Amelio por boleto del 03-11-2005, que esos inmuebles formaban parte del acervo sucesorio de Miguel D´Amelio, que pagó parte del precio y se le entregó la posesión del predio, y que el saldo se abonaría al escriturar, lo que ocurrió el 30-12-2009. Que lo compró como inversión. Que como el inmueble linda con el complejo avícola ?Supremo SA?, empresa con la que estaba vinculado comercialmente, el presidente le propuso comprárselos para ampliar la granja. En esa oportunidad y dada la buena relación que tenían, al entreverse la posibilidad que al estar en condiciones de escriturar cedería el boleto, a mediados de 2006 permitió a la empresa ingresar al predio. Al tiempo terminó la buena relación que mantenía con Supremo SA, y pese a los reiterados reclamos de restitución de la posesión, la demandada nunca accedió. Hubo intercambio epistolar por medio de CDs.

Que Supremo SA contestó la demanda (fs. 120). Confirmó que tuvo relación de servicios con el actor, encuadrable como mandato oculto. Que en virtud de esa relación lo demandó por separado para que lo cumpla transfiriéndole la propiedad de los inmuebles que son objeto del presente. Que la compra que Fernández le hizo a D´Amelio lo fue como mandatario de Supremo SA, con instrucciones y dinero provistos por el mandante. El mandato no tuvo forma escrita, pero ofreció probarlo. Que Fernández, al desconocer la existencia del mandato y la verdadera propiedad del negocio, incurrió en aprovechamiento y abuso de confianza rayana en conducta criminal. Dice que hay una serie de indicios (¿de la simulación alegada?), vg. que Fernández nunca pagó los impuestos mientras duró la vinculación con su parte. Lo reconvino por acción de

mandato. Dice que encargó al actor el cumplimiento de un mandato, sin poder (sic), que eligió mantener oculto (¿le encargó la compra del inmueble?), mandato que cumplió (Fernández) firmando el boleto al mismo tiempo que Supremo SA tomaba la posesión de los inmuebles. Pero al momento de escriturar, no cumplió lo pactado pues escrituró a su nombre, intimó la restitución y ahora demanda por reivindicación. Dice que Fernández deberá transferirle los inmuebles, y rendirle cuentas de la operación. Por eventualidad para el caso que no progrese la reconvención, opuso excepción de falta de legitimación activa, para lo que alegó que Fernández no tuvo nunca la posesión de los inmuebles, no recibió la tradición por parte del vendedor, y por eso no resultó titular del dominio. El actor contestó la reconvención (fs. 139). Dijo que el mandato nunca existió, que él compró con dinero propio, que tenía capacidad económica para comprar porque obtuvo importantes ingresos en la actividad agropecuaria, además de su empleo en AFIP. Dijo que Supremo SA no explicó el motivo por el que habría acudido a la figura del ?mandato oculto? para comprar los inmuebles. Que la buena relación que mantenía con el presidente de Supremo SA se terminó cuando se negó a entregarle su parte de las cosechas 2007/2008. Que de los autos ?Supremo SA c/Fernández Pablo Josué María s/Daños y perjuicios-Incumplimiento contractual?, relacionó que Supremo SA demandó (fs. 17/31) (¿a Fernández?) por cumplimiento de contrato de mandato oculto y daños y perjuicios derivados de haber comprado a su nombre un inmueble (el ya individualizado en la relación del juicio de reivindicación acumulado) por la suma de \$ 100.000. Dijo que el demandado le prestó servicios como administrador de campos de su propiedad ubicados en 25 de Mayo, para lo que le extendió un poder especial en setiembre de 2004, y se lo revocó el 23-05-2008. Que dentro del marco de la representación que se le confiara, el demandado suscribió boleto de compraventa simulando adquirir para sí los derechos que en realidad adquirió para su mandante Supremo SA. Esa operación, que fue aprobada por el mandante según consta en su libro de actas, se realizó por la suma de U\$S 23.000. Que el mandante proveyó los fondos, posee el boleto, y desde el 31-11-2009 posee el predio. Que fue una simulación lícita. Que no se escrituró en la fecha pactada por no hallarse las actuaciones en estado (sic). Que dolosamente el demandado el 20-08-2009 lo intimó por CD a restituir el inmueble, la que contestó. Que la conducta del demandado le causó daños, como lucro cesante por la imposibilidad de seguir invirtiendo en un predio del que carece de certeza sobre su titularidad, y .por no poder usarlo plenamente. Que debe reponerse su patrimonio mediante la restitución del bien del que lo despojó u otorgarle una cantidad de dinero equivalente a su valor, que estima en \$ 100.000. Que Pablo Josue María Fernández contestó (fs. 62/77). Negó que hubiera existido el mandato oculto y que la actora le hubiera proveído de los fondos para comprar los inmuebles y reiteró los términos de su demanda. Consideró respecto del expediente sobre reivindicación, después de repasar la definición de la acción de marras, y señalar que se requiere que quien la reclama presente el título que acredite su derecho a poseer y aclarar que tal no es el documento sino la causa en que se funda su derecho, recuerda que tratándose de inmuebles el dominio solo se adquiere mediante escritura pública, tradición e inscripción. Que en el expediente acumulado obran informes de dominio de los que surge que ambos inmuebles están inscriptos a nombre de Pablo Josue María Fernández, por lo tanto esta persona se encuentra legitimada para promover la reivindicación, ya que además acreditó haber perdido la posesión, y que la acción la dirigió contra quien la detentaba. Que el demandado Supremo SA arguyó que Fernández era su mandatario oculto para comprar esos inmuebles y que compró para ella, pero Fernández lo negó. Que Supremo SA no produjo prueba para acreditar sus dichos. Que las declaraciones de los testigos resultaron contradictorias, por lo que las desechó. Por lo que concluyó que correspondía acoger la acción de reivindicación, y rechazar la reconvención. Y por las mismas razones, también rechazó la demanda que en el expediente acumulado Supremo SA le dirigió a Fernández por cumplimiento de contrato y daños y perjuicios. Así lo FALLÓ. III)- El recurso de Supremo SA (fs. 460/462). Primer agravio: imputó una errónea valoración de la prueba relativa a la relación de mandato y provisión de fondos, de la que cabía concluir que Supremo era la verdadera dueña de los resultados del negocio encomendado a Fernández. Citó como indicios que Supremo proveyó los fondos para la operación; que Supremo SA tuvo en su poder el boleto de compraventa original del que resulta la entrega de la seña y la recepción de la posesión del predio; que Fernández era apoderado de Supremo SA para la realización de negocios puntuales según poder hecho en escritura pública. Pero que no cumplió con su mandato, ni rindió cuentas. Segundo agravio: Que se le haya reconocido a Fernández, desde el punto de vista contractual-negocial, ser el dueño del negocio, en vez de mandatario. Tercer agravio: Desde una óptica de los derechos reales, que se lo haya tenido a Fernández como legitimado activo cuando no acreditó haber recibido ni detentado en momento alguno la posesión de los inmuebles por ningún acto material, y que por lo tanto la hubiese perdido. Cita en su apoyo los arts. 2790 y 2789 del CC. Sostiene que el vendedor D'Amelio le entregó la posesión a Supremo SA. IV)- La contestación del actor Pablo Josué Fernández (fs. 464/469). Pidió la confirmación de la sentencia. Recordó que el juez tiene potestad para elegir unas pruebas en preferencia de otras, y no tiene la obligación de examinarlas a todas, sin que ello signifique violentar las reglas de la sana crítica. Que la demandada no probó sus dichos. Y admitió carecer de prueba documental de que Fernández recibió dinero suyo, y ni tan siquiera cuenta con algún asiento contable en sus libros que lo acreditara. Que tampoco explicó cual hubiera sido el motivo que explicara el haber acudido a la figura del mandato oculto cuando estaba en condiciones de gestionar el negocio de marras por sí

misma ya que no tenía nada que ocultar, que no se suscribió contradocumento, etc. V)- El derecho aplicable y una aclaración previa. El día 1° de agosto de 2015 entró en vigencia el "Código Civil y Comercial de la Nación", aprobado por art. 1° de la ley 26.994, ley que a su vez derogó el Código Civil aprobado por ley 340 (ar. 4°), ley aquella promulgada por decreto 1795/2014 publicado en el Boletín Oficial n° 32.985 del 08-10-2014; modificada por ley 27.077 que dispuso su entrada en vigencia en la indicada fecha del 1° de agosto de 2015. Lo que origina una cuestión de derecho transitorio que corresponde despejar, o al menos tratar de explicar. Según se desprende del texto del CCC, las nuevas leyes rigen desde la fecha que indiquen (art. 5 CCC; en el caso del CCC, el 01-08-15), lo que significa que su aplicación es inmediata para todas las relaciones y situaciones jurídicas existentes, aun a sus consecuencias (art. 7 CCC, primer párrafo; lamentablemente, el nuevo texto suprimió la locución "aun" que sí estaba en el del art. 3 del CC conf. ley 17711, con la que se indicaba con toda claridad que la aplicación era inmediata tanto para las relaciones y situaciones jurídicas existentes, como para sus consecuencias, ya que decía "aun a las consecuencias"). Pero -sigue diciendo la ley- salvo disposición en contrario no tienen efecto retroactivo (CCC 7, segundo párrafo), lo que debe entenderse como que las relaciones y situaciones jurídicas existentes, así como sus consecuencias, que se encuentren consolidadas, esto es, completadas ya sea en su creación, cumplimiento o extinción, al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley, no son alcanzadas en ninguna de esas etapas por las nuevas disposiciones: a su respecto rige la ley vigente al momento en que se crearon, desarrollaron o extinguieron esas relaciones o situaciones. Dijo la SCBA en Ac. 66.682, sentencia del 17-11-1999, in re "Mayo", que "...el hecho que origina la presente acción se consumó en el año 1992. El art. 3° del Código Civil establece que las leyes se aplicarán a partir de su entrada en vigencia aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, es decir que consagra la aplicación inmediata de la ley nueva, que rige para los hechos que están in fieri o en curso de desarrollo al tiempo de su sanción. Lo que no puede juzgarse de acuerdo con ella son las consecuencias ya consumadas de los hechos pasados que quedan sujetos a la ley anterior pues juega la noción de consumo jurídico. Ello es aplicable a este caso, pues el perjuicio se produjo antes de la entrada en vigencia de la ley (Ac. 51.335, sent. del 3V95, D.J.B.A., 14949, J.A. 1995-IV-387, E.D., 166621, "AyS" 1995-II-194, L.L.B.A., 1996-471; Ac. 55182, sent. del 13 VI 1995, "AyS", 1995 II 507; Ac. 51.853, sent. del 6-II-1996, D.J.B.A., 150-159; Ac. 50.610, sent. del 25 II 1997; Ac. 52.157, sent. del 12 V 1998, L.L.B.A. 19981075; Ac. 63.678, sent. del 27 IV 1999)...? La situación de hecho que nos ocupa ocurrió o comenzó a producirse, se desarrolló, y generó las consecuencias que son objeto de reclamo durante la vigencia del código de Vélez (ley 340), por lo que son sus disposiciones las que rigen esos aspectos, y a ellas, exclusivamente, nos atenderemos. VI)- La solución que propongo, me adelanto a señalarlo, es confirmar la sentencia. Aunque no por las razones dadas en ella, relativas a la carga de la prueba y así de corte procesal, sino, como lo explicaré, por otras razones vinculadas a la forma del contrato de mandato. VII)- La defensa argüida por el demandado en el juicio de reivindicación, así como el fundamento de la reconvenición en éste, y de la demanda en el acumulado promovido por indemnización de daños e incumplimiento contractual, fue sostener que el actor no es el dueño real de la cosa cuya reivindicación pretende: Fernández, cuando le compró los inmuebles en cuestión al Sr. D'Amelio, si bien formal y aparentemente actuó en su propio interés porque escrituró a su nombre, la realidad era que lo hizo por un "mandato oculto" que lo tenía por mandatario, con dinero e instrucciones del demandado, relación que lo obligaba a que la escritura traslativa tuviera como adquirente a Supremo SA, o a que inmediatamente lo transfiriera al mandante. Pide el rechazo de la reivindicación porque considera que con esa obligación pendiente Fernández no puede ser el propietario en la realidad, y, por otra parte, solicitó que se condene a Fernández a que cumpla con su compromiso y le transfiera el dominio de las cosas inmuebles, con daños y perjuicios, etc. Por supuesto que en situación tal -en la que salvo por un detalle que deberemos tratar más adelante, Fernández acreditó in limine su dominio sobre los inmuebles-, pesa sobre Supremo SA la carga de probar su aserto (CPC 375): que la adquisición por parte de Fernández de los dos inmuebles fue un acto irreal o producto de una simulación, o ya de la existencia de ese "mandato oculto" dado a Fernández para adquirir los inmuebles para esa sociedad. VIII)- Si se observa el caso desde la óptica de la simulación, está claro que el planteo de la demandada se cae por su peso ante la ausencia de un contradocumento que la acredite. Fernández -según la tesis de Supremo SA- habría obrado simuladamente ante D'Amelio cuando compró, ya que le ocultó que lo hacía o debía hacerlo para otro y no para él. La simulación habría estado previamente concertada entre Supremo SA y Fernández al celebrar su "mandato oculto", y habría tenido un motivo que si bien en autos no aparece patentizado ni invocado, es simple de suponer: como el establecimiento agropecuario de Supremo SA lindaba con los lotes que D'Amelio tenía en venta, el aparente desinterés por ellos del vecino les haría bajar el precio. Sabido es que no hay precio más alto que cuando se le vende un terreno al vecino que mostró interés en adquirirlos para ampliar su casa o negocio. El concierto simulado implicaba que D'Amelio ignorara que Fernández compraba para su vecino Supremo SA. Y por su compromiso, Fernández tenía que procurar que el dominio pasase a Supremo SA, ya sea cediéndole el boleto, o bien transfiriéndoselo si lo escrituraba a su nombre. Acá Supremo SA no pretende la nulidad del acto simulado, sino que le reclama a Fernández que cumpla con su parte del "concierto para simular", esto es que cumpla con el encargo de transferirle el dominio del inmueble que había comprado para él.

Desde ya que en éste esquema, Supremo SA carga con la prueba de la simulación. Y esa prueba requiere ineludiblemente de ?contradocumento?. El párrafo que agregó la ley 17711 al art. 960 del CC establece implícita pero claramente que la simulación solo puede probarse entre las partes del acto simulado por un contradocumento, principio que solo cede cuando hay circunstancias que hagan inequívoca la simulación. El texto legal habla de ?circunstancias?, no de ?pruebas?, con lo que contempla algo más amplio. Las declaraciones testimoniales no pueden considerarse suficientes, y deben ser acompañadas de la prueba de otras circunstancias peculiares que les confieran un significado más elocuente, como podría ocurrir cuando hay un principio de prueba por escrito, o que por algún motivo serio resulte inconcebible que entre esas personas se hubiera otorgado un contradocumento por la mutua confianza que se dispensaban (vg., parentesco de hermanos), o alguna otra razón. La palabra ?circunstancias? incluye así no solo las pruebas propiamente dichas, sino el ?ambiente? en que la simulación se produjo (Guillermo A. Borda, ?La Reforma del Código Civil-Nulidad?, párrafo IV n° 11, publicado en revista El Derecho en su ejemplar del 25-IX-1969, correspondiente al tomo 29 de ED). Siendo ese el aspecto jurídico del caso, la ausencia de un contradocumento en el que constaran el encargo que Supremo SA le habría hecho a Fernández, las instrucciones, y la entrega del dinero para cumplirlo, la defensa intentada bajo tal argumento, así como la acción contenida tanto en la reconvencción como en la demanda del juicio acumulado serían totalmente desechables. IX)- Sin su perjuicio se debe admitir que la solución del caso puede pasar por otro andarivel. Alguna jurisprudencia ha preferido circunscribir la acción del mandante oculto a su mandatario que se resiste a respetar lo pactado, no bajo el prisma de la simulación, sino estrictamente el del mandato, aunque reconociendo que en definitiva ambas instituciones (mandato oculto y simulación) tienen el mismo efecto final, que es hacer caer lo irreal dando vigencia a lo real (así, Cámara Civil y Comercial de Morón, sala 2ª, causa 55198 del 07-02-2008, JUBA B2351719). Sabido es que el mandato (sea con o sin representación) es un contrato consensual, es decir que queda concluido por simple acuerdo de partes, de formas en general libres, ya que puede ser otorgado aun verbalmente (cc 1873; Raymundo M. Salvat, ?Derecho Civil ... Fuentes de las Obligaciones?, ed. Tea 1954, 2ª ed. actualizada por Arturo Acuña Anzorena, t III, n° 1751 y 1753, pág. 122), y puede ser aceptado de la misma forma (ídem, n° 1759, p. 126). También es sabido que, no obstante la definición dada por el art. 1869, la representación -en el sentido que el mandatario obre en nombre del mandante- no es esencial al contrato, ya que la misma ley prevé que el mandatario, en el ejercicio de su cargo y sin por ello apartarse de los términos del poder, puede contratar en su propio nombre (1929). El mandato con representación es el que define el art. 1869 del código civil; siempre que se entienda que el contrato de mandato implica un encargo para celebrar uno o más actos jurídicos y que la representación se origina en otro negocio jurídico, de naturaleza unilateral, agregado o adicionado al encargo, por el cual se confiere el poder o procura que posibilita y legitima la actuación del mandatario en nombre del mandante. El mandato sin representación es el aludido por el art. 1929 del código civil; hay en él un encargo, pero le falta el negocio de apoderamiento; de ahí que el mandatario deba cumplir con la celebración de los actos jurídicos en su propio nombre, aunque en interés ajeno. En el mandato para adquirir sin representación, los efectos del negocio se cumplen en cabeza del mandatario; que escritura a su nombre, recibe la tradición, paga el precio, etc. etc., incluso inscribe el dominio a su nombre. Y esto es lo querido por las partes; no se trata de una ?formalidad? o de una ?ficción? que se divorcia de la ?realidad? de los hechos; de un interés que meramente aparenta existir y, en rigor, no existe. No es simulación, interposición aparente o simulada, sino realidad (Jorge Mosset Iturraspe, Mandatos, ed. Ediar 1979, págs. 100 n° 3.4, y 102 n° 3.4.2.). Ese mandato sin representación es el que aquí se menciona como ?mandato oculto?. Las formas que la ley impone son las mismas que corresponden al mandato con representación. En este tema no se distinguen. X)- Ahora vamos a lo esencial de la solución que propongo para el caso. La forma del contrato de que se trata, un mandato ?oculto?, pero mandato al fin, está relacionada con el contenido del encargo. Si bien puede valer la forma oral para la realización de un simple acto jurídico como lo es darle dinero a alguien para que nos compre cigarrillos, se requiere para apoderar a un abogado para que actúe por nosotros en juicio. Y, es más, esa escritura debe ser un apoderamiento especial cuando el encargo al abogado sea para aceptar una herencia. Supremo SA, en su versión de los hechos, dijo haberle encargado a Fernández: que le adquiriera de D´Amelio la propiedad de dos inmuebles, aunque sin revelarle al vendedor que lo hacía para él. No obstante la liberalidad de formas a que he aludido, por excepción el mandato debe ser otorgado por escritura pública en los casos en que es requerida esa forma cuando el objeto del mandato sea un acto jurídico que deba redactarse en escritura pública, como lo son los contratos que tienen por objeto la transmisión de bienes inmuebles (art. 1184 incs. 1º y 7º; Salvat, op. cit. n° 1752, y t I, n° 143, pág. 127; Jorge Mosset Iturraspe, ?Mandatos?, ed. Aguiar 1979, pág. 90, n° 3.1.3.). Debe entenderse que cuando se encarga a otro que nos adquiera un inmueble, o que lo enajene, ese poder solo puede tener la forma de escritura pública. En su defensa, Supremo SA no invocó la existencia, ni trajo, contradocumento, ni escritura de poder. Con lo que la suerte adversa del argumento del ?mandato oculto? está claramente echada. XI)- Como he dicho, confluyen las dos soluciones: la de la simulación, y la de mandato oculto, en tanto ambas tienen el mismo efecto final, cual es el de hacer caer lo irreal para dar vigencia a lo real. Para que pueda aplicarse la primera, es necesario un ?contradocumento?, esto es un instrumento naturalmente escrito y firmado por las partes, que puede ser dado en escritura pública,

pero también en instrumento privado. En cambio, la aplicación del instituto del mandato oculto, según el criterio que expuse, dado el objeto del encargo del caso, a mi ver requiere de escritura pública. Pero en ambos supuestos, la falta de esa pieza documental conduce a la misma solución: la desestimación de la pretensión de quien sostuvo la existencia del concierto de simulación y el otorgamiento de un mandato oculto. XII)- El otro agravio esencial del demandado radicó en predicar que como Fernández no recibió la posesión de los inmuebles, no completó en su testa los elementos que constituyen el derecho real de dominio, de modo tal que lo legitimaran para accionar por reivindicación. Tal postura concuerda con la de una antigua doctrina que sostenía que el comprador de un inmueble a quien no se le hizo la tradición de la cosa, y que por ende no recibió la posesión, por no ostentar el dominio, no puede reivindicar (Salvat, op. cit., t. 3, n° 2035). Pero esa opinión está hoy totalmente dejada de lado, ya que fue sustituida por una diametralmente opuesta. Se funda esta otra en que el vendedor no se reservó ningún derecho real sobre la cosa, y se desprendió y transmitió al comprador todas las acciones que tenía respecto de ella. Es decir que quien vende un inmueble pero no lo entrega al adquirente, de modo simultáneo y necesario le trasmite también el poder jurídico de reclamarlo contra cualquiera (voto del Dr. Fliess en CNCiv. en pleno, 11-11-1958, L.L., t. 92, p. 464, plenario in re ?Arcadini c/Maleca?, que resolvió el tema por unanimidad en ese sentido). En jurisprudencia y doctrina domina hoy la opinión de que el adquirente tiene acción reivindicatoria contra terceros (CSN, Fallos: 36-372; 83:-223; 123:285; SCBA, 16-10-1945, L.L., t. 41, p. 70 y J.A., 1945.IV, p.840; citados por Guillermo A. Borda, ?Tratado ... Derechos Reales?, 1ª ed., ed. Emilio Perrot, Buenos Aires-1975, t. II, p. 474, n° 1485-b). Contra el vendedor, parte en el negocio y por eso mismo ?no tercero?, tiene la acción personal de cumplimiento del contrato. En el caso de autos, el actor trajo como documento para acreditar su título la escritura pública n° ... que obra a fs. 76/84 que instrumentó la venta que D'Amelio le hizo al actor Fernández de los inmuebles de autos, y de la que surge que la posesión le fue entregada a él en ese acto (ver fs. 81vta.). No fue redargüida de falsa por el demandado, sino que en su relato de los hechos (tanto cuando contestó la reivindicación, como cuando reconvino, y también cuando accionó en el expediente acumulado) solo pretendió que la posesión le fue directamente entregada a la demandada Supremo SA por el vendedor D'Amelio. Pero ese extremo preciso no aparece probado en autos de ninguna manera. Lo que permite tener por vera la versión del actor en su demanda, esto es que teniéndola por la compra que le hizo a D'Amelio, fue él mismo quien entregó materialmente los inmuebles a Supremo SA. Que esa entrega, según Fernández, fue porque estuvieron en tratativas para celebrar una operación comercial. Pero como ese negocio se frustró, nunca se celebró, y Supremo SA se negó a devolverle los inmuebles, Fernández debió recurrir a reclamarlos por acción real. No le quedaba otra opción: carecía de acción personal, ya que en definitiva no contrató con Supremo SA. XIII)- Es opinión doctrinaria muy fuerte que para que proceda la acción real de reivindicación, la privación de la posesión debe obedecer a la comisión de un acto ilícito (Lafaille, ?Derecho Civil, Tratado de los Derechos Reales?, ed. 1945, t. III, p. 463, n° 2094, nota 206), es decir que debe concurrir un hecho involuntario del despojado y no ser el resultado de la celebración de un contrato. La SCBA ha sostenido que no puede reivindicar quien se haya desprendido voluntariamente de la posesión (SCBA, 01-10-1996, J.A. 1998-III, síntesis). La persona que entregó voluntariamente la posesión pierde contra el adquirente la acción reivindicatoria, quedándole las acciones propias del contrato (CCiv.y Com. Trenque Lauquen, 23-04-1992, eDial-W93AF) (citas del voto del Dr. Conti en CCyCom de Lomas de Zamora, sala 2, causa 42494, sentencia del 01-11-2012, ?Romero?, JUBA B5026705). Estimo que en el caso, a despecho de lo antes dicho, procede la acción real. Fernández no dijo que entregó los inmuebles porque contrató la compraventa con Supremo SA, sino solamente se los dio al tiempo que comenzaron tratativas para una operación comercial, que luego se frustraron. La entrega no fue, pues, de la posesión (que sí lo hubiera sido de haber existido boleto: CC 2355, segundo párrafo introducido por ley 17711) sino de la mera tenencia condicionada al éxito del negocio. Una condición resolutoria tácita o implícita. Cuando ya fue evidente el fracaso de las tratativas, el negarse a devolver por parte de la empresa Supremo SA e invocar que Fernández había comprado para ella, importó una suerte de interversión del título, que convirtió su tenencia en posesión, y por ende la transformó en legitimada pasiva de la acción de reivindicación. La causa de la entrega de Fernández a Supremo SA no fue un contrato, por lo tanto Fernández no tenía acción personal alguna derivada de él que le permitiera el recupero, sino que solo contó con la real que dimana de su título de propiedad: la reivindicatoria. XIV)- De prosperar el criterio que sustento, corresponderá confirmar la sentencia en crisis. E imponer las costas de ésta instancia a la parte demandada por la reivindicación, ídem por la reconvención que por los mismos motivos se la rechazó, y también por la demanda de cumplimiento de contrato acumulada, que también y por las mismas razones se la rechaza, en todos los casos por su condición de vencida (CPC 68). Mi voto es por la AFIRMATIVA. A la misma primera cuestión, el Sr. Juez Dr. Ibarlucía dijo: Coincido con el voto del Dr. Etchegaray en cuanto a que debe hacerse lugar a la demanda de reivindicación y rechazarse la reconvención por cumplimiento contractual, como asimismo la demanda acumulada con igual objeto que esta última, y agregó las siguientes consideraciones. Dice el colega preopinante que las formas que la ley impone son las mismas para el mandato con representación que para el mandato oculto (sin representación), dado que la forma está relacionada con el contenido del encargo, y en tal sentido, siendo que se trataba del encargo de compra de inmuebles, ineludiblemente el

mandato debió otorgarse por escritura pública por imperio del art. 1184 incs. 1° y 7° (vigente al momento de los hechos de autos). Al respecto, dice que Supremo S.A. no invocó ni acompañó escritura de poder ni contradocumento. A mi juicio es esto último - la falta de contradocumento o de circunstancias que justifiquen su inexistencia - lo que sella la suerte de la reconvencción y de la demanda acumulada. La falta de escritura pública, por el contrario, no es determinante. Ello así porque si el art. 1929 del C.C. (al igual que el art. 1321 del C.C.C.) prevé que el mandatario puede contratar en su propio nombre y queda obligado frente al cocontratante y los terceros - sin perjuicio de sus obligaciones respecto del mandante -, es evidente que el mandato, en ese caso, no requiere ser exhibido. La exigencia del mandato por escritura pública cuando es para realizar un acto que debe ser instrumentado por el mismo medio (art. 1184 incs. 1° y 7° C.C.) es porque el escribano debe referenciarlo para que sin lugar a dudas quede claro que el que compra (o vende) es otro distinto al que comparece en el acto. En cambio, la falta de contradocumento puede ser un motivo para no dar por probado el mandato oculto, que, en definitiva no deja de ser un acto simulado, y por ende le son aplicables las reglas de la simulación (conf. Borda, Tratado, Contratos, T. II, 9na. ed. actualiz. por Alejandro Borda, La Ley, Bs. As., 2008, p. 484). Tratándose de simulación entre partes, entonces, hace falta un contradocumento, pero debe tenerse en cuenta que puede prescindirse del mismo cuando medien circunstancias que hagan inequívoca la simulación (art. 960 C.C.). Borda (Tratado, Parte General, T. II, La Ley, Bs. As., 2008, 9na. ed. actualiz. por Guillermo J. Borda, ps. 364/67) enumera una serie de supuestos en que la jurisprudencia ha considerado que no es exigible el contradocumento: a) cuando existe principio de prueba por escrito; b) cuando hay confesión judicial del demandado; c) si ha existido imposibilidad de procurárselo; d) si se ha extraviado por caso fortuito o fuerza mayor; e) si fue sustraído al interesado o si fue privado de él por dolo o violencia; f) si una de las partes cumplió la prestación a que se obligó según el acto real y la otra se niega a cumplirla; g) cuando la simulación fue en fraude a la ley; h) cuando ha existido imposibilidad moral de obtenerlo. Ninguno de estas hipótesis se da en el caso de autos. En relación a las enumeradas en a), b), d) y e) no hace falta explicación de ello. Respecto de la hipótesis c), Borda da como ejemplo que las partes hayan sido analfabetos, pero sin llegar a ese extremo, se entiende que se refiere a una imposibilidad material de procurárselo (v.g. no contar con computadora, impresora, máquina de escribir o papel y lapicera para dejar asentado la realidad del negocio realizado o a realizar, cosa inimaginable que pueda pasar en la actualidad), dado que a la imposibilidad moral alude el último supuesto. La hipótesis f) tampoco es el caso de autos, toda vez que se refiere a un contrato (negocio real) con prestaciones recíprocas, lo que no se ha denunciado en autos. El supuesto g) permite la elusión del contradocumento precisamente porque si ha sido en fraude a la ley no es razonable exigirlo (Borda pone como ejemplo el caso de los "intereses en negro" en un préstamo de dinero). La última hipótesis, entonces, es la única que merece analizarse en el caso de autos. La imposibilidad moral de obtenerlo se refiere a los casos en que la parte oculta no pide a la otra la firma de un contradocumento debido a la relación que los une; v.g.: el vínculo matrimonial, la unión convivencial, el parentesco muy cercano o "el estado de dependencia moral". Nada de esto se ha denunciado por el reconviniendo para justificar la inexistencia de contradocumento. Es que, aún suponiendo que - como se dice en la reconvencción y en la demanda acumulada - el actor trabajara para la empresa Supremo S.A. como administrador, mandatario en algunos casos o gestor de negocios, no podría decirse que hubiera habido una dependencia de la empresa hacia aquel. Es que la prescindencia del contradocumento es comprensible cuando es el dependiente el que exige que se cumpla el contrato oculto. Ello así porque, en todo caso, habría sido por esa relación de subordinación que no exigió que se firmara. Pero aún suponiendo que sería suficiente para eludir el contradocumento que hubiera una relación de confianza, ella no se ha demostrado en autos. El hecho de que Supremo S.A. haya extendido en el año 2004 un poder especial de administración a favor del actor (obrante a fs. 26) no alcanza para dar por probada una relación de confianza tal al punto de que le entregue u\$s 10.000 sin recibo alguno y le encargue que compre un inmueble para la sociedad y lo ponga a su nombre. Ninguna prueba se aportó sobre esa extrema relación de confianza (art. 384 C.P.C.). Ahora bien, si dejamos de lado las hipótesis brindadas por Borda, y nos ajustamos a que el art. 960 del C.C. sólo habla de "circunstancias que hagan inequívoca la simulación", tampoco veo que puedan darse por probadas. Es cierto que existe una fuerte presunción a favor de la simulación (mandato oculto) denunciada consistente en que poco tiempo después de la firma del boleto tuvo la posesión de los inmuebles y los anexó a su los predios donde tenía su planta avícola, con la aquiescencia del actor (cuestión reconocida por el actor, quien dice que ello fue "al cabo de un tiempo" de la adquisición de los lotes, fs. 104vta.; además, pliego de pos. de fs. 368 del expte. acumulado, art. 409 2do. párr. C.P.C.). La razón de ello brindada por la demandada también es que estaban en negociaciones para integrar una sociedad - Oleos de Mayo S.R.L. - por la cual el aporte de Fernández serían los predios de autos (fs. 71 del expte. acumulado). La explicación no es convincente, ya que parece demasiado imprudente que poco después de la firma del boleto le permitiera a la empresa que usara y dispusiera del predio a su antojo cuando nada se había siquiera firmado en relación a la formación de la sociedad Oleos de Mayo S.R.L. No obstante, no parece suficiente para dar por acreditadas las circunstancias exigidas por el art. 960 para prescindir del contradocumento. Ello así porque no se ha producido otra prueba acerca de la relación de gran confianza invocada. El testimonio de Ignacio Casado (fs. 337/39 de autos y fs. 309/13 del expte. acumulado) no es suficiente

tampoco. No sólo por estar comprendido en las generales de la ley (art. 439 inc. 5 C.P.C.), sino porque nada dice de esa relación de confianza con carácter previo a que Fernández firmara el boleto. Lo mismo cabe decir de los otros testigos propuestos por la reconviniendo (fs. 333, 334/36 de autos, y fs. 314/319 del expte. acumulado). Pero lo más importante es que no puede darse por probado que Supremo S.A. le entregó a Fernández el dinero para comprar los predios. Al absolver posiciones el representante de la demandada admitió que carecía de asientos contables donde constara que le había entregado el dinero (fs. 470 del expte. acumulado). Las actas de la sociedad invocadas para acreditar que aprobaron la compra y que dieron el dinero a Fernández son de fecha 12 y 21/12/17 (acta de directorio y acta de asamblea extraordinaria, conf. pericial contable de fs. 414/17); o sea, dos años después de la firma del boleto (arts. 384 y 474 C.P.C.). Destaco que en ningún momento dijo la demandada que hubiera entregado a Fernández el monto del saldo de precio (más del 43 por ciento del total) necesario para que los inmuebles se escrituraran; antes bien, lo pagó el actor (fs. 271 y 278/79). Tampoco que hubiera pagado el resto de los gastos (reconocido por la demandada al absolver posiciones), y sí está probado que los honorarios de la sucesión de la parte vendedora fueron abonados por Fernández (fs. 366/67 y 383/84), lo mismo que la cédula catastral (test. de fs. 272). Finalmente, señalo que si, como dije, el mandato oculto es una simulación entre partes, la demandada no ha brindado ninguna explicación de la causa simulandi. Por el contrario, reconoció al absolver posiciones que no tenía acreedores, que no estaba inhibida y que no tenía problemas para comprar bienes (fs. 470/71). Por las razones dadas, VOTO POR LA AFIRMATIVA. A la segunda cuestión planteada, el Sr. Juez Dr. Etchegaray dijo: En mérito al acuerdo alcanzado en la cuestión anterior, el pronunciamiento que corresponde dictar es confirmar la sentencia apelada en todo lo que fue materia de recurso y agravio. Con costas de alzada al apelante en su condición de vencido. Así lo voto. El Sr. Juez Dr. Ibarlucía, por iguales fundamentos y consideraciones, emitió su voto a ésta misma segunda cuestión en el mismo sentido. Con lo que se dio por terminado el acuerdo dictándose la siguiente SENTENCIA Mercedes, 10 de octubre de 2017. Y VISTOS: CONSIDERANDO: Lo que surge del acuerdo que antecede, se RESUELVE: 1°)- Confirmar en todas sus partes y en lo que fuera materia de apelación y agravio la sentencia de fs. 440/446vta. 2°)- Imponer las costas de ésta instancia al apelante en su condición de vencido. 3°)- Mandar que se deje copia autenticada por el actuario de la presente en el expediente acumulado. Notifíquese. Regístrese. Devuélvase. 026639E