

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 11 de junio de 2014, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Genoud, Kogan, Hitters, de Lázzari**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 116.696, "Lombardo de Monti, Nélide contra Vázquez, Héctor A. y otro. Escrituración".

A N T E C E D E N T E S

La Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mercedes confirmó el fallo de primera instancia que había rechazado la demanda de escrituración, declarando la nulidad parcial del contrato base de la acción y dejando expedita la vía para reclamar -si fuera menester- el cumplimiento del contrato de mutuo oneroso (fs. 310/313 y 338/349).

Se interpuso, por la parte actora, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 353/370).

Dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

C U E S T I Ó N

¿Es fundado el recurso extraordinario de

inaplicabilidad de ley?

V O T A C I Ó N

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

I. En el marco de un juicio de escrituración, la demanda promovida por Nélida Lombardo de Monti contra Héctor Alfredo Vázquez y Liliana Julia Rodríguez fue rechazada con fundamento en que el acto jurídico base de la acción es simulado. Asimismo, fue declarada la nulidad parcial del boleto de compraventa, aclarándose que el verdadero negocio jurídico celebrado entre las partes es un mutuo oneroso.

II. La Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mercedes confirmó, aunque por otros fundamentos, el fallo de primera instancia que había rechazado la demanda de escrituración (fs. 310/313 y 338/349).

En efecto, el tribunal de grado consideró que la compraventa con pacto de retroventa celebrada entre las partes, cuya escrituración pretende la accionante, es un acto jurídico simulado que en realidad esconde un mutuo oneroso con garantía pignoratícia ilícita.

Para así decidir, al comenzar los considerandos, realizó las siguientes precisiones.

A modo liminar, aclaró que no podía abordar

un argumento expuesto en la expresión de agravios (la prescripción de la acción de simulación) por no haber sido propuesto al juez de la instancia anterior (art. 272, C.P.C.C.).

Luego, fija el alcance de la relación procesal (legitimación), estableciendo que la disputa sobre la simulación está entablada entre las dos partes sustanciales del negocio, cualquiera que haya sido éste, ya sea una compraventa inmobiliaria y aquí están el comprador y el vendedor, o un mutuo dinerario, con su mutuante y los mutuarios (fs. 341).

Determina que el proceso se desarrolla sobre un telón de fondo bien definido: el de la simulación (relativa), defensa argüida por los demandados; con el consecuente pedido de nulidad de ese acto jurídico, pretensión dirigida contra quien aquí les reclama la prestación a que se obligaron en el acto ostensible: la escrituración de un inmueble (fs. 342 vta.).

Indica también que el pacto de retroventa convenido en la cláusula 8ª del instrumento de fs. 17 no es tal ya que, tratándose de inmuebles, resulta necesario que el mismo haya salido del patrimonio del vendedor y que, en consecuencia, éste pueda recuperarlo, extremo que no ha ocurrido en autos toda vez que no se ha otorgado escritura pública ni se ha inscripto en el registro, por lo que solo

se trata de una mera promesa sujeta a una cláusula resolutoria, potestativa del vendedor (fs. 342).

Efectúa una aclaración en cuanto al procedimiento seguido en autos. Dice que la excepción o defensa de simulación, o de nulidad por simulación opuesta por los demandados, de la que no se dio traslado a la parte actora y que la colocó en estado de indefensión, "en puridad causal de nulidad de lo actuado salvo preclusión", se subsana en esa segunda instancia con la posibilidad de discutir y alegar sobre el tema, no pudiendo calificarse de novedoso o sorpresivo nada de lo que en los agravios se relacione en torno a la simulación (arg. **a contrario** art. 272, C.P.C.C.).

Aunque aclara luego que, siendo un proceso sumario, bien pudo el actor dentro de los cinco días del auto que tuvo por contestada la demanda, ampliar su prueba con respecto a los nuevos hechos invocados por los demandados (art. 848 tercer párrafo). Si no lo hizo, afirma, y consintió el auto de apertura a prueba, es porque no tenía contrapruebas que ofrecer.

Aún así, concluye afirmando que el silencio o falta de réplica del actor a la imputación de simulación no puede ser tomado como indicio en su contra.

Advierte que los demandados echan mano a una pretendida lesión subjetiva como fundamento de la

simulación que oponen como defensa. A lo que agregan una supuesta estafa en la que estaría incurso el actor al procurar cobrarles una deuda que ya había sido saldada (fs. 343 y vta.).

Sentado ello, la Cámara ingresa a evaluar los temas de fondo.

Así pues, analizando los institutos de la simulación y de la lesión, tiene por configurado únicamente al primero como un caso de simulación parcial ilícita y, por ende, como un supuesto de acto nulo, por cuanto con el boleto de compraventa inmobiliaria con cláusula de arrepentimiento del vendedor o pacto de retroventa en realidad se encubrió un mutuo con una suerte de garantía real (fs. 342 vta./346).

Advierte que ambas partes y el juez mismo implícitamente han considerado la existencia de simulación, por lo que no sería necesario, pues, exigir contradocumento alguno.

Explica dónde radica la ilicitud del concierto de un mutuo con garantía real inmobiliaria bajo el ropaje de una promesa de venta con pacto de arrepentimiento del vendedor, concluyendo en que la garantía pignoratícia inmobiliaria de un mutuo, enmascarada en una promesa de venta con cláusula de arrepentimiento a favor del vendedor, es un acto ilícito (fs. 345).

Echando mano a cita jurisprudencial, que adopta como propia, dice que la garantía pactada mediante la retroventa es anulable, pues resulta violatoria de lo dispuesto en los arts. 3165, 3169, 3222 y 3224 del Código Civil. *"Ello porque se ha sustituido la constitución de un gravamen real por un contrato pignoraticio. Si al acreedor hipotecario le está vedado apoderarse del inmueble de su deudor, en pago del valor de la deuda -ya que en todos los casos debe pedir la venta del bien (art. 3165 ya cit.); 'a fortiori' tal veda le alcanza al acreedor que no cuenta con una garantía de tal naturaleza y envergadura..."*. Estamos, dice, ante un caso en el que una prohibición implícita de la ley hace que sea ilícita la conducta que la contraviene. Y nulo, en consecuencia, el acto en que se plasma (fs. 345 vta./346).

Con piso en tales nociones, para arribar a la conclusión de la existencia de un acto simulado, se basó en una serie de indicios, a saber: a) que el reclamo judicial se hubiera demorado casi seis años desde la fecha del boleto y cinco desde el momento en que habría caducado la posibilidad de arrepentimiento del vendedor (admite, empero, la debilidad de tal indicio por su vaguedad y ambigüedad); b) que la señora Lombardo pagó la totalidad del precio en el acto de suscribir el boleto, estrechamente ligado a la circunstancia de que en ningún momento entró en

la posesión material del inmueble, y que nunca se preocupó por el pago de los impuestos y tasas que lo gravaban; c) que se haya convenido una cláusula rescisoria potestativa del vendedor que hace sospechar sobre la sinceridad de la venta, pues ínsita la vocación de permanencia del bien en el patrimonio del adquirente, el pacto de retroventa es claramente contradictorio con tal vocación; d) que durante el lapso de cinco años la compradora no reclamó el otorgamiento de la escritura pública ni tampoco compensación alguna por esa ocupación exclusiva; e) que la accionante se dedique al préstamo de dinero o a la realización de operaciones financieras (fs. 346 vta./348).

Concluye por todo ello en la nulidad del acto simulado y en la subsistencia del negocio disimulado; esto es el mutuo admitido, cuestión sobre la cual no se explaya pues el hacerlo supondría resolver **extrapetita**.

III. El apoderado de la parte actora interpuso contra este pronunciamiento recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en el que denuncia la infracción de los arts. 11, 31 y 171 de la Constitución provincial; 16, 17 y 18 de la Constitución nacional; 163 inc. 5, 164, 272, 330 inc. 4, 354 incs. 2 y 3, 375, 384, 456 y 484 del Código Procesal Civil y Comercial; 954 a 960, 1044, 1046, 1058 bis, 1184 inc. 1, 1192, 1193, 1323, 1366, 1373, 1380 a 1391 y 2240 del Código

Civil; así como absurdo en la valoración de los escritos constitutivos del proceso y de la prueba producida (fs. 353/370).

En breve síntesis, alega que la Cámara ha vulnerado los derechos constitucionales de defensa en juicio e igualdad ante la ley, por violentar el principio de congruencia al haberse introducido en una cuestión no planteada por los demandados, esto es, la simulación del boleto de compraventa -fundamento de la acción de escriturar- que no fue opuesta ni como excepción ni como reconvención.

Al respecto, expone que su parte entabló una demanda por escrituración, en virtud del negocio jurídico antes mencionado -boleto de compraventa- celebrado el 9 de septiembre de 1996 con los demandados Héctor Alfredo Vázquez y Liliana Julia Rodríguez.

Sostiene que los vendedores no opusieron excepciones ni reconvinieron por simulación. Ello no obstante, señaló la recurrente, la oscuridad del escrito de contestación de demanda motivó el auto del juez de grado que ordenara a los accionados a que "... manifiesten si lo expuesto es reconvención..." (fs. 357/358).

A pesar de ello, el tribunal de grado se apartó de los términos en que había quedado trabada la **litis** al abordar el tratamiento de la "defensa" de

simulación, aplicando erróneamente el principio **iura novit curia** sobre hechos que no fueron propuestos y, además, impidiendo que su parte alegara la prescripción de la simulación (fs. 358/360).

Aduce, al contrario de lo afirmado por la alzada, que la simulación del acto jurídico sí resultó un tema sorpresivo o novedoso, al punto de que se vio imposibilitada de ofrecer prueba y alegar otras defensas, dado que no tuvo la oportunidad procesal correspondiente (fs. 360 vta./361).

También se agravia por la forma en que el **a quo** interpretó las normas relativas al pacto de retroventa, teniendo por celebrado un mutuo oneroso (arts. 1366, 1380 a 1390, Cód. Civil), y por la valoración absurda de la prueba (fs. 363/369).

Alega que su parte no ofreció prueba porque no tuvo la oportunidad procesal de hacerlo, porque nunca se le corrió traslado de excepciones o de reconvenición y por último, porque la demandada en su responde no planteó "hecho nuevo" dentro de lo normado por el art. 484 del Código Procesal Civil y Comercial.

IV. El recurso no prospera.

a. En autos, la actora Lombardo de Monti entabló demanda por escrituración contra sus vendedores, el matrimonio Vázquez y Rodríguez de Vázquez, ante el

resultado infructuoso de las tratativas extrajudiciales tendientes a obtener la escritura traslativa de dominio del bien comprometido (fs. 19/21).

Al contestar el traslado de demanda, los accionados opusieron la ineficacia del boleto de compraventa por cuanto el mismo había sido celebrado con aprovechamiento de sus necesidades económicas, pues, en realidad, tal operación encubría una garantía de un préstamo de dinero, siendo el acto plasmado ideológicamente falso, razón por la cual solicitaron la anulación por simulación en los términos de los arts. 953 y 1045 del Código Civil (fs. 25/28).

Frente a ello, como se señalara, el juez de primera instancia intimó a los accionados para que "... manifiesten concretamente si lo expuesto (en el responde) importa una reconvención" (fs. 35 vta.).

Al cumplir con la intimación, Vázquez y Rodríguez de Vázquez aclararon que "... la impugnación sobre el boleto de compraventa traído a juicio lo es por simulación, cuyo planteo se trae por vía de excepción como defensa de fondo a fin de que V.S. la declare con los efectos de nulidad al momento de sentenciar..." (sic., fs. 39).

Sobre tal agravio que gira en derredor de la interpretación del escrito de demanda y su respuesta, en

principio se impone recordar que "determinar el sentido y alcance de los escritos constitutivos del proceso, y los límites en que quedó trabada la litis, es facultad privativa de los tribunales de grado por tratarse de típicas cuestiones de hecho, que sólo pueden ser objeto de revisión en la instancia extraordinaria en el caso que se demuestre de manera fehaciente la existencia de un razonamiento absurdo, con la debida cita de las normas legales que de tal modo habrían sido violadas" (C. 103.106, sent. del 3-III-2010; C. 108.116, sent. del 27-IV-2011; C. 108.666, sent. del 2-XI-2011, entre tantas otras); y que "tal absurdo debe ser fehacientemente demostrado por quien pretende controvertir en casación conclusiones sobre esas cuestiones de hecho. Y esa acreditación no se logra con sólo manifestar su desacuerdo, paralelando opiniones; es necesario evidenciar que lo concluido es el producto de un error grave y ostensible que ha derivado en afirmaciones incongruentes o contradictorias con las constancias objetivas de la causa" (C. 104.663, sent. del 2-III-2011; C. 108.666, sent. del 2-XI-2011; C. 108.620, sent. del 21-XII-2012).

Sentado ello, la sola reproducción del conteste de demanda echa por tierra el agravio del recurrente dirigido a denunciar la violación de la defensa en juicio, postulado que enarbola a partir de su afirmación

en el sentido de que la demandada no opuso la simulación como una excepción ni defensa (fs. 357/358 vta.).

Es claro entonces que la accionada, frente a la demanda que le fuera dirigida, planteó en su contestación que el negocio que abría paso al pedido de escrituración resultaba simulado, pidiendo por ello la ineficacia de tal boleto de compraventa (fs. 26 vta.). Expresamente en su petitorio solicitaba, precisamente, se hiciera lugar a la simulación planteada (fs. 28 vta.).

El propio tenor de la contestación (quizás impreciso en sus alcances) motivó que el juez de la instancia de grado inferior intimara a los demandados para que manifestaran concretamente si lo expuesto en tales términos suponía una reconvenición (fs. 35 vta.); a lo cual contestan los accionados afirmando que "la impugnación sobre el boleto de compraventa traído a juicio lo es por simulación, cuyo planteo se trae por vía de excepción como defensa de fondo a fin de que V.S. la declare con los efectos de nulidad al momento de sentenciar" (fs. 39).

Lo brevemente expuesto sirve por sí mismo para dar respuesta adversa al agravio dirigido a cuestionar los alcances de tal contestación de los demandados.

b. A su vez, en relación a la queja dirigida a cuestionar la imposibilidad de ofrecer pruebas por estarle vedado en esa etapa procesal (fs. 360), es lo

cierto que al respecto la alzada afirmó que "... bien pudo el actor, dentro de los cinco días del auto que tuvo por contestada la demanda, ampliar su prueba con respecto a los nuevos hechos invocados por los demandados (CPC 484, tercer párrafo)" (fs. 342 vta.). Sobre ello, el recurrente afirma que el sentenciante erróneamente pretende calificar al responde del demandado, a sus dichos y afirmaciones, como hecho nuevo, entendiendo a los mismos como aquellos que ocurrieron con posterioridad a la traba de la **litis** o que siendo anteriores eran desconocidos por las partes (fs. 360 vta.).

Lo cual no es así, por cuanto lo que afirma el **a quo** es que lo expuesto por los demandados, lo reitero, oficia a modo de nuevo hecho denunciado, entendido como aquellas circunstancias que expone el demandado en su contestación (o el actor al contestar el traslado de la reconvencción) y que fueran silenciadas en los escritos de demanda (o reconvencción).

Estos nuevos hechos son circunstancias fácticas expuestas por la parte (demandado o reconvenido) a modo de factor extintivo, impeditivo o modificativo de la acción que la contraria le dirigiera. Y sobre las cuales puede el actor o reconviniente (según el caso) ofrecer la prueba documental referente a tales hechos (arts. 333 y 484, tercera parte del C.P.C.C.).

Sobre las cuestiones apuntadas se ha señalado que tanto las negaciones como las excepciones son actos encaminados a lograr el rechazo definitivo, total o parcial, de la *pretensión interpuesta por el actor, o, en su caso, la paralización temporal de ésta*, en cuyo ámbito se encuentran inexorablemente insertas. Incluso los nuevos datos fácticos incorporados como fundamento de una excepción pueden tener incidencia en la delimitación del área litigiosa y en la consiguiente mayor amplitud que imprimen al **thema decidendum**, pero *carecen de virtualidad para alterar el objeto del proceso, que se halla exclusivamente fijado por el contenido de la pretensión*. En otras palabras, aunque las negaciones o excepciones del demandado son susceptibles de acrecentar el número de cuestiones sometidas a la decisión del órgano judicial, su *finalidad queda circunscripta a la obtención de una sentencia declarativa acerca de la inexistencia, total o parcial, del efecto jurídico perseguido por el actor* (ver Palacio, Lino E., "Derecho Procesal Civil", 2ª ed., actualizada por Carlos E. Camps, Abeledo Perrot, 2012, t. VI, p. 137).

En autos el objeto del proceso, que se halla exclusivamente fijado por el contenido de la pretensión, es la escrituración, respecto a la cual los demandados oponen sus defensas para intentar conseguir neutralizar los

efectos propios de la demanda.

Visto ello, la ausencia de dúplica no impide que la parte contrarreste con documental los hechos o circunstancias que la contraria le opone al progreso de su acción.

Ahora bien, pudiendo hacerlo, la actora no ofreció la prueba documental de la que podía valerse para enervar los efectos de la defensa expuesta por su contraria. Y bien sabido es que la facultad procesal no usada se extingue (C.75.777, sent. del 13-VI-2001), y que "La firmeza de los actos procesales es una necesidad jurídica que justifica su validez, no obstante los vicios que pudiera presentar" (C. 100.180, sent. del 2-III-2011).

c. Sentados dichos principios generales, ya situados en el campo propio de la defensa o excepción opuesta por los demandados (solicitan la nulidad de la compraventa por cuanto detrás del acto aparente existe otro disimulado), recordemos que el **a quo** enuncia y evalúa una suerte de convergencia de indicios graves, precisos y concordantes (fs. 348) que lo llevan a concluir en la existencia de un acto simulado ilícito, o sea reprobado por la ley (compraventa con garantía pignoratícia) que oculta en realidad otro distinto que se pretende disimular (mutuo oneroso).

En tal área de evaluación, recordemos que

tiene dicho este cuerpo que: "Apreciar las circunstancias que concurren a formar presunción de verosimilitud respecto del vicio de simulación en el acto impugnado, constituye una cuestión que por su naturaleza -en principio- resulta impropia del recurso de inaplicabilidad, destinado a controlar la recta aplicación de la ley a los hechos definitivamente juzgados en las instancias ordinarias" (C. 59.364, sent. del 25-XI-1997). Y que: "Determinar si concurren o no las circunstancias que hagan inequívoca la existencia de simulación en un caso concreto, es típica cuestión de hecho y como tal, sólo susceptible de revisión si se demuestra fehacientemente la existencia de absurdo en el quehacer valorativo que con exclusividad están llamadas a cumplir las instancias de mérito" (C. 74.854, sent. del 8-XI-2006; C. 89.609, sent. del 15-VIII-2007; C. 90.342, sent. del 21-XII-2011).

En el caso la recurrente denuncia el vicio de absurdidad en el razonamiento de la Cámara. En oposición a lo definido por el **a quo** (fs. 344 **in fine**) dice que jamás reconoció, ni aún implícitamente, la existencia de simulación (fs. 363 vta.). Y si bien una relectura de su expresión de agravios (fs. 320/327) permite advertir la ausencia de reconocimiento de circunstancias que harían inequívoca la existencia de simulación; y que expone el recurrente otros argumentos con la firme intención de

desvirtuar las conclusiones de la alzada acerca de precisos indicios (demora en promover la demanda, no haber entrado en posesión de lo adquirido, calidad de prestamista de la actora), lo cierto es que tal exposición dista de configurar un ataque concreto revelador del absurdo que se endilga.

El recurrente opone a las conclusiones de la alzada apreciaciones subjetivas que, como tales, no sirven para conseguir el fin perseguido.

Máxime cuando se dejan sin ataque concreto otras circunstancias (indicios) valoradas por el **a quo** y que sirven para dotar de fundamento fáctico-jurídico lo resuelto. Así ha de verse que deja en pie nociones fundamentales que operan en el razonamiento de la alzada como indicios graves, precisos y concordantes de su persuasión, tales como: el pago de la totalidad del precio pactado a la firma del boleto; el no pago de los impuestos y tasas que gravaban el inmueble; la inclusión de un pacto de retroventa que contradice la vocación de permanencia que supone la compraventa de inmuebles; la tolerancia hacia los vendedores para que continuaran ocupando el inmueble, sin reclamarles siquiera alguna compensación por dicho uso exclusivo; la compra de mitad indivisa que revela, por sí misma, la ausencia de vocación de disfrute material de la cosa (fs. 347 y vta.).

De tal modo, no se hace cargo el quejoso de refutar una a una las razones que brinda el **a quo** para fundar su sentencia confirmatoria.

Tal ataque parcializado del recurrente, que deja incólumes nociones fundamentales del decisorio en crisis (más allá del acierto o error de las mismas), derivan necesariamente en la insuficiencia del embate.

d. Además, recordemos que en el pertinente capítulo (**V: Fundamentos del Recurso**) el recurrente denuncia la violación de numerosas normas (arts. 11, 31 y 171 de la Constitución provincial; 16, 17 y 18 de la Constitución nacional; 163 inc. 5, 164, 272, 330 inc. 4, 354 incs. 2 y 3, 375, 384, 456 y 484 del Código Procesal Civil y Comercial; 954 a 960, 1044, 1046, 1058 bis, 1184 inc. 1, 1192, 1193, 1323, 1366, 1373, 1380 a 1391 y 2240 del Código Civil), mas luego, en el desarrollo argumental de su recurso, omite precisar de qué modo el fallo infringe las citas legales. Y sobre el tópico resulta también oportuno recordar que: "Quien afirma que la sentencia viola determinados preceptos del derecho vigente, anticipa una premisa cuya demostración debe luego llevar a cabo. La frustración de esta exigencia provoca la insuficiencia del intento revisor" (C. 107.352, sent. del 28-III-2012; C. 108.676, sent. del 27-VI-2012; C. 109.317, sent. del 19-XII-2012).

e. Finalmente, más allá de la insuficiencia advertida, surge el agravio dirigido a cuestionar lo resuelto, en cuanto -palabras del recurrente- se lo priva de ejercer su legítimo derecho a escriturar, dotándolo de otro derecho distinto (percibir la suma prestada) que es de cumplimiento imposible, pues tal mutuo no existe como documento autónomo, y de exigirse en base al título que supone la sentencia, válidamente le sería opuesta la prescripción de la acción. Al respecto, y si bien la materia es ajena a la **litis**, pues el acogimiento de la defensa opuesta por la accionada enerva los efectos propios de la acción de escrituración, y no más que ello, es lo cierto que, a su vez, el mutuo que se revela con la sentencia que anula la compraventa es perfectamente ejecutable, mas en proceso autónomo en el que serán expuestos los cargos del mutuante y defensas del mutuario (arts. 959, 1046, 1050, 1052 y cctes. del Cód. Civ.).

V. Por las razones apuntadas, doy mi voto por la **negativa**; con costas a cargo del recurrente (arts. 69 y 289, C.P.C.C.).

Los señores jueces doctores **Kogan, Hitters** y **de Lázzari**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Genoud, votaron también por la **negativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede,
se rechaza el recurso extraordinario interpuesto, con
costas (art. 289, C.P.C.C.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

JUAN CARLOS HITTERS

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

CARLOS E. CAMPS

Secretario