

Escrituración Danos Y Perjuicios Resarcimiento

JURISPRUDENCIA

Escrituración. Daños y perjuicios. Resarcimiento

Se confirma

el rechazo de la demanda por escrituración y daños y perjuicios, y el progreso de la reconvencción y la nulidad absoluta del boleto de compraventa, por considerar probada que la finalidad de garantía resulta ilícita por contraria a la ley. Asimismo, el rechazo del reclamo del reconviniente por daños y perjuicios.

En la ciudad de Necochea, a los 1 días del mes de abril de dos mil diecinueve, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, en acuerdo ordinario, a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados: "TRANSPORTE "LA PERMANENTE" S.R.L. C/CABO CESAR DAVID S/ ESCRITURACION" Expte. N° 11.034, habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal Civil y Comercial, resultó del mismo que el orden de votación debía ser el siguiente Sr. Juez Doctor Fabián Marcelo Loiza y Sra. Jueza Dra. Ana Clara Issin (Decreto n° 138/19 GPBA). El tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES : 1ª ¿Es justa la sentencia de fs. 546/558vta.? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde?. A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR LOIZA DIJO: I.- El Sr. Juez de grado Dr. Ordoqui Trigo dictó sentencia en la que resolvió ?I.- Rechazando la demanda por escrituración y daños y perjuicios interpuesta por Transporte La Permanente S.R.L. contra David Cesar Cabo (...) Haciendo Lugar a la reconvencción entablada por David Cesar Cabo contra Transporte La Permanente S.R.L. sobre nulidad de acto jurídico y, en consecuencia, declarando la nulidad del boleto de compraventa de fecha 9 de mayo de 2007. (...) Rechazando el daño moral solicitado por el demandado reconviniente (...) Desestimando la citación de terceros, en los términos del art. 94 del CPCC, de Soledad Ancía y Alejandro Bartolomé Frigerio. (...) Imponiendo las costas de la demanda rechazada y de la reconvencción que prospera a la parte actora vencida y las derivadas de la citación de terceros desestimada al demandado derrotado. (...) Difiriendo la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para la oportunidad en que obren en autos pautas para tal fin (art. 51 dec-ley 8904).? Para decidir de ese modo entendió -en resumidas cuentas- que por la consideración de una serie de pruebas analizadas, la demanda de escrituración se asentaba en un contrato viciado por dolo lo que imponía su nulidad. Asimismo estimó que la citación del letrado apoderado de la sociedad demandada y de su cónyuge (en su rol de gerente de la sociedad actora) como terceros resultaba ?errónea pues la controversia, en los términos en que fue planteada, no es común a ellos sin perjuicio de poseer otras vías alternativas para ejercer su pretense derecho.? La decisión es apelada por actor y demandado. El primero se agravia de la nulidad dictada, entiende válido el instrumento con firma certificada y el poder, descarta la posibilidad de dolo y también que este haya sido demostrado. Se detiene en la absolución de posiciones de la Sra. Ancía y concluye que no fue valorada en forma completa y que analizarla de ese modo llevaría al rechazo de la reconvencción. Refiere los restantes indicios tomados por el magistrado de la instancia (falta de posesión; precio vil y falta de pago) y los refuta como válidos para fundar la decisión. Destaca que el propio demandado sostuvo en sede penal que ofreció firmar el boleto en cuestión y que el negocio puede aparecer como desfavorable pero ello no configura dolo ni éste se encuentra demostrado. Finalmente sostiene que ?A todo evento y en la postura más favorable al reconviniente, si como éste expresara, el bien fue ofrecido por él mismo (v. fs. 2 de IPP 2078/09), el boleto cuestionado fue suscripto como garantía de un préstamo dinerario que le efectuara el Dr. Frigerio por distintas sumas -las que se encuentran reconocidas por el accionado y corroboradas-, cabe advertir que habiendo transcurrido casi dos años de la suscripción del boleto sin que el deudor hubiese dado cumplimiento con el pago de lo debido, tal como surge de sus propios dichos, en los que reconoce que al enterarse que la actora procedería a la escrituración del inmueble, el Sr. Cabo no solo remite carta documento revocando el poder otorgado al efecto a la actora, imposibilitando así el cumplimiento de lo acordado en el boleto de compraventa (la garantía que el dice haber firmado), sino que de manera intencionada y tal como surge de sus dichos en la denuncia penal por él efectuada en citada IPP (v. fs. 3), que se encuentra agregada por cuerda a la presente: textualmente expresó que "denunció por extravió la chequera dentro de la cual estaba el cheque de sesenta mil pesos" que le había entregado al Dr. Frigerio, claramente evadiendo el pago y ya habiendo dejado sin efecto la garantía por el ofrecida y que como respaldo se habría firmado. De eso se colige que claramente el accionado deliberadamente imposibilitó la escrituración del inmueble que según él había firmado para el caso de no dar cumplimiento con el pago de lo debido, sino que reconoce que también denunció por un falso extravió de chequera para también evadir dicho pago, todo lo cual deja en evidencia un accionar más que reprochable.- ¿Este accionar no es sancionable y si el del propio representante de TRANSPORTE LA PERMANENTE SRL?. En otras palabras, expresa el demandado que el boleto de compra venta lo ofreció y firmó en el entendimiento que se constituía garantía del cumplimiento del pago de lo que le debía al Dr. Frigerio. Pero, curiosamente reconoce que no habiendo abonado aun la suma debida al momento de tomar conocimiento que se iniciaron los trámites para tratar de

escriturar el bien por parte de la actora, -pese a haber ya transcurrido 19 meses-, el demandado revoca el poder firmado al efecto -echando por tierra con la garantía que dice haber otorgado-, pero al mismo tiempo denuncia el "extravió" de la chequera a fin de sustraerse al pago del mismo, según sus propios dichos en causa penal (fs. cit. IPP), lo que deja en evidencia la conducta por demás reprochable del accionado.-? Y añade ?No puede VE soslayar que la IPP citada y agregada como prueba al presente, en distintas oportunidades la Justicia penal entendió que los "acontecimientos descriptos por el denunciante resultan, a criterio del suscripto, una sucesión de negocios jurídicos que el mismo relata que le fueron desfavorables, pero de ningún modo se verifican que configuren ilícitos". (vr. fs.123); en idéntico sentido resolución de fs. 215, confirmada por la Fiscal General a fs. 227/228.-? Concluye peticionando la admisión de la demanda de escrituración más daños y perjuicios. A su turno la parte demandada reconviniendo cuestiona el rechazo de la citación de los terceros Frigerio y Ancía, entiende aplicable a su respecto los arts. 94 y 96 del CPCC pues ambos resultarían responsables de la producción de un hecho ilícito y la controversia les sería común. En su segundo agravio critica el rechazo de la pretensión de indemnización del daño moral derivado del ilícito declarado. Se apoya para ello especialmente en la pericia psicológica llevada adelante. II.- La decisión que propondré al Acuerdo requiere en primer lugar atender la cuestión relativa a los llamados terceros, en tanto el magistrado del caso vuelve sorpresivamente sobre sus pasos y sin ingresar al fondo de la cuestión entiende mal efectuada la citación por estimar que la cuestión no resulta común a aquellos. Su citación fue efectuada por el demandado reconviniendo alegando que ?se citen a este juicio a la Sra. Soledad Anda, que fue quien suscribió el negocio jurídico y quien conforme previsiones de los artículos 59, 274 sigts y concordantes de la ley 19.550 de Sociedades Comerciales puede resultar solidaria e ilimitadamente responsable por su accionar doloso. Y asimismo, y dentro de las previsiones del artículo ritual citado, solicito se cite al Dr. Alejandro Bartolomé Frigerio, quien ha sido tercero en la comisión del dolo que llevó a mi mandante a suscribir el negocio jurídico que se pretende anular por éste.? Añadió ?Que en caso que V.S. decida no citar como terceros a las personas individualizadas ut-supra, dejo expresa reserva de iniciar contra los mismos la acción autónoma de nulidad de acto jurídico y solicitar acumulación de procesos? (v. fs. 88/vta.). Tal petición fue proveída favorablemente por el magistrado de grado a fs. 100. Al contestar la reconvención los terceros en escritos sustancialmente análogos plantearon excepción de falta de legitimación pasiva (a fs. 111/119 la Sra. Ancía y fs. a 124/133 lo hizo su cónyuge -quien también la patrocina y es apoderado de la sociedad actora). Asimismo el abogado Frigerio planteó la prescripción de la acción de nulidad, cuestión que no es materia de agravio por lo que no corresponde detenerme en ella. Luego de evacuado el traslado al reconviniendo, el Sr. Juez de grado posterga la decisión sobre las excepciones de falta de legitimación y prescripción (v. fs. 147/vta.). Sin embargo al dictar sentencia no resuelve la cuestión en función de la legitimación pasiva de los reconvenidos Ancía y Frigerio sino que desestima la citación como terceros aspecto claramente ganado al proceso y precluido (conf. arts. 94; 96 segunda parte; arg. Art. 36 inc. 1º segunda parte todos del CPCC). En otros términos, cuando el magistrado refiere que los terceros han sido traídos de manera errónea resuelve extemporáneamente -y en contradicción con lo ya decidido- la cuestión relativa a la citación pero no trata la defensa relativa a la falta de legitimación pasiva y que él mismo postergara para cuando se decidiera la cuestión de fondo. En ese marco el agravio del demandado reconviniendo que persigue la condena de los codemandados por reconvención debe atenderse, lo que actualiza las excepciones de falta de legitimación pasiva de los mencionados Ancía y Frigerio. A tal fin -y adelantando opinión- entiendo que los hechos acreditados permiten registrar la existencia de una ilicitud en perjuicio del demandado en la que el abogado Frigerio actuó como ?dueño del negocio? con la colaboración de su cónyuge y la utilización de la SRL actora como mera herramienta utilizada en función de su interés. La promiscuidad con la que las dos personas humanas y la persona jurídica obraron -siempre bajo el comando del letrado Frigerio- se detecta ya en las propias actuaciones procesales de estos autos y sus agregados a las que regresaré oportunamente. Un repaso de lo acreditado reafirmará esta idea adelantada aquí. El 19/10/2006 el letrado Frigerio patrocina al aquí demandado en un proceso ejecutivo iniciado contra este último en su carácter de fiador (fs. 10/12 y 116/120 de los autos ?Banco Pampa c. Sur Playas SRL? que tengo a la vista) en lo que aparece como la primera vinculación entre ambos, pues la referencia en sede penal del testigo Salvador (fs. 107/vta. IPP anexa) que menciona un conocimiento previo no fue corroborada por otro elemento de prueba. A su turno el citado Frigerio en diciembre de ese año 2006 comienza a asesorar al demandado en relación a la sucesión del padre de éste último (v. denuncia penal fs. 1 IPP; hecho ratificado por Ancía en este expediente fs. 113 y por Frigerio a fs. 126, ambos en los mismos exactos términos). En abril del año 2007 el reconvenido Frigerio canceló un compromiso del demandado para que este pudiera adquirir un automotor en una concesionaria local (v. testimonial de Uzcudun y documental acompañada obrante en la citada IPP a fs. 118/120 y testimonial de Serrano a fs. 8/9 misma causa; contestación de demanda fs. 78; contestación de reconvención de fs. 128vta. -Frigerio- y de fs. 114/5vta. -Ancía- ambos en idénticos términos). Y si bien difieren en si se entregó dinero o un cheque, y también en la suma -pues los reconvenidos afirman que era una suma superior y que pertenecía a la sociedad actora-, cabe estar al primer testimonio pues se ve respaldado por la documental referida en la que consta la entrega de un cheque por la suma de \$15.050,80. Este hecho se enmarca en una relación en la que tanto el demandado como los reconvenidos coinciden en identificar

como de habitual préstamo de dinero de estos -y de la SRL- al primero, en el lapso de varios meses entre los años 2007 a 2009, tal como surge de lo relevado hasta aquí y en los párrafos sucesivos. Alcanza con repasar las afirmaciones de la contestación de demanda y reconvenición (fs. 78 párrafos tercero, cuarto, quinto y último; 78vta. párrafo primero, tercero y último; 79 último párrafo; 79vta. primer y cuarto párrafos; 80 segundo párrafo; 85vta. anteúltimo párrafo; 86 tercer y cuarto párrafos) y de las gemelas contestaciones de la reconvenición (fs. 112vta. párrafo quinto, 113 segundo párrafo; 114 último párrafo y 114vta. primer párrafo; 115 segundo párrafo, todos del escrito de la Sra. Ancía; y fs. 125 párrafo quinto del apartado 3?, 126 segundo, tercero y último párrafos, 126vta primer párrafo del escrito del Sr. Frigerio) para advertir que más allá de alguna disidencia de montos y fechas las partes coinciden en que tanto Ancía como Frigerio y la SRL actora entregaron dinero al demandado en concepto de préstamo. Al leer esos párrafos citados no puedo sino destacar que al ser idénticas las contestaciones de Ancía y Frigerio atribuyéndose ambos las mismas conductas, la conclusión lógica es que tales negocios eran llevados adelante promiscuamente, con unidad de acción y bajo la conducción e ideación de este último tal como se desprende de la absolución de posiciones de Ancía a fs. 232/236, en especial las respuestas a las posiciones 9ª; 11ª; 12ª; 20ª; 21ª; 25ª; 26ª; 29ª; 30ª; 31ª; 34ª; 35ª; 36ª; 40ª y 41ª. Letrado que se valía del poder de representación de la sociedad para utilizarla para fines muy diversos de los que se desprenden de su objeto social (v. fs. fs. 274vta., posiciones Ancía respuesta 6ª), contando para ello con la anuencia y la colaboración de su cónyuge (posiciones Ancía citadas en el párrafo anterior). Es en mayo de ese año 2007 que el demandado y la actora firman el boleto motivo de autos y sobre cuya naturaleza volveré en el apartado siguiente. El 2/10/2018 el demandado le entrega al abogado Frigerio un cheque conforme documental de fs. 123 por la suma de \$53.880, la que no fue negada por el accionado reconvenido. El 26/12/2008 el demandado entrega otro cheque de la misma cuenta ahora por la suma de \$60.567 conforme constancias de fs. 4/5 de los autos Frigerio, Alejandro c. Cabo David César s. cobro ejecutivo? (que tengo a la vista) expediente donde se ejecutó ese título, el demandado se presentó, no opuso excepciones, no desconoció dichos documentos y canceló la deuda luego de una serie de actos procesales. Ese expediente se inició el 11 de febrero de 2009 (fs. 10vta.). Esto es pocos días después de que el demandado reconviniente remitiera carta documento donde le revocó el poder para escritura a la reconvenida Ancía (CD del 27/1/2009 obrante a fs. 414). Lo que fue ratificado ante la Notaria Zabala el 29/1/2009 conforme constancia de fs. 7/vta. Asimismo el 9 de marzo de ese año el abogado Frigerio como apoderado de la actora inicia el presente proceso reclamando la escrituración de las unidades funcionales en cuestión.

Es decir que en menos de un mes se iniciaron dos acciones contra el aquí demandado alegando los reconvenidos que ninguna relación existe entre esos negocios. Afirma Ancía Que efectivamente, además le presté algo más de cien mil pesos, de los cuales se les devolvieron los cheques (esto quedará evidenciado con el oficio al banco de la pampa).- Osea [textual], esta operatoria fue más que beneficiosa para el Sr. Cabo, quien no solo e llegó a deber doscientos mil pesos, sino que con el departamento y el cheque que se pretende cobrar por vía judicial, se liberó de la deuda. Todo esto, era un negocio jurídico independiente, que nada tenía que ver con la compraventa del inmueble, por lo cual solo se pone en conocimiento de VS con la prueba que se ofrece.?(f. 112). A su vez afirma Frigerio Que efectivamente, además se le prestaron (ya que siguió endeudándose) por parte de la empresa Transporte La Permanente S. R. L. suma cercana a los doscientos mil pesos, de los cuales se les devolvieron los cheques (esto quedará evidenciado con el oficio al banco de la pampa) y con la documentación aportada por la reconvenición de Transporte La Permanente S. R. L.. Osea [textual], esta operatoria que motivo el negocio jurídico fue más que beneficiosa para el Sr. Cabo, quien no solo llegó a deber suma cercana a los doscientos mil pesos, sino que con el departamento, se liberó de una parte de la deuda (no el total). Efectivamente, el Sr. Cabo, no celebró uno, sino varios negocios jurídicos. En alguna oportunidad, como no tenía dinero, canceló parte de la deuda de los cheques con un vehículo marca Ford, modelo Focus, de color negro (vendido oportunamente), circunstancia por la cual se le devolvieron los mismos. Todo esto, era un negocio jurídico independiente, que nada tenía que ver con la compraventa del inmueble, por lo cual solo se pone en conocimiento de V. S. con la prueba que se ofrece.? Es decir que la sra. Ancía refiere haber prestado ella dinero al Sr. Cabo, Frigerio dice que fueron varios préstamos y que el dinero era de la SRL actora pero quien inicia el cobro del cheque y lo percibe en sede judicial es el propio Frigerio. La discordancia entre lo afirmado por Ancía al contestar la reconvenición y su absolución de posiciones no es sino otro indicio más del manejo del negocio por parte de su cónyuge el letrado Frigerio quien aparece en aquel escrito como patrocinando aquellas afirmaciones luego negadas y que no pueden sino atribuírsele a él en aquel carácter (arts. 163 inc. 5º 375; 384 CPCC). En otros términos las constancias referidas dan cuenta que el citado Frigerio era quien conducía a Ancía -sea a título personal sea en su rol de representante de la SRL- en la convalidación de los negocios urdidos por aquel. A ello se añade que la sociedad actora no tiene por objeto el préstamo de dinero (v. copia de estatuto fs. 274vta.) no registra la compra del presente inmueble dentro de su contabilidad ni de sus actas societarias (v. informe pericial de fs. 337/339 y en especial las explicaciones brindadas a fs. 371/vta.) y al demandar la escrituración alega que sufrió lucro cesante pues tuvo que deshacer una operación de venta inmobiliaria, en atención a que oportunamente esta parte [Transporte La Permanente SRL] realizó la venta del inmueble al señor Dr. ALEJANDRO BARTOLOME FRIGERIO, a fin de instalar sus oficinas

en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y ejercer su actividad profesional en la misma ciudad, circunstancia por la cual la firma "TRANSPORTE LA PERIVIANENTE S. R. L.", se vio imposibilitada de llevar a cabo la operación y debió reembolsar las sumas recibidas en concepto del Dr. ALEJANDRO BARTOLOME FRIGERIO, lo cual oportunamente se convino en la SUMA DE PESOS DIEZ MIL (\$10.000.-) y debió ser entregada dicha suma más una igual según la normativa vigente, osea [textual] PESOS VEINTE MIL (\$20.000.-).- Es decir que solicitamos se dignen V. S. a condenar al pago de la indemnización de lo que perdió la firma precedentemente?. Ciertamente es que nada de esto último se demostró pero su mera alegación es demostrativa de la intención del citado profesional y de su manejo de los negocios jurídicos en cuestión. En síntesis, de todos estos elementos colectados entiendo que surge demostrado que tanto el abogado Frigerio como su cónyuge (socia gerente de la SRL) han actuado conjuntamente con la SRL actora en una serie de actos y negocios, entre los que se encuentra el boleto en cuestión, entregando dinero al demandado de manera indiscriminada y promiscua, recibiendo bienes de éste del mismo modo, todo lo cual habilita la citación como reconvenidos por la vía del art. 94 del CPCC, ya que la controversia les resulta común, en especial en función de lo que diré en el apartado siguiente respecto de la naturaleza del negocio y su ilicitud. III.- Establecida entonces la relación procesal cabe detenerse en los agravios de la actora reconvenida, los que nos llevan a considerar la naturaleza del negocio y de las relaciones habidas entre las partes. La primera conclusión que he de adelantar es que la naturaleza del llamado boleto no resulta tal sino que, a la luz de las pruebas producidas, aparece comprobado que la firma de dicho documento instrumentó un negocio de garantía. Los indicios concordantes en ese sentido son numerosos y a los que enumera el Juez de grado -aunque con otra óptica- agregaré otros para fundar mi anticipada conclusión. La finalidad expuesta en el boleto y alegada por la actora es la de comprometerse a elevar a escritura pública la compraventa. Sin embargo muchos elementos nos indican que tal no era la finalidad negocial y que la verdadera causa del negocio era garantizar los préstamos referidos. Los primeros indicios surgen del propio instrumento (fs. 37/39) e indican una premura o urgencia en la firma del documento que no se condice con lo que habitualmente sucede cuando nos encontramos con verdaderas transacciones inmobiliarias (arts. 163 inc. 5°; 375; 384; 421 CPCC). Así en la cláusula primera el demandado (supuesto vendedor) no aporta los datos catastrales de las unidades vendidas (unidad funcional y baulera). Las partes renuncian a documentar el pago -por fuera del boleto- pese a la aplicación de las leyes que imponen su bancarización (cláusula segunda). En la cláusula quinta el demandado se comprometía a acompañar título suficiente y ambas partes renunciaron al estudio de títulos y al pedido de informes al registro de propiedad, aunque indican adjuntar un informe del art. 27 L. 17801, sin determinar a cuál de ellos se refieren sin que obre en autos. A lo expuesto se suman las discrepancias entre lo consignado en el boleto y lo manifestado por la propia adquirente en comisión al absolver posiciones, así como lo emergente de otras fuentes y medios de prueba. En el boleto se consigna que el precio se abona en ese acto (cláusula segunda) mientras que la absolvente indica ¿que es muy probable que haya pagado en otro momento? (15ª respuesta) y que los pagos se hicieron de otra manera (16ª respuesta) desconociendo cuál era el valor real del inmueble (26ª respuesta) añadiendo que el precio no se abonó en efectivo (35ª respuesta) y que parte se efectivizó con dinero entregado a la Concesionaria Uzcudun (45ª respuesta) todo ello además luego de reconocer que concurrió a firmar un día distinto al que lo hizo el demandado (10ª respuesta). Se sostiene en el boleto que la posesión se entregaría ese día (cláusula tercera) siendo que la posesión nunca se entregó ni se reclamó ni al titular ni a su inquilino (v. respuestas a las posiciones 7ª y 18ª de la Sra. Ancía; la testimonial del locatario del inmueble -período 2003 a 2011- obrante a fs. 132/vta. y la documentación que éste ratifica obrante a fs. 51/52vta. y 54/57vta., todas de la causa penal). Afirma también en el contrato la adquirente que conoce y acepta la condición física de los inmuebles adquiridos (cláusula tercera) pero luego reconoce que solo estuvo afuera del departamento (8ª respuesta) y que no sabe si el departamento tenía cochera (36ª respuesta). Tampoco el precio consignado en el boleto permite confirmar la finalidad de compraventa alegada pues lejos está ese monto de representar el valor del departamento y la cochera supuestamente transados. Las deudas por impuestos y por el embargo que recaía sobre el inmueble no suponen una suma que permita llegar a la conclusión de que el precio obedecía a una operación verosímil de compraventa. El embargo en cuestión ascendía casi a la suma de \$13.000 (fs. 23) mientras que la única deuda que aparece como verosímil resulta de fs. 33 (ABL por \$6.578) sin que de la restante documentación acompañada (v. fs. 24/32) emerja otra deuda ni se haya producido otra prueba al respecto. Añado que los reconvenidos sostuvieron que asumían las deudas en cuestión (por ejemplo ver fs. 102 y 125) extremo que tampoco acreditaron, ni siquiera el comienzo de gestiones en ese sentido. Si a ello sumamos que la tasación fija el valor de mercado a más del doble a la fecha del convenio (f. 362) -aspecto del informe que no cuestionaron los recurrentes- puede concluirse que la operación en cuestión no resultaba una auténtica compraventa. Todas estas discrepancias son indicios concordantes de que el negocio no tenía por finalidad la adquisición para sí del inmueble sino que el Sr. Frigerio (en tanto dueño del negocio) obtuvo con ese instrumento -y con el poder para escriturar- una fortísima garantía para los préstamos de dinero que reconoce entregado por sí, por su cónyuge y por la empresa actora (v. fs. ya citadas de las contestaciones de la reconvenición). La doctrina nacional señala que la causa-fin del negocio jurídico ¿es la razón o motivo determinante del contrato? y que ¿es

subjetiva, porque se vincula con la finalidad que guía a los contratantes; concreta, porque atiende a cada negocio en particular y variable, porque tratando de apreciar el móvil que ha impulsado a las partes será distinta en cada contrato? (Mosset Iturraspe, J. ?Contratos? pp. 239/240, Rubinzal Culzoni). Compagnucci de Caso señala que ?La causa es la razón del negocio jurídico; mientras que el objeto responde a la pregunta 'qué se debe' (...) la causa contesta a la cuestión del ?por qué se debe' (...) Se trata de la determinación de la razón o del porqué de la realización del negocio.? (?El negocio Jurídico? Astrea p. 175). Las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1991, Comisión N°3) sostuvieron que la causa resulta ser el ?móvil determinante, razón de ser o fin individual o subjetivo que las partes ha tenido en vista al momento del negocio.? No es extraño ni poco habitual en el mundo de las relaciones jurídicas que se exponga una finalidad pero que ello encubra otro negocio, el que verdaderamente se quiso realizar. La doctrina suele referirlos como ?negocios indirectos? donde el fin es otro al que las partes manifiestan (Compagnucci, p. 192). Señala este autor, con cita de diversa doctrina, que estos negocios cuando son lícitos se encuentran predispuestos hacia la obtención de un resultado para el cual el ordenamiento positivo no suministra ningún esquema negocial, o bien los que suministra resultan inadecuados (ob. cit. p. 193). Dentro de esos negocios indirectos se encuentran los negocios fiduciarios en los que, por ejemplo, se transmite la titularidad de un derecho que tiene como fin oculto la garantía (Compagnucci, ob. cit., p. 195). Un elemento conceptual que define estos negocios resulta ser la ?desproporción? entre el medio empleado y elegido y los fines perseguidos, pues se entrega la propiedad de un bien con fines de garantizar un crédito (ob. cit. p. 197). Kiper y Lisoprawski (?Tratado del fideicomiso? T. pp. 658/659, Abeledo Perrot) coinciden con esa idea y añaden que la llamada fiducia pura (aquella no reglada legislativamente y que excede y se diferencia del fideicomiso tipificado) conlleva un peligro de abuso por parte de quien recibe el derecho en propiedad pues el negocio puede estar oculto y el recupero quedar a su exclusiva voluntad, a la par que su falta de tipificación implica escapar a la legislación específica de la figura y la responsabilidad allí regulada. También la jurisprudencia ha detectado esta clase de negocio, anulándolo por abusivo, y valorando como indicios de su verdadera naturaleza lo exiguo del supuesto ?precio? en relación al valor del bien y la falta de traspaso de la posesión (v. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso-administrativo de 1ª Nominación de Río Cuarto ?Palacios, Graciela del Valle c. Alicia Raquel Rodríguez?, 09/04/2010, Cita Online: AR/JUR/25906/2010). En autos los elementos colectados nos indican que el reconvenido Frigerio personalmente y a través de su cónyuge y de la SRL actora entregó dinero al demandado (el pago en la concesionaria Uzcudun, el cheque motivo de ejecución) y éste en garantía ofreció firmar el boleto por el inmueble objeto de autos, configurándose así el negocio fiduciario que la doctrina refiere. La finalidad de garantía no surge de las meras alegaciones del demandado. Es que frente a lo inverosímil de la operación de compraventa, por los motivos y los indicios revisados hasta aquí, y ante la lógica existencia de una causa fin para tal negocio resulta aquella la motivación más lógica y razonable en función del contexto y las circunstancias acreditadas (arts. 499 y 501 del CC). En otras palabras, la trasmisión del dominio no era el fin común perseguido por las partes, pero existe una causa determinante de la firma del boleto y tal resulta ser garantizar las obligaciones que asumiera el demandado. Ni la parte actora ni los reconvenidos han logrado reunir elementos de convicción que permitan confirmar su versión de los hechos, esto es que la operación era verdaderamente una compraventa querida por la sociedad actora en cumplimiento de su objeto social, que Cabo estaba necesitado de dinero y que vendió la propiedad para no perderla (fs. 102 segundo párrafo; 125, quinto párrafo) ni tampoco lo afirmando en el boleto -como citamos reiteradamente- luce verosímil. Vale recordar que la certeza que se exige en el proceso no es una certeza matemática, sino una certeza moral que consiste en la demostración suficientemente consistente, que genera convicción (CNCiv M autos "Casaburi c/ Folatti" del 5/5/2010, recurso n° 505814, expte. n° 71.316/05, entre otros). La convicción es la medida psicológica de la certeza, que tiene importancia mínima en la certeza matemática, pero máxima en la certeza histórica. El conocimiento se consolida en certeza histórica al amparo de la convicción (conf. Muñoz Sabaté, Ll., Técnica probatoria, pág. 65 con cita de Furno, ed. Praxis, Barcelona, 1993). Así, cuando sobre un hecho existen dos hipótesis contradictorias e incompatibles -como sucede en el caso- la elección se realiza mediante el criterio de la probabilidad prevaleciente, que consiste en la elección de la hipótesis fáctica más aceptable por contar con apoyo relativamente mayor sobre la base de los elementos de prueba conjuntamente disponibles (conf. Taruffo, Michele, ?La prueba de los hechos?, p. 298 y ss., ed. Trotta, Madrid, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, 2005; esta Cámara Expte. 10.649 reg. int. 91 (S) del 11/09/2017 y Expte. 11023 reg. int. 106 (S) 29/8/2018) lo que en autos se resuelve a tenor de las pruebas analizadas en favor del demandado reconviniente. Llegados a este punto cabe analizar el cuestionamiento del actor a la existencia de un vicio en la voluntad del demandado reconviniente. He de discrepar con éste último y con el Juez de grado respecto de la existencia de ese vicio. Señala el magistrado que ?bajo la apariencia de la celebración del boleto de compraventa, Cabo creyó en la versión de su abogado de estar garantizando la devolución de un préstamo en dinero.? Sin embargo no se trata aquí de un engaño sino, en todo caso del abuso de confianza que permite un negocio fiduciario como el dispuesto. Los dichos del propio demandado en sede penal (fs. 2) y al contestar demandada y reconvenir (fs. 77/81, ap. II.3) confirman que Cabo sabía de la finalidad de garantía y quería esa finalidad pese al ropaje otorgado al acto, que obviamente conoció

y quiso también. Mal puede entonces entenderse que hubo dolo en el consentimiento del acto pues este vicio importa un engaño, la conformación de una falsedad o artificio, una astucia o maquinación (art. 931 CC, vigente al momento del hecho) a la par que debe ser la causa determinante de la acción (art. 932 2ª CC) aspectos que por las propias manifestaciones del demandado se advierten como incumplidas. Así se suele mencionar que el dolo es un error inducido, un error en el consentir (por todos v. Compagnucci de Caso, ob. cit. p. 274) pero en autos el propio demandado refiere que consintió en firmar sabiendo que era un boleto de compraventa en garantía de un préstamo de dinero, confiando que cumplidas las obligaciones se le retornaría el documento (v. fs. citadas de la contestación de demanda) con lo que el negocio fue querido por el demandado aunque se duele de la consecuencia pues entendía que no sobrevendría. Cabe preguntarse si rechazada la existencia del dolo, comprobado que la operación tenía por finalidad garantizar las deudas del demandado, puede progresar la acción de escrituración como una suerte de ?ejecución de la garantía?. La respuesta es negativa. Permitir la escrituración -esto es la transferencia del dominio del deudor al acreedor- sería tanto como convalidar un fraude a la ley, situación que los jueces estamos llamados a impedir (art. 21 CC). Es que el negocio en cuestión -indirecto, basado en la confianza del deudor al acreedor, concluido bajo una ?causa fin? falsa- contraviene el sistema de cobro de las deudas que rige en nuestro sistema de derecho privado (arts. 505; 910 y ccdtes. del CC) y crea una preferencia de cobro de fuente convencional que se encuentra específicamente vedada por la ley (art. 3876 CC). Refiere Mosset Iturraspe (?Contratos simulados y fraudulentos? T., II, p. 54, Rubinzal Culzoni) que ?(...) en el fraude a la regla general (...) se configura un apartarse del comportamiento predispuesto (pretendiendo lograr el objetivo que la ley prohíbe u otro análogo (...) con daño, en sentido amplio, para un tercero (el Estado [en el caso del fraude a la ley] Y ese apartamiento no importa una transgresión franca sino torcida, que requiere del ardid de la astucia.? Párrafos más adelante expone que ?El negocio fraudulento se realiza apoyándose o sirviéndose de una norma, denominada ?ley de cobertura?, por medio de la cual se viola una norma, llamada ?ley defraudada? (ob. cit. p. 62) Las que en autos se identifican la primera con las reglas de los contratos y más específicamente las relativas a la compraventa, y la segunda con las citadas reglas para agredir el patrimonio de un deudor y las de prohibición de constituir preferencias, como la del caso, con fuente contractual. Coincide Spota con esta idea cuando señala que en el fraude a la ley se respeta la norma ?pero se elude su espíritu, recurriendo a actos aparentemente lícitos, pero que en sí, o en su combinación, persiguen el resultado prohibido.? (?Tratado de Derecho Civil. Parte General? t. 1, vol. 2 (2). Finalmente para concluir la definición de la cuestión a la que nos enfrentamos refiere también Mosset Iturraspe (ob. cit. p. 159) que cuando se trata de un negocio en fraude a la ley ?El vicio incumbe al negocio en sí y no al consentimiento o a la voluntad negocial. Refiere a la finalidad jurídica perseguida (...)? tal como advertimos aquí. En ese ámbito resulta innegable que de permitirse la escrituración -una vez establecida la real naturaleza del negocio base- se permitiría la ejecución de una garantía real no consentida por el número cerrado legislado en nuestro sistema de derecho (art. 2502 CC y su doctrina) pues se llegaría a un resultado análogo al de las garantías típicas. A la par que se convalidaría que el acreedor realice sus derechos sobre el patrimonio del deudor escapando a las reglas habituales y obligadas de ejecución del patrimonio del obligado en tanto ?prenda común de los acreedores?, es decir una forma de ejecución ?contra legem?. Es que, además, la ejecución forzada resulta no sólo la institución de cobro regular y típica sino que es a la vez el sistema más adecuado para la protección del deudor, pues tendrá oportunidad de defensa (art 18 CN; v. en tal sentido Mosset Iturraspe, J. ?Negocio fiduciario con fines de garantía? en RDPyC ?Garantías? p. 81/83). Permitir la ?ejecución? importaría, como adelantamos, crear una preferencia de cobro pues, admitido que entre la actora, los reconvenidos y el demandado existieron préstamos de dinero, la entrega a la SRL del dominio del inmueble significaría que tales créditos se ?cobrarían? antes que los eventuales restantes acreedores, en función de la fecha de firma del boleto, a la par que éstos no tendrían forma de conocer esa auto restricción del deudor en favor de uno de sus acreedores, ya que no existió ni publicidad registral ni publicidad posesoria que los advirtiera de tal preferencia. Se presenta así como evidente que la finalidad de garantía resulta ilícita por contraria a la ley resultando de tal manera nulo de nulidad absoluta el negocio entre acreedor y deudor (arts. 18; 21; 502; 505; 953; 1044 y 1047 CC). Siendo ello así la falta de alegación por las partes no resulta obstáculo a la declaración que aquí se propone en tanto el carácter de la nulidad y la evitación del fraude a la ley permiten, o incluso imponen, su declaración de oficio (arts. 1044 y 1047 CC). Es que ?estando de por medio una norma imperativa, en cuya vigencia se encuentran interesados el orden público, en sus distintos aspectos, o las buenas costumbres, la nulidad o anulabilidad mencionada será siempre absoluta, no siendo obstáculo para ello la falta de una sanción expresa, de una declaración concreta de nulidad; pues es sabido que la nulidad es sanción aplicable a la generalidad de los actos contrarios a la ley, se trate de una infracción abierta o encubierta.? (Mosset Iturraspe ?Contratos simulados y fraudulentos? T., II, p. 161, Rubinzal Culzoni). Por si fuese necesario he de aclarar que tanto la actora como los reconvenidos resultan vencidos por la pretensión de nulidad del reconviniente. La SRL por resultar quien pretende frente al demandado y los reconvenidos pues, como entiendo hemos visto, su actuación -aún con grandes matices entre uno y otro- resultó imprescindible para llegar al negocio cuya nulidad propongo confirmar. Así la Sra. Ancía se comportó como instrumento de la voluntad de su cónyuge, cabe entender que en función de la

lógica confianza que del vínculo puede derivar (arts. 163 inc. 5º; 375 y 384 CPCC; arg. Art. 198 CC y su doctrina) pues su indispensable actuación, colocó a la SRL a disposición del Sr. Frigerio para que éste lograra su objetivo de garantizar las obligaciones asumidas por el Sr. Cabo. La defensa esgrimida al contestar la reconvenición (imposibilidad de responsabilizar a la socia por haber actuado como mera representante) no es óbice para que la reconvenición por nulidad progrese a su respecto puesto que, claramente, la actuación no encarnaba en el objeto social ni respondía a un interés societario sino a las instrucciones y decisiones tomadas por el cónyuge Frigerio (v. absolución posiciones Ancía, respuestas 6ª; 9ª; 12ª; 20ª; 21ª; 25ª; 29ª a 33ª; 35ª y especialmente 40ª). Siendo ello así la reconvenida no puede escudarse en la "teoría del órgano" para eludir la acción en su contra pues luce acreditado que la actuación cuestionada no se efectuaba en pos de un interés social sino de uno personal (arts. 11 inc. 3º; 54, segundo párrafo; 58 a contrario sensu y 59 LSC). A su turno, Frigerio, quien como dijimos dirigió la operación, aprovechándose de su condición de letrado del demandado y de apoderado de la SRL actora, perseguía el cobro de las obligaciones sea por vía directa, sea por vía de la obtención del inmueble; todo lo cual lo coloca en el lugar de principal beneficiario del eventual progreso del negocio (arts. 901 y 909 CC; 163 inc. 5º; 375; 384; 421 CPCC).

IV.- Resta finalmente indagar si pese a la modificación del supuesto de nulidad del negocio es aún posible atender el agravio del demandado reconviniente que aduce haber sufrido "daño moral" como consecuencia del accionar de la actora y de los reconvenidos. Si bien el reconviniente no lo aclara la pretensión parece exceder el ámbito contractual y ubicar el daño padecido en la esfera extracontractual, ello en función de los hechos en los que funda el perjuicio moral que dice haber padecido (v. reconvenición fs. 87/88). Dentro de ese marco sabido es que deben registrarse cuatro elementos para determinar la existencia de responsabilidad civil: antijuridicidad, daño, relación de causalidad y factor de atribución. El primero de ellos debo entenderlo ya demostrado en autos en función de la nulidad decidida, la que coloca innegablemente al acto entre los ilícitos (arts. 21 y 898 CC). En cuanto al factor de atribución resulta ser subjetivo (culpa o dolo) pero antes de analizarlo debo detenerme en la relación de causalidad pues creo que es allí donde radica la improcedencia del reclamo. Es que del relato de los acontecimientos tal como hemos entendido que fueron acreditados surge que la actuación de quien se dice damnificado proporcionó el sustrato negocial imprescindible a partir del cual se desplegó el accionar dañoso. En otros términos la conducta del damnificado -reiteramos que entre otras actividades reconoció haber ofrecido la operación para garantizar las deudas asumidas- resultó condición causal necesaria del desenlace y por tal razón no puede reclamar válidamente indemnización (arts. 901; 903; 1109 y 1111 del CC). Es decir que la actuación de la víctima de autos no se redujo a un actuar meramente material sino fáctica y causalmente relevante para la conclusión dañosa (v. Zavala de González, M. "Resarcimiento de daños" T. 4, p. 280, Hammurabi).

V. Por último la petición subsidiaria que trae el apoderado de la actora (apartado 7 de su memorial) no puede considerarse aquí en tanto no fue motivo de oportuna alegación en la instancia (art. 272 CPCC). En función de las consideraciones efectuadas hasta aquí entonces mi propuesta al Acuerdo es: 1) confirmar el rechazo de la demanda por escrituración y daños y perjuicios con costas en ambas instancias a la actora vencida (art. 68 CPCC); 2) confirmar el progreso de la reconvenición y la nulidad del boleto de compraventa de fecha 9/5/2007 -por las razones dadas en el precedente voto- contra "Transporte la Permanente SRL", así como también contra Soledad Ancía y Alejandro Bartolomé Frigerio, aspecto en el que se revoca la decisión de grado; 3) confirmar el rechazo del reclamo del reconviniente por daños y perjuicios; 4) las costas derivadas de la reconvenición por nulidad y daños y perjuicios deben ser impuestas en un 90% a los reconvenidos y en un 10% al reconviniente en función del progreso parcial (art. 71 CPCC). En función de lo expuesto voto por la AFIRMATIVA. A la misma cuestión planteada la Señora Juez Doctora Issin votó en igual sentido por análogos fundamentos. A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR LOIZA DIJO: Corresponde 1) confirmar el rechazo de la demanda por escrituración y daños y perjuicios con costas en ambas instancias a la actora vencida (art. 68 CPCC); 2) confirmar el progreso de la reconvenición y la nulidad del boleto de compraventa de fecha 9/5/2007 -por las razones dadas en el precedente voto- contra "Transporte la Permanente SRL", así como también contra Soledad Ancía y Alejandro Bartolomé Frigerio, aspecto en el que se revoca la decisión de grado; 3) confirmar el rechazo del reclamo del reconviniente por daños y perjuicios; 4) las costas derivadas de la reconvenición por nulidad y daños y perjuicios deben ser impuestas en un 90% a los reconvenidos y en un 10% al reconviniente en función del progreso parcial (art. 71 CPCC). 5) Difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 51 ley 14.967).

ASI LO VOTO. A la misma cuestión planteada la señora Jueza doctora Issin votó en igual sentido por los mismos fundamentos. Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente: SENTENCIA Necochea, 1 de abril de 2019.-

VISTOS Y CONSIDERANDO: Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo: 1) se confirma el rechazo de la demanda por escrituración y daños y perjuicios con costas en ambas instancias a la actora vencida (art. 68 CPCC); 2) se confirma el progreso de la reconvenición y la nulidad del boleto de compraventa de fecha 9/5/2007 -por las razones dadas en la primera cuestión- contra "Transporte la Permanente SRL", así como también contra Soledad Ancía y Alejandro Bartolomé Frigerio, aspecto en el que se revoca la decisión de grado; 3) se confirma el rechazo del reclamo del reconviniente por daños y perjuicios; 4) las costas

derivadas de la reconvención por nulidad y daños y perjuicios deben ser impuestas en un 90% a los reconvenidos y en un 10% al reconviniente en función del progreso parcial (art. 71 CPCC). 5) Difiérese la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 51 Ley 14.967). Devuélvase juntamente con los principales "Frigerio Alejandro Bartolomé c/Cabo David César s/Cobro Ejecutivo", Expte. N° 33.649, en I cuerpo y 123 fojas; "Banco de la Pampa c/Sur Playas SRL s/Cobro Ejecutivo", Expte. N° 21.940 del Juzgado Civil y Comercial N° 1, en I cuerpo y 231 fojas; la causa penal "s/Denuncia. Denunciante: Cabo David César", IPP N° 2078/09, en II cuerpos y 237 fs. Notifíquese personalmente o por cedula (art 135 CPC). Devuélvase (art. 47/8 ley 5827).

042574E