

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E

Fecha: 30/12/2010

Autos: Meller, Carlos Alejandro s/ quiebra c. Ytques, Santiago Alberto y otro

Sumario:

Se rechaza la apelación interpuesta contra la sentencia que declara simulada la enajenación de un inmueble celebrada por el fallido durante el período de cesación de pagos, ya que el comprador no ignoraba las dificultades económicas del fallido, por mantener con este una relación de amistad y que no resulta acreditado el efectivo pago del precio, máxime que el inmueble continua en posesión del fallido. Esto da lugar a que el subadquirente del inmueble en cuestión no pueda ampararse en la protección del art. 1051 del CC, porque al existir una vinculación social a las partes, puede descartarse su actuación de buena fe y a título oneroso, por idénticas razones que el primer adquirente.

Vocablos: APELACION - ADQUIRENTE A TITULO ONEROSO - BUENA FE - CESACION DE PAGOS - QUIEBRA - SIMULACION - SUBADQUIRENTE - ADQUIRENTE DE BUENA FE - PERIODO DE CESACION DE PAGOS - FALLIDO - COMPRAVENTA - NULIDAD DEL ACTO JURIDICO

2ª Instancia. — Buenos Aires, diciembre 30 de 2010.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 878/90?

El Juez de Cámara, Miguel F. Bargalló dice:

I. La sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción de nulidad por simulación promovida por Carlos Alejandro Meller (Meller) contra Santiago Alberto Ytques (Ytques) y Oscar Alberto Wallach (Wallach), declarando la nulidad, ineficacia e inoponibilidad respecto de la quiebra de Meller, de los actos efectuados por éste junto a los demandados Ytques y Wallach en relación: i) al contrato de compraventa del inmueble ubicado en el "Club de Campo Hacoaj" de la localidad de Tigre, Pcia. de Buenos Aires celebrado entre el actor e Ytques, ii) a la posterior transferencia de dicho inmueble a favor del codemandado Wallach y iii) el ulterior contrato de locación suscripto entre Wallach y Meller; encomendando al sindico las medidas pertinentes a los fines de ingresar dicho bien al activo de la quiebra, e impuso las costas a los vencidos.

II. El veredicto fue apelado por ambos demandados (fs. 891 y 898). Wallach expresó agravios a fs. 922/47 que fueron contestados por Meller a fs. 959/62, por Ytques a fs. 966/8 y por el sindico de la quiebra de Meller a fs. 979/83. Ytques sostuvo su recurso con la presentación de fs. 954/7 respondida a fs. 963/4 por Meller y a fs. 970/6 por el síndico.

1) Los agravios de Wallach contra el fallo que decidió acoger la demanda se ciernen sobre los siguientes aspectos: a) no haberse apreciado que no se entabló una acción sino dos distintas que deben ser resueltas de manera independiente, habiendo él intervenido sólo en la segunda compraventa, como adquirente de buena fe a título oneroso, b) ausencia de fundamentación en el rechazo de la excepción de prescripción opuesta por el codemandado Ytques, c) haberse estimado probada la simulación de la compraventa realizada entre Ytques y su parte y d) abuso procesal de Meller por haber actuado con temeridad y malicia.

2) De su lado, el codemandado Ytques se agravia de que se considerara que en la compraventa celebrada con Meller existió intención de su parte de perjudicar a terceros.

3) La señora Representante del Ministerio Público ante esta Cámara

se expidió a fs. 997/9 propiciando la confirmación del fallo.

III. De los términos de la demanda, más allá de cierta imprecisión que se observa en la fundamentación en derecho, resulta que la pretensión se enderezó a que se declarara nula por simulación la compraventa inmobiliaria celebrada entre Meller e Ytques, y que sus efectos se hagan extensivos a las ulteriores operaciones celebradas: i) por Ytques con el codemandado Wallach relativa a la adquisición de dicho bien sin que mediara buena fe ni título oneroso (CCiv. 1051); ii) por Wallach con Meller concerniente a la locación respecto del mismo bien.

Ello impone examinar inicialmente la primera de las operaciones de compraventa referidas y, de seguido, los alcances de dicha operatoria en relación a los restantes actos que le sucedieron: el segundo contrato de compraventa y el ulterior contrato de locación; sin desatender la invocación de haberse tratado de una única operatoria que ha involucrado esos diversos actos.

IV. Contrato de compraventa celebrado entre Meller y Ytques de fecha 05-07-96.

1) Circunstancias del contrato.

a) No fue discutido que el 05-07-96 Meller transmitió a Ytques, en forma simulada, el dominio revocable de su propiedad en el "Club Náutico Hacoaj", pactando como precio de venta la suma de US\$ 210.000 (fs. 1/25).

b) A su vez, ambos contratantes suscribieron luego -el 27-12-96- como contra documento, un boleto de compraventa por el cual el codemandado Ytques vendía a Meller el mismo inmueble conviniendo idéntico precio al de la venta anterior, entregándole en ese acto -el enajenante al adquirente- la posesión, acordando el otorgamiento de la escritura para "cuando el comprador lo decida", y obligándose el vendedor a otorgar un poder a favor de la o las personas que el adquirente designe para que en su nombre o representación suscribieran el acto escriturario (fs. 29/30).

c) Así, el 06-01-97 Ytques otorgó a Meller poder especial irrevocable por el término de cinco años, para que en su nombre y/o representación escriturara dicho inmueble a favor de la persona que indicase, por el mismo precio de compra al convenido con Ytques, con facultad para otorgar todo tipo de documento público o privado que fuere menester, otorgar y suscribir la escritura traslativa de dominio (fs. 26/7).

2) Excepción de prescripción opuesta por Ytques respecto a la acción de simulación.

a) Esta excepción fue desestimada en la sentencia de primera instancia (fs. 883/4, punto Ib) y 890, punto 4a), y quien la dedujo no formuló agravio a su respecto.

b) Quien si formuló agravios contra la desestimación de la excepción de prescripción fue el codemandado Wallach, arguyendo que se encuentra legitimado al efecto por su condición de litis consorte pasivo necesario y por tratarse de una defensa común. Adujo que la acción se encuentra prescripta por haberse iniciado su plazo una vez transcurrido el término de dos años desde que Meller tomó conocimiento de la transmisión del dominio a su favor.

Son diversas las circunstancias que conducen al rechazo del agravio:

i) Ante todo, el recurrente no opuso la excepción oportunamente, lo cual excluye su consideración en esta instancia pues se la ha introducido -aduciendo que refiere a la de su codemandado pero confiriéndole argumentación propia- recién al expresar agravios (CPr., 277).

ii) Por otra parte, Wallach carece de legitimación para agravarse del rechazo de la excepción de prescripción que dedujo únicamente su

codemandado Ytques. A este respecto debe descartarse que concurra un supuesto de litisconsorcio necesario, en tanto éste supone la existencia de una vinculación inescindible que imposibilita el dictado de un pronunciamiento que no alcance a todos los partícipes de una misma relación jurídica (CPr., 89), y ello no acontece en la especie, pues de lo que aquí se trata es de juzgar de modo independiente sobre pretensiones que refieren a vínculos distintos, anudados sucesivamente sin mediar identidad de contratantes; ello así aunque, en definitiva, la suerte de una de ellas (la nulidad por simulación de la compraventa) opere como prius de viabilidad -no de procedencia- de las otras (la extensión de sus efectos al tercero subadquirente y a los correlativos contratos); y, asimismo, sin perjuicio de que, como se verá, las sucesivas operaciones se inscriban en el contexto de un único negocio fraudulento.

iii) A todo evento, una hipotética situación de litisconsorcio necesario no excluía la carga de cada integrante de oponer las defensas propias, malgrado que, en razón de las peculiaridades de la situación, a uno de ellos pudiera aprovechar el acogimiento de la deducida por el otro.

iv) Además se advierte -tal como lo adelantara sub i)- que el recurrente intenta aprovechar la excepción opuesta por su codemandado mas trastocando -en actitud reñida con la buena fe- los términos de la proposición originaria: mientras que Ytques argumentó que el dies a quo del plazo prescriptivo respecto de las partes intervinientes corrió desde la celebración de la escritura de venta, el 05-07-96 (ver la confusa exposición en la contestación a la demanda en fs. 91, tercer párrafo), el recurrente invoca como su fecha de inicio el 26-05-98, aduciendo tratarse de la fecha en que Meller, al firmar el contrato de locación, se anotició de que Ytques desconoció la simulación (expresión de agravios, fs. 933, último párrafo); lo que además traduce haber simultáneamente sostenido lo que se exhibe contradictorio: la independencia de los contratos (y de las acciones) y la concurrencia de un litisconsorcio necesario. Ello, sin perjuicio de advertir que en todo momento Ytques sostuvo no desconocer la simulación ya que, por el contrario, la admite objetiva y subjetivamente (fs. 91, cit.).

v) Por último, de modo cuanto menos descuidado, invoca el recurrente un fallo de la CSJN del 03-09-96) ("Luis Lanari y otro c/ Provincia del Chubut), donde se examinó una situación que refleja circunstancias tácticas disímiles al sub examine, pues en aquel precedente la cuestión a dirimir discurría por determinar si, habiendo sido acusada la caducidad de la instancia, todos los sujetos que integraban el litisconsorcio activo se hablan encontrado en condiciones de impulsar el procedimiento.

3) Simulación ilícita.

Se agravio Ytques de que en la sentencia se juzgara como de simulación ilícita -en tanto perjudicial a terceros- la compraventa celebrada con Meller.

Ningún argumento ha expresado el recurrente para desvirtuar la conclusión expresada en el fallo.

El fallido Meller expuso, de modo explícito, que la operación tuvo por fin desprenderse de un bien de su activo -el principal de ellos, sostengo- para excluirlo de la acción de sus acreedores.

Además, el acto de compraventa simulado, del 05-07-96, aparece celebrado en tiempos en que el vendedor se hallaba en situación de insolvencia, como lo revela el hecho de que en su quiebra se fijara como fecha de inicio del estado de cesación de pagos el 15-04-96, por decisión que luego adquirió firmeza (Expte. n° 027.215 "Meller, Carlos Alejandro s/ Quiebra", fs. 165, segundo párrafo; circunstancia que se refiere al solo efecto de resaltar una situación objetiva -y no como

presupuesto de procedencia de la acción-, que no pudo ser ignorada por quien por razones de amistad con el insolvente decidió intervenir en el acto simulado. A lo cual agrego, la existencia de un ínfimo activo y de un significativo pasivo que se mantiene insoluto en la actualidad; siendo que en la sentencia recurrida se menciona un pasivo de \$1.001.237,50 y un valor de activo realizado de \$66.887,67, que resultan de fs. 163 y 713 del juicio de quiebra (ver fs. 889, apartado 3.b.).

Por otra parte, Ytques sólo controvierte los motivos del acto de simulación. Sin embargo, en coincidencia con lo dictaminado por la Sra. Fiscal General, lo relevante es que ya fuera que Ytques aceptara participar en la simulación para contribuir en la exclusión de un bien y evitar así que sea agredido por los acreedores de Meller o bien que su actuación hubiere obedecido al loable fin de ayudar a la cónyuge del nombrado o a éste -más allá de que no se precisan las circunstancias y alcances de esa invocada asistencia-, que padecía una enfermedad -genéricamente mencionada como "depresión"-, lo dirimente es que tenía conciencia de que la operación era simulada, que por ello no se pagó el precio expresado en el contrato, que se mantuvo la posesión del bien en cabeza de Meller y que, en definitiva, se perjudicó a los acreedores del -ahora- fallido (ver también dictamen fiscal, fs. 997vta., punto 4), lo cual predica la ilicitud del acto de simulación (CCiv. 957) y, correlativamente, la ausencia de buena fe.

Se ha expresado que el distingo entre simulación lícita e ilícita no sólo se reduce a determinar cuál es la causa simulandi, y a través de ella, si los móviles que han llevado a los otorgantes a efectivizar el negocio simulado estuvieron orientados a violar las leyes o perjudicar a terceros, sino también, a veces, si con independencia de esa intención, termina siendo ésa la consecuencia objetiva que se desprende del acto celebrado (Cámara, Héctor, "La simulación en los actos jurídicos", Ed. Depalma, 2ª edición, Buenos Aires, 1958, p. 111, n° 76; CNCom., Sala A, "Aguilar Peñalva, Guillermo Arturo s/quiebra s/inc. de ineficacia concursal", del 25-08-09).

En tal situación, fue además correcto imponerle las costas a Ytques en su condición de vencido, sin que medie razón alguna que justifique apartar el principio objetivo de la derrota aplicado en la sentencia apelada (CPr., 68).

Con sustento en igual precepto, deberá Ytques cargar con las costas de esta segunda instancia.

V. Contratos de compraventa celebrado entre Ytques y Wallach el 26-05-98 y de locación anudado entre Wallach y Meller en igual fecha.

1) Circunstancias de los contratos.

a) Cabe ante todo precisar que en autos no se incorporó la respectiva escritura de venta pues el ofrecimiento de prueba del actor para incorporar una copia de la misma se frustró por desistimiento (fs. 651), y no obstante lo expresado por Wallach en su ofrecimiento de prueba documental (fs. 107vta. punto a) esa agregación no se produjo, lo que es corroborado por la correlación de la foliatura, la inexistencia de nota de desglose y la ausencia del documento reservado según se constató oficiosamente. Sin embargo, si se agregaron copias del contrato de un pacto de retroventa -que refiere a dicha escritura (fs. 35/37, reconocido en el responde a la demanda, fs. 103vta. párrafo final del punto a) y del contrato de locación (fs. 39/42, reconocido en igual pieza, anteúltimo párrafo del citado punto). Por ello, los datos de la operación de compraventa que se mencionarán son los que expresan el primero de esos documentos y lo que resulta de las presentaciones de las partes, que en cada caso se referirán, que no siempre son coincidentes.

a) No se advierte controvertido que con posterioridad a la concertación entre Meller e Ytques de la compraventa simulada, este

último, con relación a ese inmueble, celebró el mismo 26-05-98 (fecha que resulta del ejemplar de retroventa y del informe del Registro de la Propiedad Inmueble de la Pcia. de Bs. As., fs. 35/8 y 240/2) otro contrato de compraventa en el cual él aparece como vendedor y Wallach como adquirente. Se habría establecido como precio la suma de U\$S 250.000 (cifra que resulta de información reiteradamente dada por el propio Wallach al alegar (fs. 851) y al expresar agravios (fs. 924, punto 2.2.b y fs. 940vta., punto 21.2.a y fs. 943 punto 22). Aunque esa suma no coincide con la de U\$S 370.000 que se expresa pagada en el pacto de retroventa al que seguidamente aludo ni con la de U\$S 360.000 que se deducirla del 10% (U\$S 36.000) del derecho de transferencia que se expresó corresponder (informe, fs. 627, copia de recibo provisorio y nota adjuntada por "Club Náutico Hacoaj" de fs. 664/5) ; todo lo cual conforma un primer indicio de que la operación se formalizó de modo poco confiable al menos en relación a los valores comprometidos.

b) De modo simultáneo aparece suscripto un pacto de retroventa, en el cual se dejó constancia de hallarse pendiente la inscripción registral de la venta, por el cual Ytques, dentro del término de tres años, "...podrá recuperar el inmueble vendido, restituyendo al comprador el importe percibido...de U\$S 370.000, con más los gastos que allí se describieron (fs. 35/8, perteneciendo al suscripto el subrayado, y contestación a la demanda de, fs. 103vta., párrafo final).

c) Ese mismo día, 16-05-98, Wallach y Meller- suscribieron un contrato de locación por el plazo de 36 meses, a contar del 26-05-98, conviniendo un alquiler mensual de U\$S1000, pagadero por adelantado del 1 al 5 de cada mes, (fs. 39/42)

2) Sentencia de primera instancia. Agravios de Wallach. Subsunción jurídica.

a) En el pronunciamiento recurrido se juzgó tratarse los aludidos de actos simulados decretando su "nulidad, ineficacia e inoponibilidad respecto de la falencia" (fs. 890, punto 4).

b) El argumento defensivo central del recurrente, que resulta del contenido de su expresión de agravios, ha sido el de que actuó como adquirente de buena fe celebrando un acto sincero y real y que lo hizo a título oneroso (expresión de agravios, fs. 925, punto 3.5.b y fs. 936, punto 12.1.c) concretándose el pago del precio para lo cual contaba con fortuna suficiente (fs. 945/vta., punto 27).

c) El contexto fáctico descripto permite subsumir la cuestión en el ámbito de lo establecido por el CCiv. 1051, en cuanto deja a salvo de los efectos de la declaración de nulidad -de nulidad o de anulabilidad- de un acto destinado a transmitir un bien inmueble, los derechos que correspondan a los terceros adquirentes que hubieren actuado conforme al standard que resulta de lo expresado por el quejoso.

3) Análisis de los agravios.

a) En el cometido de determinar la invocada actuación de buena fe y la expresada condición onerosa de los títulos, se observan diversas circunstancias que imponen descartarlos.

Pero, previo al examen de la argumentación desarrollada por Wallach y del contenido de la documentación incorporada al expediente cabe referir, con carácter general y como necesaria pauta referencial, que tratándose la considerada de una acción de simulación y, más precisamente, de la extensión de los alcances de la simulación declarada a un tercero subadquirente que invoca un particular amparo legal (CCiv. 1051), que cuando la acción de simulación es intentada por terceros -en este caso la quiebra de uno de sus participes, representada por el sindico-, el demandado tiene el deber moral de aportar los elementos tendientes a demostrar su inocencia, tratando de colaborar con el órgano jurisdiccional en el esclarecimiento de la

verdad (Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil Argentino" - Parte General-, t. II, p. 339; Rivera, Julio C, "Instituciones de Derecho Civil", -Parte General-, ed. Abeledo-Perrot, 1994, T° II, pág. 868; CNCiv., sala "D", ED, 45-405; sala "E", 45-370; id. sala "F", id. 75-511; CNCiv., Sala I, "Celso, Lidia C. c/ Chiarelli, Juan", del 05-10-04).

A su vez, ante la imposibilidad práctica del tercero de poder acreditar la simulación en forma directa, se ha determinado que para su comprobación, resulta admisible cualquier tipo de prueba, revistiendo un papel preponderante las presunciones cuando por su gravedad, precisión y concordancia permiten inferir la falta de sinceridad del acto atacado (Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil- Parte General", ed. 78, t. II, p. 536, parág. 1826; CNCom., Sala E, "Kvitko, Mario Eduardo s/ quiebra c/ Kvitko, Mario Eduardo y otros", del 06-06-95).

b) Diversas son las circunstancias que impiden juzgar que haya mediado buena fe en la actuación de Wallach, tercero subadquirente y coetáneo locador.

i) Los elementos incorporados imponen descartar que Wallach hubiera intervenido como adquirente desconociendo la deteriorada situación económica de Meller.

Ante todo, debe advertirse el hecho de que entre la primera y segunda operaciones de venta hubiesen transcurrido casi dos años no excluye su vinculación.

Es que, la primera operación entre Meller e Ytques comprendió la transmisión del "dominio revocable" del inmueble, a ello prosiguió la suscripción entre las mismas partes de un boleto de compraventa que operó como contradocumento, y se complementó con el otorgamiento por Ytques de un poder especial irrevocable a favor de Meller, por cinco años, para que éste disponga que se escribure el inmueble a favor de quien dispusiera, habiéndose mantenido el "enajenante" en la ocupación del bien. En tanto que, la segunda compraventa se concretó entre Ytques y Wallach, sin que transcurriera el plazo previsto en el citado poder irrevocable, con la contemporánea pero documentalmente independiente suscripción de un pacto de retroventa y con la celebración de modo simultáneo de un contrato de locación entre el "segundo comprador" y el "primer vendedor", quien prosiguió en la ocupación ininterrumpida -en tanto no se probó lo contrario-del inmueble. Aunque lo considerado es suficiente para demostrar la conexidad negocial, no puede pasarse por alto la omisión de agregar al juicio la segunda escritura que, lógicamente, bien pudo ilustrar sobre las antedichas circunstancias, omisión que debo valorar, en cuanto aquí interesa, en contra de Wallach por ser el litigante que sostuvo la desvinculación de las operaciones y quien se hallaba en mejores condiciones de aportar el documento, en tanto parte del contrato.

En segundo término, el itinerario negocial, en el que actuaron simultánea y sucesivamente Meller, Ytques y Wallach, se cumplió en el marco de una relación de amistad o, cuando menos, de una vinculación de orden social próxima, derivable de su común pertenencia a una misma entidad: "Club Náutico Hacoaj"; lo cual contribuye a inferir, por una parte, que no se actuó de modo desconexo y, por otra, que es lógicamente impensable que se ignorase la causa originante -las dificultades económicas o la lisa y llana insolvencia de Meller- de las sucesivas simulaciones.

Al respecto advierto que, aunque el apelante ha negado esas circunstancias, cuestionando el valor de la declaración vertida en ese sentido por el testigo N. J. Himelstein (fs. 517/9), por tratarse de un testimonio único no corroborado con ninguna otra prueba (fs. 945vta., punto 28.3.b), olvida su expresa aceptación en la causa respecto del conocimiento personal de años que dijo tener con Meller

antes de la firma del contrato de locación, por fiestas y algunos amigos en común (contestación a la demanda, fs. 104 y absolución de posiciones de fs. 442, respuesta a la 7ma. pregunta).

Por otro lado, dicho vínculo fue reconocido por el codemandado Ytques quien, si bien sostuvo que no los unía una gran amistad, coincidió en que existía conocimiento entre ellos por ser allegados al Club Hacoaj y tener algunos amigos en común (contestación de demanda, fs. 88 tercer párrafo).

ii) El hecho de que el supuesto "primer vendedor" se hubiera mantenido en la ocupación del inmueble enajenado no obstante las dos operaciones de compraventa concretadas, conforma un significativo indicio de que nunca se desprendió de la posesión. Luego de la primera operación, sin que mediare alguna relación contractual o de otro orden, que la justificara. Después de la segunda venta, como una mera continuidad en la ocupación; siendo que, por un lado, en ausencia de escritura de venta ni siquiera consta que Ytques hubiese transmitido la posesión a Wallach y, por otro, del ejemplar de contrato locativo no resulta la entrega del inmueble al locatario, lo cual impone dudas sobre la realidad de lo que constata el instrumento.

iii) Como los valores asignados a las operaciones cuestionadas se exhiben irreales, se refleja un claro indicio en contra de la efectiva existencia y legitimidad de los actos que aparecen celebrados, corroborando las serias y justificadas dudas preexpuestas.

Justamente en este caso, se ha expresado -lo ha hecho Wallach insistentemente- haberse abonado por el inmueble un precio de U\$S 250.000, pero la perito tasadora informó que según la constatación realizada, confrontada con la inmobiliaria que funciona dentro del "Club de Campo Hacoaj", el valor de venta del inmueble en mayo de 1998 era de u\$s 420.000, lo que revela que el importe supuestamente abonado al tiempo de la segunda operación, fue excesivamente bajo en comparación con el de mercado (informe pericial de fs. 563).

En lo que respecta al valor locativo mensual, se informó que a esa fecha era de u\$s3000 (peritaje, fs. 563 y ampliación, fs. 601/15), por lo que el canon acordado con Meller en u\$s1000 era notoriamente desproporcionado en relación a los vigentes en plaza por ese entonces; y, a todo evento, incluso inferior a los réditos que Wallach hubiera podido obtener si, en lugar de invertir en dicha propiedad para alquilarla, hubiese colocado tal suma en un depósito bancario, por cuanto el promedio de las tasas de interés pagadas por los bancos en ese año, del 5,40%, era mayor al beneficio anual del 4,8% que le pudo haber brindado a Wallach la inversión (peritaje contable, fs. 625), circunstancia a la que cabe otorgarle algún significado por haber reconocido el demandado tener conocimientos en inversiones financieras (absolución de posiciones, fs. 441, respuesta a la 4° pregunta; expresión de agravios, fs. 940Vta., punto 21.1).

A lo expuesto se agrega el hecho de que los seis recibos de pago -de reconocida autenticidad- que Wallach entregó a Meller por la suma de \$ 6.000 cada uno representativos de U\$S1000 por mes, pues regia por entonces la libre convertibilidad- y correspondientes a los alquileres de junio de 1998 hasta mayo de 2001 (fs. 32/4, 39/42 y contestación a la demanda de Wallach, fs. 103vta.), carecen de fecha, lo que otorga verosimilitud a la versión de Meller (demanda, fs. 43vta. in fine) deque habrían sido entregados por adelantado el mismo día de celebrado el contrato, por todo el periodo de la locación simulada que se pactaba.

A ese respecto debe observarse que esa no fue la modalidad establecida en el convenio para saldar los arriendos (pagos por adelantado entre el 1 y el 5 de cada mes).

Pero, además, es también significativo lo expuesto por el codemandado Wallach en cuanto a que no exigió a Meller garantía del

pago de la locación -y por servicios impagos, eventuales daños a la propiedad o retenciones indebidas, agrega este vocal- porque éste no se encontraba en condiciones de ofrecer ningún fiador -lo cual, además de ser poco habitual en el mercado, tampoco resulta justificado si, como se ha pretendido, bien que infructuosamente, entre el locador y locatario no existía otra vinculación que la nacida de ese mismo contrato-; no pudiendo pasarse por alto que Wallach se negó a completar lo informado, oponiéndose a explicar por qué aceptó firmar un acuerdo en esas condiciones (prueba confesional, fs. 442, preguntas 2 y 3) .

iv) Otra circunstancia que exterioriza fundadas dudas sobre la efectiva concreción de la operación de compraventa es la que fluye de la escasa información brindada por "Club Náutico Hacoaj". Por un lado, resulta que la entidad no informó haber tomado conocimiento y percibido los aranceles obligatorios correspondientes al cambio de dominio resultante de la primera compraventa -Meller-Ytques- (informe de fs. 627 y 664/95 e impugnación del sindico de la quiebra de fs. 698/9). Por otro, que el codemandado Wallach nunca pretendió haber informado la transferencia a la citada institución (contestación a la demanda, fs. 96/107), cuando se lo interrogó al respecto manifestó no recordar cuando lo hizo (absolución de posiciones, respuesta a la novena pregunta, fs. 442) ni acompañó en su oportunidad la nota de financiamiento para el pago parcelado del canon respectivo, documento este último que no obstante aparecer datado en la misma fecha de la compraventa recién fue aportado durante el periodo probatorio por "Club Hacoaj" (fs. 664); deviniendo agudas y serias las observaciones del sindico concursal, tanto en lo relativo a que ese documento carece de sello y fecha de recepción como respecto a que la entidad nunca le dio tratamiento interno ni respondió la solicitud (fs. 631, 698/9 y 704), deviniendo inexplicable lo expuesto por la institución en el sentido de que el tratamiento de pago de los derechos de transferencia y su aprobación se realiza a través de actos de mera administración (fs. 706).

A ello debo agregar que el pago de los derechos de transferencia recién se comenzó a efectivizar después de haber transcurrido más de dos años de la cuestionada notificación de compra de la propiedad y luego de que el 16-03-00 Wallach decidiera iniciar juicio de desalojo anticipado contra Meller, tal como resulta de la demanda de dicho proceso (fs. 13/4) que, venido ad effectum vivendi tengo a la vista (fs. 1001), y del recibo provisorio acompañado que si bien luce fechado el 26-09-00, solo expresa a tal día como de pago de la primera cuota del plan de financiamiento que habría culminado el 21-12-01 (informes de "Club Hacoaj", fs. 627 y 666/95).

v) Las particulares circunstancias descriptas llevaron a la Sra. Fiscal General a dictaminar, que "...ese pacto de retroventa configura un contradocumento, que prueba la simulación de la operación..." (fs. 998), lo cual comparto en tanto hecho que excluye la sedicente buena fe del segundo comprador.

En efecto, la sucesión de actos cumplidos y la suscripción de documentos y contradocumentos que accedieron a ellos, son reveladores de una antijurídica actuación.

vi) No puedo dejar de ponderar, asimismo, que el codemandado Ytques sostuvo oportunamente no haber recibido ninguna contraprestación en dinero por parte de Wallach (contestación a la demanda, fs. 87vta.). Y a este respecto advierto no pasar por alto la denuncia por estafa procesal formulada por Wallach a fs. 985/6 pero, sin perjuicio que la cuestión debió plantearse ante los tribunales penales competentes en tanto se pretende la comisión de delito penal, resulta prima facie que su sustento principal -lo relativo a la invocación de inexistencia de pago- contenido en el punto 2.6, parece contradecir lo dicho en el

primer párrafo de este apartado.

c) Las pruebas reunidas en la causa tampoco permiten generar convicción en lo inherente al título oneroso que se pretendió con relación a ambos contratos.

i) No resulta acreditado que el pago del precio -haya sido el de U\$S 250.000 o U\$S 370.000- pues no se cuenta con la escritura de venta en la que pudiera haberse insertado esa circunstancia, no se logró -por las razones que resultan de fs. 764/7- la declaración testimonial del escribano C. D. Z., no se acompañó recibo de pago, ni se aprecia algún otro elemento del que resulte la realización -efectiva- del precio.

ii) No paso por alto que Wallach expuso al expresar agravios que "Del tenor de la escritura del 26 de mayo de 1.998 surge que mi representado pagó al Sr. Ytques la suma de U\$S 250.000, en efectivo como precio de compra y éste recibió el pago de conformidad" (fs. 943, punto 22) agregando que "El notario actuante dio fe de que dicho pago se realizó en su presencia (misma foja, punto 22.1), pero la señalada ausencia de escritura, y la negativa que al respecto formuló Ytques, impide tener por reconocido el hecho.

Por otra parte, la fe (plena) que se atribuye a la actuación de un funcionario público refiere a la existencia material de los hechos, que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por el mismo, o que han pasado en su presencia (CCiv., 993). Pero como escapan a esa categoría las manifestaciones de las partes, la insinceridad del pago pudo demostrarse por cualquier medio de prueba, de modo tal que la argüida entrega de dinero que se dice presenciada por el notario -insisto, no probada- no necesariamente traducirla efectivización del pago. En este sentido ha señalado la doctrina que si se aduce la simulación de un contrato de compraventa, no será óbice la manifestación del oficial público de que el precio fue pagado en su presencia, si se logra demostrar (en general, la falsedad o irrealidad del hecho) que el dinero le había sido previamente entregado al comprador aparente por el propietario de la cosa (Llambías, Jorge J. ob. cit., T° II, pág. 443/4, parág. 1671), o con carácter más general, la falsedad o irrealidad del hecho.

Cabe reflexionar, además, tal como tuve oportunidad de expresar como juez de primera instancia, en fallo confirmado por el Superior (Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 11, "Kvitko, Mario Eduardo s/quiebra el Kvitko, Mario Eduardo y otros", del 20-10-92 y CNCom., Sala E, del 06-06-95) que la admisión de una dispar solución llevarla a consecuencias no amparadas legalmente. Es sabido que si de simular actos jurídicos se trata, los simuladores intentan adoptar todas las precauciones y excluir cualquier rastro, de lo cual se sigue lo accesible que ello resultarla si con tal cometido se recurriese al simple artilugio de hacer pasar ante oficiales públicos actos carentes de materialidad, y luego concederles, de un anormal modo extensivo, la plena fe que otorga la personal actuación de ese oficial público sobre lo que pasó en su presencia, vio u oyó, solamente.

iii) Pero no sólo el pago del precio se omitió probar, sino que, además, las pruebas enderezadas a demostrar la preexistencia del dinero con que se habría afrontado ese supuesto pago, ofrecen dudas y son insuficientes a los efectos perseguidos.

El perito contador informó que, a la época de la compra del inmueble, el recurrente tenía fondos suficientes para respaldar tal operatoria debido a acreditaciones de utilidades y distribución de dividendos por las sumas de \$700.000 y \$70.524 -en razón de su participación con el 50% del paquete accionario en dos sociedades -Walplo S.R.L. y Casa Natalio SCA-, y haber retirado \$ 280.000 en mayo de 1998 de su cuenta en una de ellas (dictamen pericial, fs. 623, punto 4).

Por encima de los diversos cuestionamientos e impugnaciones formulados por Meller (fs. 629/30) y el funcionario concursal (fs. 632), que en general no merecieron adecuada respuesta, lo relevante es que: i) a la información extraída de las citadas sociedades no puede otorgarse eficacia probatoria plena por la participación -casi de control- del socio aquí demandado; ii) la única documentación que se habría compulsado son copias de declaraciones juradas que no fueron acompañadas; las cuentas del citado socio y un recibo privado de fecha 26-05-98, que no resulta prueba fehaciente (fs. 623, punto 4); iii) no se constató que Wallach hubiese declarado impositivamente esas ganancias (fs. 623); iv) es dudoso que su retiro de \$280.000 hubiese sido suficiente si el precio de compra pagado hubiese ascendido a \$370.000; v) el pedido de Wallach a "Club Hacoaj" para que se financie el pago del canon de transferencia en doce cuotas con una espera de casi dos años y medio, que dataría del mismo día de la escritura (fs. 664), más allá de las observaciones ya formuladas a su respecto, tema que habla sido silenciado en el responde a la demanda, nada positivo refleja en favor de su predicada solvencia; en especial cuando expone condicionar pagos a su "realidad económica (fs. 664).

d) En definitiva las consideraciones efectuadas son suficientes para concluir que el demandado Wallach no ha justificado haber contratado ni de buena fe ni a título oneroso, siendo que, por el contrario, los medios probatorios examinados permiten formar convicción en sentido contrario (CPr., 386).

A lo cual agregó que el análisis de la argumentación defensiva del accionado Wallach la he formulado no obstante que ella recién se concretó -bien que con un nuevo patrocinio- recién al alegar. En efecto, como puede observarse, en la contestación a la demanda la defensa prácticamente se circunscribió a la cuestión de la legitimación del fallido para iniciar esta acción, cuestión que fue dirimida con carácter firme oportunamente (ver dictamen fiscal en fs. 362/4 y decisión de esta Sala -con otra integración- en fs. 365/6); de lo que se sigue que aun cuando pudo declararse la deserción del recurso por incluir argumentos defensivos no propuestos en la instancia originaria (CPr., 277) se prefirió adoptar un criterio de amplitud en la inteligencia que conforma el mejor resguardo del derecho de defensa.

Solo cabe advertir que en este voto se han examinado todas las argumentaciones del recurrente Wallach que se consideraron esenciales para la solución del litigio. Sin perjuicio de ello, se señala que otros argumentos contenidos en la expresión de agravios, desarrollada a fs. 922/47, no se han evaluado en el convencimiento de que no son susceptibles de incidir en la decisión final del pleito (CSJN, "Alimentos de los Andes S.A. c/ Banco de la Provincia del Neuquén", de 14-09-00; entre muchos otros).

4) En lo que concierne al planteo relativo al posible beneficio que los efectos de este sentencia pudiera implicar a favor del fallido por su vocación a un supuesto remanente (saldo en realidad) contradiciendo la regla del CCiv., 959, es cuestión actualmente intrascendente: i) ante todo, el recurrente no se agravió, tal como lo expuso la Sra. Fiscal General, de lo juzgado en la sentencia recurrida en cuanto a la previsible insuficiencia de fondos remanentes; ii) pero, por encima de ello, la existencia de algún sobrante que deba destinarse al fallido, es cuestión meramente hipotética que podrá reeditarse de configurarse ese supuesto y iii) ello así, sin perjuicio de señalar, como de toda obviedad, que la posibilidad de que se configure ese extremo en modo alguno puede privar del derecho a los acreedores burlados al simularse ilícitamente operaciones tendientes a excluir el bien más importante del activo falencial.

VI. Por las consideraciones expuestas, y en concordancia con lo

dictaminado por la Sra. Fiscal de Cámara, propicio rechazar las apelaciones de ambos recurrentes, con el efecto de confirmar la sentencia recurrida, con costas (CPr., 68).

Así voto.

El Señor Juez de Cámara, doctor Caviglione Fraga dice:

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

Por análogas razones, el Señor Juez de Cámara, doctor Sala, adhiere a los votos anteriores.

Y Vistos: Por los fundamentos del acuerdo precedente, se resuelve: rechazar las apelaciones de ambos recurrentes, con el efecto de confirmar la sentencia recurrida, con costas.

Notifíquese a las partes por cédula a confeccionarse por Secretaría y a la Representante del Ministerio Público, a cuyo fin, remítanse las presentes actuaciones. — Miguel F. Bargalló. — Ángel O. Sala. — Bindo B. Caviglione Fraga.