



%07Kè!RèvgTNŠ

BOLETO COMPRAVENTA - VICIO DE DOLO O LESION
ACTO JURIDICO INEXISTENTE - FALTA DE FIRMA
COSA JUZGADA PENAL - ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Con fecha 09 de Mayo de 2013, la Sala I de la Exma. Cámara de Apelación en lo Civil y comercial de Azul dictó sentencia en la causa LLUVIZA, AURORA C/ BOGADO, JUAN CARLOS S/ ANULACION DE CONTRATO (Causa N° 57.528) decretándose la inexistencia del boleto de compraventa como acto juridico, .-

Causa N° 1-57528-2012 -

"LLUVIZA, AURORA C/ BOGADO, JUAN CARLOS S/ ANULACION DE
CONTRATO"

JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL N° 2 - TANDIL

N° Reg. 34

N° Folio 358

En la Ciudad de Azul, a los 9 días del mes de Mayo de 2013
reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de
Apelaciones Departamental -Sala I- Doctores Esteban Louge Emiliozzi,
Lucrecia Inés Comparato y Ricardo César Bagú, para dictar sentencia en los
autos caratulados: "**LLUVIZA, AURORA C/ BOGADO, JUAN CARLOS S/**

ANULACION DE CONTRATO ", (Causa Nº 1-57528-2012), se procedió a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: **Doctores COMPARATO - LOUGE EMILIOZZI - BAGU .-**

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

-C U E S T I O N E S-

1ra.- ¿Es justa la sentencia de fs. 541/550vta.?

2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION: la Señora Juez Doctora **COMPARATO** dijo:

I.a) La presente demanda por anulación de contrato fue iniciada por la **Señora Aurora Lluviza**, contra el **Señor Juan Carlos Bogado**, persiguiendo se anule el contrato de compra venta y se ordene la restitución de la posesión del bien inmueble a su favor y de doña María Victoria Lluviza, con costas.

Señala en su escrito de inicio (fs. 11/19vta.), haber conocido al ahora demandado aproximadamente cuatro años antes de iniciada la presente acción siendo vecinos, ya que éste tenía su negocio de carnicería lindante a su domicilio (Dinamarca 755 de Tandil), vivienda cuya propiedad compartía con su hermana, dado que ambas resultan ser únicas herederas de su titular (Pedro Lluviza) cuya sucesión se tramita.

Refiere haber sido cliente del accionado, por lo que tenían una relación de conocimiento y amistad. Que, hace dos años y medio el Sr. Bogado se mudó trasladando su carnicería a la calle Beiró, donde siguió siendo clienta, incluso le lavaba la ropa y le cocinaba ya que éste se encontraba divorciado y solo.

Relata que el Sr. Bogado le propuso hacerse cargo de los

gastos de la sucesión de su padre y en cambio le solicitó que le cediera una parte del lote en el fondo para construirse una vivienda(hace aprox. 2 años atrás), ocupando en forma simultánea una pieza en el domicilio de las hermanas. Continúa diciendo que el accionado le hizo suscribir con engaños a Aurora (analfabeta) un boleto de compraventa cuya copia adjunta a fs. 7/8, referido a la operación anteriormente mencionada aclarándole que se iba a encargar de conseguir un agrimensor para medir el lote y adjudicar la parte que le correspondían a Aurora y su hermana también analfabeta y en proceso judicial de insania a quien le hizo estampar la impresión dígito pulgar, sin entregar copia del boleto y presionándolas para que no informaran de dicha operación.

Indica que al tiempo el accionado le manifestó que el terreno no valía en relación a los gastos sucesorios y le propuso le cedieran la totalidad del mismo a los que se negaron rotundamente. Posteriormente les dijo que dado los gastos que había tenido con la sucesión no podía tener a las hermanas en la casa y debía desalojarlas aconsejándoles que se fueran a la casa del hijo de Aurora en la localidad de Gorch, llevando los muebles y el vestuario de éstas a otro domicilio de Tandil con el pretexto de refaccionar la casa.

Que, Bogado llevó a Aurora a la estación Terminal para que viajara a la casa de su hijo (23/5/05), mientras María Victoria estaba internada en la Clínica de la Comunidad por un problema de salud. A los pocos días, la actora volvió a Tandil acompañada por su nuera formulando una denuncia penal en la Comisaría 3era., quedando luego radicada en la UFI Nº12 de la ciudad de Tandil, quien secuestró un boleto de compraventa que estaba en poder del demandado.

Menciona además una conversación mantenida entre Sabrina Olivo, nieta de Aurora y la Sra. de Bogado que le manifestó que viniera a buscar a su abuela porque ya tenían el boleto de compraventa, dado que la quería ocupar con los hijos de su matrimonio anterior. Repara en que son personas de edad, analfabetas y que nunca estuvieron asesoradas, y que,

además en la cláusula 2da. del contrato se expresa que la actora y su hermana reciben la suma de Pesos quince mil (\$ 15.000) cosa que nunca ocurrió. Considera que dicha cláusula debe considerarse carente de validez frente a la disposición del art. 9 de la ley 25413 modificatoria del art. 1º de la ley 25345.

Asimismo considera que merece el contrato su invalidez dado que al no firmar María Victoria Lluviza, le hace estampar su impresión dígito pulgar, lo que por sí vicia el instrumento atento lo normado por el art. 1012 del C.C., en tanto dispone que la firma del documento no puede ser reemplazada por signos o las iniciales del nombre y la persona que firma a ruego es su propia hermana, pero como la misma en realidad aparece suscribiendo en su propio nombre como vendedora el contrato también es inválido por falta de una de las firmas, debiendo considerarse que quien firma a ruego tiene carácter de testigo, por lo que Aurora Lluviza se encuentra inhabilitada para testificar respecto de su propia hermana.

Funda en derecho. Solicita se cite a tercero codamnificado María Victoria Lluviza y medida de innovar.- Ofrece prueba.

A fs. 21/21vta. amplía demanda, acompaña certificado médico que acredita el estado mental de la actora, y amplía la prueba ofrecida pidiendo se reciba Pericia de Tasación sobre el inmueble en cuestión.

b) A fs. 23/23vta. el Sr. Juez de la instancia de origen, impuso al trámite normas del proceso sumario.

c) A fs. 79/79vta. contesta vista la Asesora de Incapaces ad-hoc, que representa a la Sra. María Victoria Lluviza, manifestando que atento lo que surge en el expediente de Declaración de Incapacidad, al momento en que supuestamente se celebró el contrato referido la nombrada no había sido declarada insana y que la anulación de un acto llevada a cabo por un demente requiere la prueba concluyente de que la demencia era pública por lo que solicita se designe un perito psiquiatra.

A fs. 96/96vta. se adhiere a la demanda el Sr. José Andrés Olivo en carácter de curador definitivo de María Victoria Lluviza, citado com

tercero.

d) A fs. 127/136vta. contesta la demanda el accionado, solicitando el total rechazo de la misma.

En primer lugar manifiesta que la actora dice que el monto de la demanda es indeterminado (fs. 11), no siendo cierto toda vez que, se trata de anular un boleto de compraventa agregado a fs. 7 cuyo importe es de \$ 15.000, y que el Juzgado no exigió el cumplimiento del sellado fiscal del mismo.

Niega todos y cada uno de los hechos.

Hace un pormenorizado relato de su verdad sobre los hechos. Reconoce y ratifica el boleto compraventa de fecha 24/03/04 (fs. 7). Refiere haberle adquirido a la actora y a su hermana en principio una parte del terreno, pero al superar los gastos dicho valor, señala que decidieron venderle el 100% del bien. Refiere que consultado con el Dr. Esquivel y con intervención del escribano Speroni redactaron dicho boleto ratificado por escritura N° 103.

Indica que, al momento de la firma del documento la Sra. María Victoria no se encontraba insana ni inhabilitada para disponer de sus bienes, que la declaración de incapacidad fue promovida por su sobrino el 04/07/05.

Respecto a las obligaciones asumidas en el boleto de compraventa el accionado debía concluir con el pago de los sucesorios Yubiza Pedro, y hacer tramitar el juicio sucesorio de Amador Yubiza, detallando los gastos que ello implica denunciando a su vez que pese a haberse acordado la venta libre de impuestos, tasas y contribuciones la propiedad adeudaba impuesto inmobiliario y municipal por aproximadamente la suma de \$ 7000. Que estaban a su cargo en un 100% los gastos de la escritura. Sumado a todo ello manifiesta que acordaron constituir un usufructo vitalicio y gratuito a favor de las hermanas Lluviza, considerando que todo ello debe computarse, incidiendo su costo en el precio del negocio teniendo en cuenta además que el inmueble debía ser reparado, porque en el estado que se encontraba resultaba inhabitable.

Remite a la declaración obrante en la causa penal (fs. 100/105), donde claramente relata cómo sucedieron los hechos.

Adjunta prueba documental, ofrece la restante, funda en derecho y solicita se rechace la acción, con costas.

e) Una vez producida la prueba certificada por la actuario a fs. 531, resolvió el Sr. Juez de la instancia de origen a fs. 541/550vta. hacer lugar a la demanda, anulando el contrato de compraventa por el inicio de lesión sobre el inmueble sito en calle Dinamarca 755 de la ciudad de Tandil, designado catastralmente como Circ. I; Secc. E, Ch. 118, Mza. 118-a, parcela 36, inscripto bajo el dominio 486/1961, debiendo restituirse la posesión del mismo, dentro de diez días de quedar firme el decisorio. Impuso costas al demandado vencido y difirió la regulación de los honorarios para una vez que quede firme la sentencia y estimada la base regulatoria (art. 27 inc. a) de la ley 8904).

La sentencia es recurrida por el demandado a fs. 551/551vta., habiendo sido concedido en forma libre a fs. 559.-

Una vez arribados a este Tribunal expresa los agravios el recurrente a fs. 571/599vta. recibiendo conteste a fs. 602/606vta., y dictamen del Sr. Asesor de incpaces (fs. 611/611vta.).

Se agravia del fallo recurrido en cuanto decide anular el contrato de compraventa en cuestión. Luego de hacer un intenso racconto de la demanda, su contestación y la sentencia, hace referencia primeramente a que en autos, no ha sido acreditado que María Victoria Lluviza fuera demente o incapaz al momento de la firma del boleto cuestionado y del poder ante el escribano.

Posteriormente considera que las conclusiones a las que arriba el sentenciante son erróneas y equívocas. Que, no respeta el tratamiento de los temas en la sentencia absolutoria de la causa penal, que una vez tratados no pueden ser nuevamente tratados en la instancia civil.

Otro de los errores al que hace referencia es que el juez no dicta sentencia por el hecho ocurrido el 24/3/04, sino que para fundar la

misma lo trae al día de la fecha, es decir al día de la sentencia, 10/8/2010.

Además, señala que al anular el contrato debió volver las prestaciones a su estado anterior y ordenar la devolución de los \$ 15.000 abonados, cosa que no hizo, lo que demuestra su parcialidad en el fallo.

Concluye haciendo reserva del caso federal y peticiona se revoque el fallo recurrido con expresa imposición de costas a la actora.

II) A efectos de tratar los agravios del apelante he de hacer algunas precisiones.-

Como vimos en la reseña anterior al iniciar la acción de nulidad de acto jurídico, la actora Aurora Lluviza, expresa que mediante engaños, el Sr. Bogado le hizo suscribir a ella y su hermana un boleto de compraventa de toda la propiedad diciéndoles que en realidad se refería a una cesión de una porción del lote de terreno en el que se encuentra la casa de la actora, y que a cambio de ello el Sr. Bogado se haría cargo de todos los gastos de la sucesión de sus hermanos (a quienes pertenecía la propiedad que la actora hereda).- Dice a su vez que nunca recibió la contraprestación que surge del boleto de compraventa (esto es la suma de \$ 15.000) y que luego con el pretexto de refaccionar la vivienda retira sus enseres y muebles y la manda a visitar a su hijo que vive en la localidad de Gorchs, ínterin su hermana fue internada en virtud de una enfermedad que padece desde su infancia.- En todo momento hace hincapié en el engaño y aprovechamiento de Bogado y que el mismo fue doloso.- Asimismo expresa que el boleto de compraventa es nulo por carecer de la firma de su hermana, quien estampó su huella digital y que no se cumplió con las previsiones de la ley 25.345 en cuanto a la entrega del dinero que consta en el boleto de compraventa, por lo que le resulta inoponible.- Luego funda la acción no solo en lo normado por los arts. 931, 932 y 954 primer párrafo del Código Civil, sino que hace mención al vicio de “lesión” y allí manifiesta que, el valor de venta es desproporcionado y que hubo un aprovechamiento del estado de ligereza y debilidad de su mandante.- Posteriormente el curador de su hermana declarada insana, se adhiere a la demanda incoada y a todo lo allí

peticionado (fs. 96).-

Con anterioridad al inicio de la demanda de autos, radica denuncia ante la fiscalía en turno en donde expresa que el Sr. Bogado la despojó de la posesión de la propiedad ubicada en calle Dinamarca n° 755 de Tandil, que aproximadamente un año y medio atrás había firmado unos papeles a favor de Bogado para que éste dispusiera de la parte de atrás del terreno para construirse una pieza, cocina y baño, haciéndose cargo de las escrituras y del pago de los impuestos de la casa, pero cree que le hizo firmar otra cosa adueñándose de la casa (fs. 1 y 2 de la causa penal n° 2080 adjuntada por cuerda).-

Claramente, conforme los hechos relatados en la demanda como así también en la pertinente denuncia penal por estafa y usurpación, la cuestión planteada en principio ha de enmarcarse en lo normado por los arts. 931, 932 y 954, primer párrafo del Código Civil, esto es que el vicio en juego es el dolo (o error inducido).- Es decir que el demandado engañó a las actoras, aprovechándose de su inexperiencia y debilidad, haciéndoles firmar un documento que no reflejaba el negocio que éstas intentaban llevar adelante, y que a su vez supuestamente no recibieron la contraprestación que en el documento en ciernes se menciona.-

Santos Cifuentes en su obra “Negocio Jurídico”, cita las distintas definiciones que la doctrina a través del tiempo ha referido en cuanto al dolo como vicio de los negocios jurídicos: “Como quiera que sea, bien dice VELEZ SARFIELD en la nota que la definición de LABEON por él recibida indirectamente en el art. 931, comprende “todos los medios que se pueden emplear para engañar”, y aunque no se exprese en el texto ni en dicha nota, queda fijada con claridad y precisión la idea esencial(la cual es manifiesta en el Esboço), que es la de inducir en error a alguien a fin de conseguir la ejecución de un acto. Tal es la línea que se mantiene en la doctrina contemporánea. Así, por ejemplo, BARBERO define el dolo positivo, como el vicio de la voluntariedad que designa “las artes, las maquinaciones, las supercherías adoptadas por un sujeto para engañar a otro”, MESSINEO,

acerca del acto denominado comisivo, dice que “consiste en el uso (por obra de la contraparte) de engaños (maquinaciones, quitaciones, artificios, mentiras) respecto de una persona, al objeto de inducirla a emitir una declaración que, sin aquello, no habría emitido”; LARENZ sostiene que “el engaño consiste en la producción o mantenimiento dolosos y, por tanto, pretendidos, de un error ya sea mediante simulación de hechos falsos o mediante la ocultación de hechos verdaderos, a fin de influir así en la decisión del engañado”; VON TUHR dice que es “la conducta que intencionadamente provoca, refuerza o deja subsistir una idea errónea en otra persona, con la conciencia de que ese error tendrá valor determinante en la emisión de su declaración de voluntad” (conf. obra citada, pág. 509/510).

Si la conducta dolosa tiene por efecto privar a uno de los contratantes de intención, se configura un error-vicio de la voluntad. La sanción es aquí la anulabilidad. Pero no se trata de una reparación, sino de una consecuencia de la falta de uno de los presupuestos del consentimiento pleno (Conf. Revista de Derecho de Daños”. Relaciones entre la responsabilidad civil y penal. Ed. Rubinza-Culzoni 2002-3, “El acto ilícito civil que es a la vez delito penal. El dolo en la responsabilidad civil contractual y extracontractual”. Lorenzetti Ricardi, pág. 17/19).

Asimismo en cuanto a la estafa el Código Penal dispone que la misma consiste en la defraudación mediante “nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño” (Art. 172, Cód. Pen. arg.). Como tipos especiales de la estafa se indica el hacer suscribir con engaño un documento (art. 173, inc. 3º, Cód. Pen. Arg.), el usar pesas y medidas falsas (art. 174, inc. 3º, Cód. Pen. Arg.) (conf. obra citada, pág. 35).- Surge en forma evidente que tanto en el dolo legislado en el derecho civil como el delito de estafa comparten ciertos requisitos a efectos que se configuren, esto es engañar mediante ardid y maniobras a otro para lograr que suscriba

un documento que lo beneficia, asimismo en el sub-lite se agrega otro condimento, esto es que conste en tal documento que se entregó una contraprestación (\$ 15.000) cuando en realidad ello no fue así, es decir no se entregó nada (conforme lo alegan las hermanas Lluviza).-

De allí que, podría tener efectos de cosa juzgada lo resuelto en la causa penal adjuntada por cuerda a los presentes autos y en la que se absolvió al demandado.- Sobre esta cuestión volveré mas adelante.-

Ahora bien, el Sr. Juez de la Instancia de origen basó su sentencia en el vicio de lesión, cuestión que de algún modo introdujo la actora al solicitar en la ampliación de demanda la prueba de tasación del bien al momento de llevarse adelante el acto que intenta anular y el valor actual, como así también la cuestión relativa a la inexperiencia y estado de vulnerabilidad, aunque estas circunstancias también puede encontrarse en el vicio de dolo.- Ahora bien, resulta contradictorio con la postura inicial que indica que no recibieron el dinero que consta en el boleto de compraventa, claramente porque consideraban que estaban firmando solo la transferencia de una porción de la propiedad por la que recibirían a cambio no el dinero en efectivo sino que el demandado se hacía cargo de distintos gastos y trámites.-

Lo cierto es que, no resulta lo mismo alegar nulidad de un acto por dolo que por lesión.-

Al respecto he de citar lo dicho por Morello en comentario a un fallo de la Cámara Civil y Comercial de Rio Cuarto que expresa: "El dolo es un vicio del consentimiento que afecta la voluntad del sujeto. El de lesión es un vicio del acto, lo que por regla supone que no ha mediado un vicio volitivo. El primero, congénito y radicalmente obstativo de su configuración, legitima a la invalidación mediante la acción de anulabilidad; la lesión, a su turno, destruye la eficacia del acto que se supone regularmente constituido. Queremos expresar que los sujetos del acto lesivo no han padecido de error, dolo o violencia, aunque sí de situaciones subjetivas y objetivas fronterizas, que desde el Código alemán (art. 138), hasta su recepción en nuestra

reforma de 1968 (art. 954 CC), han remontado la tradicional connotación de esta figura que reparaba en la notable desproporción en las prestaciones correspondientes (la lesión enorme). Hay así una temporal prioridad de los vicios del consentimiento sobre el campo ulterior de actuación de la lesión, ésta toma al acto sin que el elemento intención haya estado afectado por el error o el dolo. Dicho de este modo, la lesión implica un anterior acto voluntario sin que nada tendría que agregar aquélla a la nulidad que deriva del vicio de la voluntad al tiempo de su concertación. Claro que la voluntad alterada por un vicio del consentimiento no es realmente autónoma y ello se hace acabadamente nítido cuando se interpone el dolo de una parte o el de ésta con un tercero a través de una maquinación o maniobra fraudulenta que tiene más de delito de derecho criminal que de ilícito civil. Sin embargo, no ha de extremarse a su vez el rigor lógico desde que también en la lesión el dolo puede hacer su juego operante. Como lo explica Carbonier, para mostrar la íntima conexión que por la naturaleza de las cosas y la confluencia de distintas motivaciones se dan entre ambos supuestos, “el contratante lesionado ha debido cometer un error sobre el valor de las prestaciones o su estimación se ha obnubilado por el dolo, o se ha dejado explotar por temor”. Computado desde un ángulo sociológico, las acciones de nulidad de los actos jurídicos (arts. 1037 y ss. CC), constituyen remedios individualistas de una utilidad social bastante reducida y de un ejercicio difícil, aspectos que si bien no son ajenos tratándose de la lesión los son en cambio, cuando dentro de esta figura se adjudica relevante gravitación a la tesis objetiva de la enorme desproporción de las prestaciones, porque, entonces, se corresponde mejor con aquellas consideraciones sociales, al admitir un más amplio y sensible control del juez. En la perspectiva de la lesión, dos son las líneas que convergen para acordarle sustento. Mientras la tesis subjetiva hace pie en la existencia de un vicio del consentimiento, o de la voluntad, la objetiva, por el contrario, descansa básicamente en el desequilibrio entre la prestación procurada y la ventaja obtenida del contrato. Es esta última la que facilita la prueba en razón de que la carga se repliega a

la demostración del perjuicio causado por el daño, excusando la del vicio del consentimiento que fue la causa del mismo" (Autor citado, "Jurisprudencia Argentina", Tomo 28, 1975, pág. 422/3).

Asimismo mi estimado colega el Dr. Louge Emiliozzi junto a los Dres. José Zarate y Esteban Hess en un muy interesante artículo titulado "La aplicación de la lesión subjetiva y de los vicios de la voluntad a las transacciones", en lo atinente a lo aquí tratado expusieron: "Así planteada la cuestión que abordaremos en este acápite, un primer aspecto a considerar – y que consideramos imprescindible para una mejor comprensión del tema- es por qué se genera el problema, es decir, por qué puede llegar a confundirse el vicio de lesión con los vicios de la voluntad, lo que a priori parece inconcebible siendo que la lesión pertenece –según la opinión mayoritaria- a la categoría de los vicios de los actos jurídicos, y en éstos no existe merma de la voluntariedad sino de la buena fe de su autor.

Ya hemos tenido oportunidad de referirnos a ello en un anterior trabajo que versó sobre el elemento objetivo de la lesión, en el que nos preguntábamos entre otros temas tratados- si puede considerarse que existe lesión cuando la víctima denuncia que el acto le resulta tan perjudicial que su parte no recibirá contraprestación alguna, por lo que más que de "inequivalencia de las prestaciones" cabría hablar de "ausencia de todo sacrificio patrimonial por una de las partes". Allí decíamos que, como punto de partida, no debe perderse de vista que la lesión no es un vicio de la voluntad, sino uno propio de los actos jurídicos. Sin embargo, a continuación advertíamos que en este punto no es conveniente caer en dogmatismos, como lo sería afirmar que la voluntad de la víctima de un acto lesivo es una voluntad "íntacta". Evidentemente, quien se encuentra comprendido en alguna de las situaciones de inferioridad previstas en el art. 954 del Código Civil ("necesidad", "ligereza" e "inexperiencia") ve en cierta manera menguada su voluntad, y por ello –lo reiteramos- no ha de incurrirse en la simplificación de pensarse que esa persona goza de una voluntad plena. Del mismo modo, analizada la cuestión desde la perspectiva del victimario,

resulta claro que éste actúa con cierto ánimo que lo aproxima al obrar doloso.

Esta temática –decíamos- ha sido analizada en profundidad por Santos Cifuentes, quien apartándose de la que él mismo reconoce es la posición más generalizada, caracteriza a la lesión como uno de los vicios de la voluntad, aunque de carácter particular frente a los “clásicos” vicios reglados por Vélez Sarsfield.

Al desarrollar su fundada posición, explica que esos vicios “clásicos” de la voluntad son los contenidos en el primer párrafo del art. 954 (error, dolo, violencia, intimidación) y añade que el legislador ha hecho bien en separarlos de la lesión. Agrega que si bien en el caso de la lesión existe un aprovechamiento, no es derivado del dolo propiamente dicho, que viciaría el acto independientemente de la lesión, sino que por el contrario se alcanza no por una aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, empleando cualquier artificio, astucia o maquinación a ese fin, sino a consecuencia del personal conocimiento de la situación de inferioridad de la otra parte y de aprovecharse de su estado. Y, en lo que hace a la situación de la víctima, refiere que si bien parece que la ligereza o inexperiencia no bastarían para descalificar la voluntariedad en el consentimiento, sin embargo hay allí un demérito del querer por esas causas que a la postre no es más que un quebrantamiento de la entereza en la conformación interna de la voluntad, añadiendo que ello es más claro aún en el caso de la necesidad.

Tal es, en cierto modo, el razonamiento que subyace en un pasaje de la nota al art. 943 del Código Civil, donde se dice que “el consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos”. Sin embargo, ha de tenerse presente que nuestro ilustre codificador sólo conoció la lesión en su vertiente objetiva, tal como se desprende de esa misma nota, por lo que no se representó situaciones de la víctima como las que luego quedaron plasmadas en el art. 954.

La conclusión a la que arribamos en aquella oportunidad, era que si bien cabe reconocer gran mérito a ese sector de la doctrina –cuyo principal referente es Santos Cifuentes- que ha advertido la real situación en la cual se encuentra la víctima del acto lesivo, prescindiendo de encasillamientos apriorísticos, ha de convenirse que en la actuación de dicha persona subyace al menos un mínimo de voluntariedad, lo que nos llevó a rechazar la idea de que pueda alegarse la existencia del vicio de lesión en aquellos casos en que la víctima alega que el negocio le resulta tan perjudicial que no recibirá contraprestación alguna.

Al presente, si bien ratificamos tal conclusión, creemos que la “cercanía” y la consecuente posibilidad de confusión entre la lesión y los vicios de la voluntad encuentra su razón de ser en la circunstancia apuntada, es decir, en que la víctima del acto lesivo padece cierta mengua en su voluntad, mientras que el victimario actúa con cierto ánimo que lo aproxima al obrar doloso.

Ello explica que la frontera entre la lesión y los vicios de la voluntad no resulte tan nítida como parecería serlo a simple vista. Tal como hicimos en aquella oportunidad, es oportuno recordar las palabras de Morello, quien refiriéndose a la distinción entre la lesión y el dolo, decía que “...muchas veces en el cielo de los conceptos y de las teorías se dibujan con bastante rigor los perfiles y fronteras de las instituciones jurídicas. Luego, sin embargo, en la rica y compleja experiencia de los hechos, que es donde aquellas instituciones cobran vida, las categorías pierden nitidez porque a veces se montan unas sobre otras o, el núcleo en que el fenómeno consiste, por sus diversas imbricaciones, participa simultánea o sucesivamente, de caracteres comunes a diversas figuras”.

Con lo dicho hemos procurado explicar por qué se da el fenómeno que enunciábamos en los primeros párrafos de este acápite, es decir, que se presenten casos en los cuales es muy difícil determinar cuál es el vicio que realmente afecta a la transacción.

El antecedente resuelto por la Sala H de la Cámara Nacional

Civil que mencionamos en el primer párrafo de este trabajo es un clarísimo ejemplo de tal dificultad, ya que, como vimos, la mayoría del tribunal - conformada por el voto de los Dres. Mayo y Kiper- entendió que en la especie había mediado dolo, mientras que en el voto minoritario de la Dra. Díaz se entendió que había mediado lesión. Más aún, los prestigiosos comentaristas de ese fallo –mencionados en la cita n° 1 de este trabajo- también se dividieron en sus apreciaciones, ya que Cifuentes coincidió con el voto de la minoría que entiende aplicable el vicio de lesión, Crovi con el de la mayoría que concluye que el acuerdo no podía revisarse por el vicio de lesión pero sí por el de dolo, y Compagnucci de Caso desliza sobre el final de su trabajo que en atención a las condiciones fácticas que rodearon el caso el acto podría haber sido declarado ineficaz en virtud de un “error sobre la causa sustancial”, también llamado “móvil determinante del acto”.

Frente a este cuadro de situación, es imperioso que quien plantee la nulidad de un acuerdo transaccional sea muy preciso a la hora de calificar su pretensión, individualizando claramente cuál es el vicio de la voluntad (dolo, error o violencia) que invoca o, en su caso, si la funda en el vicio de lesión.

Ello sin perjuicio, claro está, de que también podrá evaluar la conveniencia de invocar una causal en subsidio de otra, lo que constituiría – procesalmente hablando- una acumulación objetiva de pretensiones.

En el punto II de nuestro trabajo antes citado explicamos por qué consideramos conveniente –siguiendo las enseñanzas de Tobías- referirnos al elemento objetivo de la lesión como un “desequilibrio o inequivalencia entre las ventajas y sacrificios patrimoniales”, expresión que resulta más correcta que la clásica “desproporción de las prestaciones”.

Un aspecto que puede resultar de gran utilidad a la hora de discernir cuál es el vicio que afecta a la transacción es el concerniente al elemento objetivo del acto, es decir, a las contraprestaciones que resultan de la transacción. Afirmamos ello pues, para que se configure el vicio de lesión, es preciso que se verifique en primer término su elemento objetivo, es decir,

un notable desequilibrio –o inequivalencia- entre las ventajas y sacrificios patrimoniales (art. 954, 2do. párrafo “in fine” del Código Civil). –

Volviendo con la cuestión relativa al encuadre legal de la acción que se ejercita, Augusto M. Morello, en la obra ya citada “Jurisprudencia Argentina”, Tomo 28, año 1975, pág. 421/422 expresa: “que la sentencia debe componer la litis de conformidad a la acción deducida en el juicio, el Dr. Jure encontró insalvables escrúpulos para poder encuadrar el hecho que quedó confeso como doloso en este último supuesto, pues el margen de libertad que al juez le acuerda el principio “iura curia” no llega hasta poder convertir una acción (de lesión), en otra distinta (de nulidad por dolo). Hacerlo importaría no respetar la relación sustancial de la litis, y acoger un supuesto fáctico no intentado en perjuicio de la igualdad procesal de las partes.....

.....Conforme a la clásica enseñanza de Chiovenda, las acciones o pretensiones que se hacen valer en Justicia, se individualizan por los hechos y afirmaciones de la demanda que se singularizan como causa petendi, brindada por el actor.....

.....A la identificación de la acción, concurren los elementos subjetivos y objetivos: las partes, el objeto, y la causa, recordando Sentís Melendo la importancia que tiene la premisa de que la acción se individualiza por el hecho y no por la norma de ley. También, que el objeto de la demanda es en definitiva el efecto jurídico que se pide al juez para que declare, determine o constituya un derecho.....

.....Es evidente, como lo enseñaba el mismo Chiovenda, que un mismo hecho puede caer bajo distintas normas por lo que si los expuestos no se corresponden con el derecho erróneamente invocado en la demanda, se estará en presencia de una sola y única acción pretensión que el juez, habilitado para ello, deberá calificar determinando cuál es la norma que los rige sin que el sentido técnico –jurídico que utilice pueda alterar los elementos de la pretensión ni, en perjuicio del demandado, cambian la esencia del litigio.....

.....Al penetrar en el asunto en estudio, queda en claro que, con arreglo a la versión del actor, se adujo explícitamente tanto un error propio como el dolo del demandado, bien que anticipándose a admitir que por una pretendida imposibilidad de prueba, debía recalar en el territorio de la lesión. O lo que es igual, que la afirmación de tales hechos, más que virtualmente incluyó la caracterización cabal comprensiva de la hipótesis de dolo....

.....La pretensión de las circunstancias fácticas, o sea la afirmación de una concreta situación de hecho a la cual el actor le asignó una determinada consecuencia jurídica, para referirnos a la causa, fundamento o título de la pretensión, mostró idoneidad desde el comienzo y en relación al previsible cuadro defensivo de la parte demandada. Sin olvidar, además, que el error en la elección del derecho o los diferentes enfoques jurídicos –aunque sin modificar la versión e individualización de los hechos afirmados -, son las condiciones que habilitan a los jueces, precisamente, para la calificación técnica correcta....

.....Entendemos, por ello, que las particularísimas circunstancias alegadas en la demanda y confirmadas por la prueba de mayor fuerza de convicción (confesoria), dentro de la acción ejercitada quedó involucrada la nulidad del acto por mediar error `propio o dolo del beneficiado en complicidad con un tercero, por lo que al calificarlo así la Cámara no modificó el objeto o la causa de la pretensión y obró dentro del margen reservado al aforismo aludido”.

Conforme lo hasta aquí expuesto, podemos inferir que en el sub-lite, la actora como así también su hermana por intermedio del curador, no han planteado dos pretensiones en forma acumulada o una en subsidio de la otra, sino que claramente persiguieron la nulidad del acto por dolo, y no por el vicio de lesión como lo encuadra el Sr. Juez de la instancia de origen. No está demás decir que también plantearon la nulidad del acto por falta de un requisito de forma -falta de firma del boleto de compraventa- que sí se

trata de una acción acumulada y respecto de la cual me referiré mas adelante.- Tal disquisición (en relación al vicio de dolo o lesión) resulta de fundamental tratamiento toda vez que, ello tiene directa incidencia con el resultado del pleito.-

Ello así toda vez que entiendo que si se analiza el contrato a la luz del vicio de dolo, la absolución del demandado en la causa penal adjuntada a estos autos caratulada "Bogado Juan Carlos s/ Estafa y usurpación en concurso real", hace cosa juzgada en los términos del art. 1103 del Código Civil, tal como lo plantea el apelante.-

Es así que el Juez penal para dictar sentencia en la causa citada analizó pormenorizadamente la conducta del aquí demandado y se refirió expresamente al modo en que se llevó a cabo el acto jurídico que se intenta anular, refiriendo conforme la prueba producida que no hubo engaño, que no hubo ardid o maniobras para lograr tal engaño y que la suma de \$ 15.000 fue efectivamente entregada.- Creo pertinente y necesario citar lo resuelto por el Sr. Juez penal a efectos de una mejor comprensión de lo expuesto, en lo que aquí interesa en la causa n° 2080 caratulada "Bogado s/ estafa y usurpación": *"En tal sentido he de señalar que a juicio del suscripto, y en relación al delito de estafa atribuido a Juan Carlos Bogado, no ha logrado acreditarse siquiera mínimamente existiera la compleja maniobra ardidosa que le fuera endilgada como determinante para la realización de la operación de compraventa con las hermanas Aurora Lluviza y María Victoria Yubiza del inmueble de Dinamarca N° 755 de esta ciudad, en la que durante más de tres años entablara una relación de trato continuo, compartiendo comidas, para obtener confianza de éstas, para de tal modo, aprovechar tanto su inexperiencia como que ninguna de las dos sabe leer para hacerlas incurrir en un error sobre el objeto de la venta que pactaran, su precio y modo de pago."*

"Así, al menos de la prueba que fuera aportada al debate, no han logrado acreditarse los elementos típicos exigidos, tanto para la configuración de la estafa, como la de la usurpación, y respecto de la

primera no surge claro cual resulta el ardid utilizado por el encartado, para convencer a las hermanas a concretar la venta del inmueble en cuestión, dado que de la prueba testimonial rendida, ha surgido por expresos dichos de Andrea Jorgelina Olivo –la nieta de Aurora Lluviza- que cuando ésta última le dijo que quería vender la casa, lacónica y secamente le contestó que hablara con su hijo, de la cuestión, porque ella no intervendría en el tema.”

“Así las cosas, no se llega a visualizar como el imputado realizó la acción típica, de defraudar, logrando convencer a las hermanas de algo que querían hacer, este es vender el inmueble en las condiciones en que lo realizaron, y en este punto valoro lo manifestado por el letrado defensor que refirió que del único modo que los datos volcados en el boleto de compraventa –con respecto al estado dominial de la finca- llegaron a conocimiento de su pupilo fue por los dichos de las vendedoras, lo que también aporta un claro entendimiento de la situación en relación a las transmitentes.”

“En tal sentido, no resultó convincente el testimonio de José Andrés Olivo –hijo de Aurora Lluviza- quien desconocía por completo las actividades de su madre y su tía, dado que las visitaba una vez al año, y que en el caso manifestó –curiosamente- que le extrañaba porque su madre no lo había consultado para la venta de la propiedad ubicada en calle Dinamarca N° 755 de Tandil; pero esta actitud normal, correcta y acorde, aparece totalmente descontextualizada o desvalorada, dado que llama particularmente la atención que habiendo realizado con posterioridad su madre una venta de un terreno de su padre fallecido –tal como el citado testigo reconociera en el debate-, ignorara a quién se le vendió, si había firmado boleto o realizado escritura, por que valor, y en que forma se pactó el pago y si había recibido en tiempo y forma las cuotas pactadas por su madre al formular el negocio.”

“Mayor aún es la incertidumbre o duda, en cuanto la existencia del hecho, si de los propios dichos de este testigo, surge que

envió a su esposa Alcira Elsa Vázquez desde Gorchs –cuyo testimonio se incorporara por lectura-, para que junto con su madre hiciera la denuncia, dado que ésta última le manifestó que había firmado algunos papeles, cuando en principio la conducta más acorde era la de determinar qué había firmado para luego poder decidir en el caso la decisión a adoptar.”

“Respecto de la realización del acto jurídico cuestionado como uno de los puntos salientes de la maniobra estafatoria, en el caso la firma del boleto de compraventa por parte de las hermanas, Aurora Lluviza y María Victoria Yubiza, el mismo fue concretado en la casa de ellas, con presencia del Doctor Esquivel –letrado de Bogado- y de un escribano, y en este punto debo ser preciso para destacar que conforme lo establece el Código Civil, la capacidad de las personas es la regla, y no es posible pedirle a los profesionales que intervinieran en su confección y firma, más requisitos de que los que la ley contempla para esos actos; y a mayor abundamiento sostengo que este tema no admite que la sospecha o la duda de las actuaciones profesionales devenga en indicio en contra del imputado; dado que en la determinación de un delito no hay situaciones grises o bien el letrado y el escribano que participaron tenían conocimiento y aunaron sus voluntades para la orquestación de un ardid en contra de las hermanas – juntamente con Bogado-, debiendo ser imputados y en el caso juzgados – supuesto éste que no ha sido siquiera planteado en la requisitoria-, o como en el caso celebraron con un cliente un acto jurídico dentro de la esfera de sus facultades específicas.”

“Siguiendo con este razonamiento, tampoco surge claro –por aplicación de las reglas de la lógica y la experiencia- que quien pretenda formular tan espectacular ardid por la venta de un inmueble, tenga la precaución de llamar a un letrado y un escribano, para que tomen intervención en dicha firma, preconstituyendo prueba en su contra, pudiendo hacerlo de otra manera, más perjudicial para las vendedoras y con una mayor impunidad.-”

“Respecto a la realización del pago en ese acto, el

escribano aludió que el documento que redactara contenía esa fórmula sacramental, no recordando en el caso si se había efectivizado con anterioridad, o al momento de la firma del boleto de compraventa, aunque si señaló que la cuestión se encontraba tratada y arreglada entre las partes, y que todos prestaron su conformidad; por lo que tanto Bogado, como su letrado Esquivel, y el escribano, manifestaron que el pago se había realizado o en ese acto o con anterioridad al mismo, siendo Aurora Lluviza, la única que manifiesta lo contrario en ese acápite, por lo que su testimonio en el punto se encuentra huérfano de toda otra apoyatura probatoria.”

“Con relación específica al estado de la salud mental de María Victoria Yubiza, la existencia de una declaración posterior de incapacidad de la misma que fuera alegada, nada aporta como juicio negativo de valor al convenio oportunamente formulado, dado que a lo sumo por la cuestión sería de aplicación el art. 473 del Código Civil, si el Juez interviniente en la causa de insania, así lo considerara procedente.”

“Tampoco el precio del inmueble resulta determinante para valorar la operación como defraudatoria, dado que destaco que conforme la prueba rendida durante el debate el valor del mismo –tal lo aportado por los testimonios de Francisco Mario Iriani, de Julio Jorge Ríos y de Silvia Lilian Díaz- estaba alrededor de los treinta y cinco o cuarenta mil pesos, y que esta compraventa prevista con un usufructo vitalicio en favor de las hermanas, lo que implicaba una reducción del precio abonándose por la propiedad aproximadamente un cuarenta por ciento de su valor de mercado.”

“En este punto considero que cuando dos partes celebran un negocio jurídico, existe un álea propia del mismo, por los avatares de la economía nacional o internacional y aún de los caprichos del mercado, o en el caso por el incumplimiento de alguna de ellas, pudiendo verse en el caso favorecida o perjudicada, pero tal situación encuentra en el caso su respuesta adecuada, tempestiva y acorde en los resortes previstos en el derecho civil, no pudiendo simplemente colegirse que la mera

insatisfacción o pérdida de beneficios de alguna de las firmantes, implique que la conducta del que puede verse beneficiado, debe ubicarse sin más en la figura de la estafa prevista en el art. 172 del Código Penal, con un grave perjuicio para la seguridad jurídica de las transacciones comerciales.”

“En consecuencia y tal como lo vengo sosteniendo, no ha logrado probarse la utilización de un ardid, y tampoco cual fue el error en que el imputado hizo caer a las hermanas, dado que fue una transacción comercial normal, y que resguardaba para ellas el derecho real de usufructo, en forma vitalicia, por lo que dicha circunstancia sumada, a la realización de mejoras en el inmueble –a cargo del adquirente- y la finalización de dos sucesiones, para convertir a las transmitentes en únicos y universales herederas de sus hermanos fallecidos, implicaba necesariamente una disminución en el precio de adquisición del inmueble, tal como lo considerara más arriba.”

“Lo alegado por el Ministerio Público Fiscal, al expresar que el ardid, se inició cuando el imputado comenzó a ganarse la confianza de las hermanas, visualizo que la relación surgió por necesidades mutuas, las primeras necesitaban un aporte más para su alicaída situación económica familiar –realizando Bogado contribuciones en especie a la misma- y éste quien le lavara la ropa, le preparara la comida y en último término, y ya casi durante los comienzos del año dos mil cinco, un lugar donde pernoctar.”

“Así considero que –si bien no existe una expresa referencia en la norma- urdir una maniobra ardidosa, nos remite casi indefectiblemente a plazos cortos, a escasos contactos, a presentaciones escuetas, a limitado conocimiento personal, a cierto halo de poderío económico; que en el caso lejos estuvo de producirse, dado que la relación entre las hermanas y Bogado, comenzó tres años y medio antes del día veinticuatro de marzo de dos mil cuatro, en que se firmó el boleto de compraventa, luego el día seis de mayo del mismo año suscribieron un poder especial irrevocable a favor de Dora Elizabeth Lista –sin que este de

acuerdo a los usos y costumbres, merezca objeción alguna- y días antes del veintidós de mayo de dos mil cinco se produjo el traslado de Aurora Lluviza, a la casa de su hijo en Gorchs, que desencadenara la denuncia.”

“De tal modo y si bien no existe un plazo mínimo o máximo fijado por la ley, para la configuración del ardid, no es menos cierto y lógico, que el factor sorpresa, la rápida negociación, el negocio que en principio resulta a todas luces favorable a quien finalmente es perjudicado, no han estado presentes en el caso en juzgamiento, por lo que la conducta del encartado, sin tamizarla en el contexto de la ética o la moral, no merece un reproche penal.”

En relación a los efectos de la cosa juzgada penal sobre el juicio civil en el supuesto de sentencia penal absolutoria se está ante una problemática que presenta ribetes de gran complejidad, y que por ello ha dado lugar a soluciones jurisprudenciales encontradas (palabras del Dr. Víctor Mario Peralta Reyes en “Efectos de la cosa juzgada penal sobre el juicio civil. El supuesto de la sentencia penal absolutoria”, en La Ley 2005-B-1266).-

En oportunidad de emitir su voto en las causas acumuladas n° 57.376 y 57.377, mi estimado colega el Dr. Louge Emiliozzi, realizó un pormenorizado análisis de la incidencia de la sentencia penal en sede civil y que me permito citar toda vez que lo allí dicho resulta plenamente aplicable al presente: “afirma el Dr. Pettigiani en su voto en una de las causas citadas por el “a quo” (C 85.924, “G., M. P. y otra c/ Capraro, Antonio s/ Daños y Perjuicios”, del 25.11.09.) que la cuestión relativa a la interrelación existente entre la sentencia recaída en el juicio penal y la posteriormente pronunciada en sede civil “ha generado intensas polémicas”, tanto dentro del marco doctrinario como en los numerosos fallos que se han dictado al respecto.

Centrándonos en el supuesto de la sentencia penal absolutoria (art. 1103 del Código Civil) por ser el que más interesa en este caso, uno de los tantos aspectos que genera debate consiste en determinar qué debe entenderse por el “hecho principal” al que alude la norma. Al respecto,

señala el estimado colega de esta Cámara Dr. Peralta Reyes en el trabajo antes citado, que la noción de “hecho principal” contenida en el art. 1103 del Código Civil sólo está referida a las circunstancias fácticas que han sido esenciales para fundar la absolución. De allí –agrega el autor- que en modo alguno serán vinculantes para el juez civil aquellas consideraciones marginales o superfluas que se hayan vertido en el pronunciamiento penal, y que, por ende, carecieron de influencia en el decisorio. En ese sentido, trae a colación enseñanzas de Borda, quien afirma que suele ocurrir que el juez penal al fundar su sentencia absolutoria atribuya la culpa del hecho a la víctima o a un tercero, o declare que el suceso fue causado por un caso fortuito. Sin embargo –y prosiguiendo con la opinión de Borda que recoge Peralta Reyes- tal declaración no hace cosa juzgada porque no es esencial para el juzgamiento penal, ya que al juez le basta para fundar la absolución, comprobar la falta de vinculación entre el daño y el imputado; la comprobación de que el daño está relacionado con otra causa resulta, en verdad, desprovista de interés. En esa misma línea de pensamiento Peralta Reyes también sitúa a Caseaux y Trigo Represas, quienes a su vez transcriben una esclarecedora cita de Salas, en la que se expresa lo siguiente: “La función específica de los tribunales represivos cuando se trata de delitos por imprudencia, es la constatación de la existencia o inexistencia de “culpa” en el procesado.

Para ello puede ser útil, en ciertos casos, determinar las causas a que se debió la producción del accidente, pero esa determinación no es fundamento de la sentencia absolutoria; el juez del crimen no absuelve al procesado porque el hecho dañoso se debió a un caso fortuito, sino porque no ha encontrado que el procesado hubiese incurrido en culpa, lo que no es lo mismo”.

Sin embargo, los debates en torno a esta cuestión aún subsisten, y un claro ejemplo de ello puede encontrarse en una de las sentencias emanadas de la Excma. Suprema Corte provincial citadas por el “a quo” que ya he mencionado “ut supra” (C 85.924, “G., M. P. y otra c/

Capraro, Antonio s/ Daños y Perjuicios”, del 25.11.09.).

En el meduloso primer voto que está a cargo del Dr. Pettigiani, se afirma –en lo sustancial y en cuanto ahora interesa- que “... si en la sede represiva se consideró al accionar de la víctima como causa del infortunio, tal juicio no puede ser revisado en sede civil a los fines de endilgarle responsabilidad patrimonial a quien nada tuvo que ver según sentencia penal firme en la provocación del daño.”

El segundo voto fue emitido por el Dr. Hitters, quien obtuvo la adhesión del Dr. Negri, y si bien en el mismo se comparte la solución arribada por el Dr. Pettigiani, se lo hace por otros fundamentos. En efecto, el Dr. Hitters plantea inicialmente en su voto que deben formularse ciertas precisiones sobre los alcances del juzgamiento penal en sede civil (art. 1103 del Código Civil) “en los supuestos en los que el sentenciante que pone fin a la pretensión punitiva se expide más allá de la conducta del imputado y avanza sobre valoraciones jurídicas relativas a la culpabilidad de la víctima.” A esos fines, puntualiza que como lo ha sostenido esa misma Corte **“lo que se valora en la instancia penal es la conducta del imputado, y cualquiera haya sido la opinión del sentenciante allí respecto de la actuación de la víctima en el evento dañoso, no obliga al juez civil cuya tarea se mueve en una dimensión distinta”**. Prosiguiendo con ese razonamiento, afirma el Dr. Hitters que debe hacerse una distinción entre las circunstancias fácticas que rodearon al “hecho principal” y la valoración que sobre aquéllas realice el juzgador a los fines de determinar su alcance jurídico en un caso. Ello –aclara- no importa un strepitus fori, pues dicha regla no apunta en sí a la supuesta contradicción de que un sujeto pueda ser absuelto en una jurisdicción y declarado responsable en la otra (máxime cuando en cada una de ellas se admite factores de atribución diferenciados), **sino que lo que repugnaría a la ley es que un único hecho haya sucedido de manera diferente para los dos magistrados...**”. En síntesis, y tal como lo explica el Dr. Hitters en otro clarificador pasaje, su posición puede resumirse diciendo que **“(l)lo que queda firme es el modo en que**

los acontecimientos tuvieron lugar según el juez penal y no la calificación que éste desarrolla sobre la conducta de la víctima, que, reitero, puede ser analizada nuevamente en los términos del art. 1113, in fine, del Código Civil.”

El tercero de los votos –que estuvo a cargo del Dr. Soria y al que adhirió la Dra. Kogan- también coincide con la solución propiciada en los votos anteriores, aunque por fundamentos parcialmente distintos, pero que guardan afinidad con los desarrollados por el Dr. Hitters. En efecto, el Dr. Soria hace notar que, a diferencia el art. 1102 del Código Civil, el art. 1103 del mismo Código no hace referencia a la culpa del imputado, y explica –siguiendo precedentes de la Corte Nacional- que ello no obedeció a una exclusión involuntaria ni a una redacción defectuosa del legislador, quien siguió en este aspecto la opinión de Freitas y de los jurisconsultos franceses. Sentado ello, afirma que la noción de “existencia del hecho principal” a que alude el art. 1103 del Código Civil se limita a las circunstancias fácticas atinentes a la materialidad de los hechos y a la autoría, sin comprender las valoraciones subjetivas que hacen a la apreciación de la culpa. Y explica que ello es así porque la culpa y la responsabilidad civil difieren, en su configuración y en su gradación, a la reprochabilidad penal, y de ahí que pueda indagarse en el ámbito del derecho privado sobre esas cuestiones, sin perjuicio de la absolución en el proceso penal.” (causas citadas de éste Tribunal “Ferrari Hector c/ Cinco...” y “Albert Sergio c/ Cinco...” del 26/02/2013, los destacados me pertenecen).-

Conforme lo hasta aquí expuesto, y tomando las palabras de Hitters antes citadas no puede el Juez civil decir que los hechos acontecieron de un modo distinto al que describe el Juez penal, en lo que atañe al sub-lite, no puede el Juez civil interpretar o decir que hubo engaño en la suscripción del boleto de compraventa, toda vez que en sentencia que se encuentra firme el juez penal dijo que no hubo engaño ni ardid, no puede el Juez de la instancia civil decir que no se entregó el dinero o que la contraprestación fue desproporcionada, siendo que el Juez penal

expresamente dijo que el dinero fue entregado, y que el monto de la operación se condecía con las particularidades de la misma.-

De lo hasta aquí expuesto, claramente lo resuelto en la causa penal citada, hace cosa juzgada en el presente en virtud del modo en que fue planteada la acción, tal como lo especificara anteriormente.- Y, no he de apartarme de lo planteado por la actora, toda vez que como se expusiera conforme los hechos relatados, no resulta factible encuadrar la presente acción en el vicio de lesión sino en el de dolo (art. 34 inc. 4 Cpcc, arts. 931, 932, 954 primera parte, y cctes. CC.).-

Conforme lo dicho, correspondería revocar la sentencia dictada en la instancia de origen y desestimar el pedido de nulidad de acto jurídico por invocación del vicio de dolo.-

IV) Ahora bien, por el principio de plenitud de jurisdicción y, toda vez que conforme lo anterior expuesto llevaría a modificar la sentencia dictada en la Instancia de origen desestimándose la acción intentada por las actoras que resultaron gananciosas, el Tribunal debe considerar todas las defensas que éstas hubieran alegado y que fueron rechazadas o como en el sub-lite no fueron tratadas por el Juez de la instancia anterior atento el modo en que resolvió la cuestión, máxime cuando en el sub-lite las actoras reeditan dichas defensas al contestar la expresión de agravios.-

Lo antes dicho nos conduce al instituto de la apelación implícita, sobre el cual éste Tribunal tiene dicho: "cuando las decisiones resultan favorables a las pretensiones de las partes, ellas no pueden apelar de la sentencia, aunque existan fundamentos, motivos o consideraciones que le resulten adversas; debe atenderse a las pretensiones deducidas y su satisfacción, y si la decisión es favorable a las pretensiones de la parte no hay interés que justifique el recurso. Pero si la parte contraria apela quedan implícitamente sometidas a la decisión del tribunal de segunda instancia en virtud del recurso interpuesto por la contraparte, todas aquellas cuestiones o fundamentos oportunamente planteados por el vencedor y que fueron rechazados o no considerados por la decisión en grado. En estos casos, si el

tribunal de alzada considera procedentes los agravios del recurrente, no por ello debe acoger el recurso de apelación y revocar la sentencia, sino que debe entrar a conocer también de esas cuestiones rechazadas o no consideradas por el juez de primera instancia. Es decir, no sólo los argumentos y defensas alegados por el vencedor que fueron rechazados por la sentencia de primera instancia pasan al conocimiento del tribunal de alzada en virtud del recurso interpuesto por el vencido, sino también aquellos que no han sido considerados por la sentencia de grado, sin que sea necesario devolver la causa al juez de primera instancia para que se pronuncie sobre el punto (Loutayf Ranea "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", T. 1, pág. 320, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989; Azpelicueta - Tessone, "La Alzada. Poderes y Deberes", pág. 170" (esta Sala, causas nº 51.424, "Arrieta...", del 31.03.08., nº 52.016, "H.J.Navas y cía. S.A....", del 29.10.08., nº 52.342, "Brindesi...", del 10.12.08., entre otras; Sala II, causas nº 48.450, "Gayol...." del 14.04.05., nº 50.112, "Orellana...", del 19.09.06., nº 53731 "Loggia, Julio Cesar c/ Garcia Goyeneche, Leonardo carlos s/ Daños y perjuicios" del 11-2-2010 entre otras).-

La Excma. Suprema Corte Provincial ha resuelto que "Las alegaciones o defensas propuestas en primera instancia por la parte vencedora que no ha apelado por haberle sido favorable el resultado del pleito, quedan sometidas al tribunal de alzada en el supuesto que en esa instancia sea revocado el pronunciamiento. En tal situación tiene operatividad la figura de la denominada adhesión "implícita- a la apelación" (Ac. 56034 "G., M. del C...." del 04.07.95.; Ac. 52049 "Resch..." del 17.19.95.; Ac. 70060 "Boileau..." del 18.04.01.; Ac. 81521 "Tolosa..." del 03.03.04.; Ac. 91546 "López..." del 29.11.06.; C. 98059 "Passadore de Mónaco..." del 07.05.08.; C.101860 "Calíó..." del 11.03.09.; C. 99315 "Greco..." del 25.03.09.; C 101755 "Bahamonde..." del 07.10.09.; base Juba).

Asimismo en la causa 56.363, agregamos siguiendo lo

resuelto por la Excelentísima Corte Suprema de la Nación que, respecto de las cuestiones tratadas por el Sr. Juez de la Instancia de origen y que fueran adversas al ganancioso, éste deberá en la contestación de agravios hacer su propio descargo a efectos que la Alzada conozca de las mismas (conf. CSJN en autos: "Ingenio Río Grande S.A. c/ Estado Nacional", del 02.03.11).- En el sub-lite se trató de cuestiones no abordadas en primera instancia por haber quedado desplazadas pero que además expresamente la menciona la actora en la contestación de agravios, de modo tal que corresponde en este estado atender las mismas como seguidamente se expone.-

V) Así al interponer la demanda, la actora Aurora Lluviza y luego con adhesión de su hermana Maria Victoria por intermedio de su curador, exponen otra causal de nulidad del contrato, esto es la falta de firma del boleto de compraventa obrante a fs. 7, cuestión que no fue tratada por el Sr. Juez penal.- Es que Victoria Lluviza -quien no sabe leer ni escribir- no firmó el documento sino que estampó su impresión digital, y su hermana firmó a ruego, fundado en el artículo 1012 del Código Civil.-

El art. 1012 del Código Civil prescribe: "La firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada. Ella no puede ser reemplazada por signos ni por las iniciales de los nombres o apellidos".- Respecto de la falta de firma en un documento privado la SCBA ha elaborado una muy clara doctrina que se ha mantenido en el tiempo, esta doctrina se refiere a la inexistencia del acto, diferenciándolo del acto nulo.- Es decir no se trata de nulidad del acto sino que la consecuencia es mucho mas severa toda vez que lo considera inexistente, con lo cual no es confirmable, no es prescriptible, no produce efecto alguno y es igualmente inexistente para todos los participantes del acto (el que lo firmó como el que no).- Desde el leading cases "Decuzzi" (del 26/2/1985) hasta nuestros días se ha mantenido la doctrina mencionada (conf. cita Lopez Mesa "Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y procesales", págs. 112 y ssgtes.), y la misma puede ser aplicada de oficio por lo que más allá de haberse invocado la nulidad del acto y no la inexistencia, dicho encuadre no

vulnera la congruencia, no solo por la invocación oficiosa mencionada, sino porque estimo que en el sub-lite solo se trata de enmarcar lo peticionado en la legislación vigente, y es que el encuadre legal de la acción se encuentra dentro de las funciones de la judicatura conforme el principio iura novit curia (art. 34 inc. 4° Cpcc).-

Continuando con el análisis de la falta de firma del boleto de compraventa en ciernes, cabe decir que conforme causa que seguidamente citaré la SCBA ha resuelto que la impresión digital y la firma a ruego y sin perjuicio de haberse estampado delante de un escribano, no puede considerarse como firma del documento en los términos del art. 1012 del Código Civil.- En el mismo sentido respecto de la invalidez de la impresión digital en un instrumento privado se han referido Borda, Orgaz, Salvat, Acuña Anzorena, Zannoni, Lagomarsino, Sambrizzi, Cifuentes.- En cuanto a la invalidez de la firma a ruego podemos citar a Salvat, Borda, Belluscio, Cifuentes (conf. Santos Cifuentes “Código Civil comentado”, t° II, pág. 235).-

La impresión digital o la firma a ruego en un instrumento privado no suplen la formalidad de la firma del otorgante del acto, máxime cuando quien estampa la impresión digital es analfabeto -conf. en el sub-lite- toda vez que cuando la imposibilidad de firmar el documento es por una cuestión temporaria, pero quien así actúa sabe leer y escribir, según las circunstancias del caso puede considerarse válido como firma conforme lo expone un sector de la doctrina citada.-

En autos se encuentra probado, tal como surge del documento obrante a fs. 7/8 y en cuestión que no ha sido controvertida por las partes, que Maria Victoria Lluviza es analfabeta –no sabe leer ni escribir- y en tal situación estampó su impresión dígito pulgar en el documento, firmando a ruego su hermana.- Que en el acto de la firma del boleto se encontraba presente el Escribano Speroni (conforme lo expresa el demandado a fs. 131 y surge de la testimonial de fs. 284 preguntas 3 y 4).-

En el precedente que seguidamente cito de la SCBA trata de una cuestión similar, en la que en un documento privado constaba la

impresión digital, la persona era analfabeta, se había firmado a ruego y en presencia de un escribano.- Allí se dijo que dicho instrumento no tenía validez y que el acto resultaba inexistente: “La firma -dice el art. 1012 del Código Civil- es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo la forma privada, la que no puede ser reemplazada por signos o iniciales. La ausencia de firma, o la firma falsa, hacen que el instrumento resulte jurídicamente inexistente (conf. “Acuerdos y Sentencias”, 1985-I-141). Aunque la diferencia entre inexistencia y nulidad resulta esencial, en el caso de autos -por la solución que juzgo adecuada- es intrascendente. Esta Corte ha descalificado, como medio idóneo de evidenciar la voluntad del sujeto (doct. art. 944, C.C. y sus concordantes), a la impresión digital. Ha decidido, en este sentido, que ésta -aunque resulte útil como prueba de su identidad- no resulta apta como expresión de la voluntad contractual y no suple la falta de firma, pese a que pueda haber sido estampado en presencia de testigos (“Acuerdos y Sentencias” 1956-II-56; id. V-386; 1958-IV-467; 1960-IV-164). Tampoco al documento con tal déficit se le puede atribuir el carácter de principio de prueba por escrito, ya que para que así pueda ser considerado es necesario que haya sido escrito o firmado por la persona a quien se atribuye (art. 1192 del C. cit.), supuestos que no concurren en el caso. En cuanto a la firma a ruego, debe tenerse en cuenta que ésta sólo resulta admisible en aquellos actos otorgados ante un funcionario público (art. 1001, C. Civ.). Tampoco resulta útil la declaración del escribano Sardi porque -aunque dice que el instrumento se realizó en su presencia- ello no implica que pueda ser considerado como público ya que ni ha sido otorgado ni protocolizado en su registro (arts. 979, 1011 y conchs. del mismo código; “Acuerdos y Sentencias” 1956-V-388).” (SCBA Ac. 36.968, “Lambermont Roberto José contra Sucesión de Pura Reynafé y otra. Escrituración y cumplimiento boleto”, del 10/11/1980).-

Asimismo y reiterando los conceptos vertidos en la causa citada, en los autos “Ramos, Roberto Martín contra Bagnardi, Martín. Acción reivindicatoria” Ac. 43.223, del 17 de noviembre de 1992 amplía lo

allí resuelto: "El Dr. Negri dijo: Esta Suprema Corte tiene fijada como doctrina legal: 1. Que en el derecho civil argentino el acto jurídico inexistente configura un supuesto diverso del acto jurídico nulo o anulable. 2. Que el párrafo final del art. 1051 del Código Civil no resulta aplicable a la inexistencia (conf. causa Ac. 31.354, sent. del 7XII82; "Acuerdos y Sentencias", 1985I141). Uno y otro criterios han sido transgredidos por el fallo en recurso al extender a un acto en el que se prescindió totalmente de la voluntad del titular de un derecho para transferirlo (acto inexistente) la aplicación del mencionado art. 1051 del Código Civil. El Dr. Mercader continúa diciendo: "Ya esta Corte ha tenido oportunidad de calificar a estos actos como inexistentes (v. causa Ac. 31.354, sent. del 7XII82 y "Acuerdos y Sentencias", 1985I141). Se dijo en la última de las causas citadas que se trata en rigor del acto non avenu que llevara a Aubry y Rau ("Cours de Droit Civil Francais", 4ª ed., t. I, pág. 118) a decir que el acto que no reúne los elementos que suponen su naturaleza y en cuya ausencia resulta imposible pensar en su existencia, ha de considerárselo, no sólo como nulo, sino como "no sucedido" o "no acontecido". Por descontado que al aceptarse que el acto sea jurídicamente irrelevante las proyecciones de su eficacia, como antecedente de determinadas consecuencias, adquieren una mayor extensión que la que puede corresponder a la nulidad de mayor entidad posible. En rigor nulidad e inexistencia atienden a dos niveles distintos de planteo; en el caso de la nulidad se está ante un acto que tiene existencia pero cuya eficacia, por causas anteriores o coetáneas con el propio acto, está afectada en el parámetro de su validez o invalidez como productor de los efectos propios al que el acto estaba destinado. Cuando el acto, por circunstancias relativas a su esencialidad, no puede nacer a la vida del derecho, su ineficacia parte de su no existir y nada puede quedar de él más de la constatación de su inexistencia, ni siquiera bajo la expresión de la obligación natural (art. 515, C.Civ.). El acto jurídicamente inexistente tiene proyección como hecho jurídico, no como acto negocial que haga pie en el art. 944 del Código Civil para proyectarse en toda la normativa que toma en

cuenta a esta especial expresión de la voluntad jurídica y vinculante. Como lo sostiene López Olaciregui (en Salvat, Parte General, Ad. 2641, t. II, pág. 764), cuando hay “vicio” ha de recurrirse a la teoría de las nulidades, en tanto que cuando no hay otorgamiento del acto se está frente a supuestos de inexistencia. Debe tenerse presente que todos los actos de expresión de voluntad destinados a producir efectos de derecho, que constituyen la sustancia de todas las convenciones o contratos son jurídicamente vinculantes porque la ley a la voluntad expresada le asignan efectos. Es así que el art. 944 del Código Civil señala que “son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos que tengan por efecto inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas...”, en tanto que son actos voluntarios los hechos humanos realizados con discernimiento, intención y libertad y que hayan sido exteriorizados suficientemente (arts. 927 y 913, C. Civ.). La realización del acto concierne a la problemática de su existencia, en la alternativa de que alguien realice un acto o no lo realice; los elementos internos: discernimiento, intención y libertad, o externos: exteriorización de la voluntad con ajuste a las formas requeridas, conciernen a la temática de su validez. Si alguien no otorga el acto para él no existe. Y esto es algo más que una inoponibilidad porque el acto que es inexistente para quien no lo otorgó, **igualmente lo es para todos quienes hayan participado en él**. En cambio, si el acto aparece viciado o defectuoso, en grado previsto por la ley, con afectación de sus elementos constitutivos, el acto es o existe, pero podrá ser nulo, anulable (actos inválidos) o simplemente inoponible (actos ineficaces respecto de alguien, como ocurre, v. gr., en el caso de la acción pauliana). **Los actos jurídicamente inexistentes no son confirmables, ni prescriptibles** (C.S.N. in re “Explotadora de Tierra del Fuego S.A. c/Gobierno Nacional”, sent. del 6XI39, en J.A., t. 68, pág. 444, con cita de un caso anterior publicado en “Fallos”, t. 179, pág. 249, publicado en J.A., t. 23, pág. 645), **no producen efecto alguno** (Cordeiro Alvarez, E., “El acto jurídico inexistente”, en Bol. de Inst. de Der. Civ. de la U.N. de Córdoba, año VII, oct.dic. de 1942, pág. 254, Llambías, J.J., “Vigencia de la teoría del acto

inexistente”, en Rev. de la Fac. de Der. y C. Soc. de la U.N.B.A., año III, nº 11, jul.set. de 1948, pág. 650 Borda, G.A., “Parte general”, ed. 1976, t. II, pág. 425, nº 1263; S.C.B.A., en “La Ley”, t. 79, pág. 457).”

Como ya lo señalara la teoría de la inexistencia ha sido reiterada recientemente por nuestro mas alto Tribunal en causa C. 115.277, "Serio, Amalia y otro contra Serio, Carlos Juan. Nulidad de acto jurídico" del 19 de Diciembre de 2012, allí se dijo: "Por otro lado, a diferencia de la opinión vertida por el recurrente y del alcance pretendido en el recurso (fs. 1095/1098), cabe recordar que esta Corte ha acogido la teoría de la inexistencia, precisando -en términos generales- que la nulidad e inexistencia atienden a dos niveles distintos de planteo; en el caso de la nulidad se está ante un acto que tiene existencia pero cuya eficacia, por causas anteriores o coetáneas con el propio acto, está afectada. Cuando el acto por circunstancias relativas a su esencialidad, no puede nacer a la vida del derecho, su ineficacia parte de su no existir y nada puede quedar de él más allá de la constatación de su inexistencia, ni siquiera bajo la expresión de la obligación natural (conf. causas Ac. 32.560, sent. del 26-II-1985, "Decuzzi, Hugo Horacio c/ Origgi de Decuzzi, Luisa A. y otros s/ Nulidad", "Acuerdos y Sentencias" 1985-I-141; Ac. 43.223, sent. del 17-XI-1992; Ac. 56.169, sent. del 7-XI-1995; Ac. 71.817, sent. del 31-V-2000; C. 95.617, sent. del 6-V-2009; entre otras)."

La inexistencia ha sido catalogada como la forma mas radical de ineficacia y lógicamente la primera, pues excluye a las restantes figuras “el negocio que no existe, no puede ni siquiera ser inválido o ineficaz en sentido estricto (conf. Lloveras de Resk “Tratado de las nulidades” pág.43).- Los autores franceses (Aubry y Rau) como vimos en la cita que realiza la SCBA, contraponen la nulidad y la inexistencia, definiendo a la nulidad como “la invalidez o ineficacia con la cual un acto esta alcanzado por contravenir un mandato o una prohibición de la ley. El acto inexistente, por el contrario, es aquél que no reúne los elementos de hecho que supone su naturaleza o su objeto, y en ausencia de los cuales es lógicamente imposible concebir su

existencia, añadiendo que no deben ser considerados nulos sino como non avenu (conf. autor cit., pág. 46).- Para que se pueda hablar de acto es menester la concurrencia de ciertos elementos denominados esenciales porque hacen a la esencia o existencia del acto; tales como el sujeto, el objeto, y la forma.- La ausencia de cualquiera de estos elementos significa también la ausencia del mismo acto (conf. Llambias Jorge “Diferencia específica entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos” LL, tº 50, pág. 882).- A mayor abundamiento podemos citar a Compagnucci de Caso quien se refiere a la importancia práctica de la diferencia entre nulidad e inexistencia, considerando que los actos nulos se diferencian de los inexistentes en varios puntos: “a) los actos nulos pueden producir algunos efectos indirectos en cambio los inexistentes no los producen; b) La legitimación para alegar la inexistencia se da a favor de cualquier interesado, aún aquel que ha realizado el acto conociendo el defecto, mientras que la nulidad les corresponde a quienes tienen un interés jurídico protegido (art. 1407 C.C), o que la ley les otorga expresamente dicha facultad; c) Los jueces pueden declarar la inexistencia en cualquier estado del proceso y de oficio. Respecto de los actos nulos, la facultad de los magistrados solo se amplía ante la nulidad absoluta, en los demás supuestos es necesaria la alegación de parte interesada; d) A los actos inexistentes no son aplicables las consecuencias de los actos nulos, entre ella la prevista en el art. 1051 del Cód. Civil”(conf. autor citado “El negocio Jurídico”, pág. 522).- De modo tal que, si bien Victoria no fue quien inició las presentes actuaciones, y mas allá de adherirse a los términos de la misma al ser citada como tercero interesado, Aurora igualmente podía invocar la inexistencia por contar con un interés jurídico y mas allá de resultar posible la aplicación de oficio por el Juez.-

Aplicando los conceptos vertidos y la doctrina legal citada de la SCBA, el acto jurídico cuestionado en el sub-lite resulta inexistente, reitero ello fundado en que Victoria Luviza o Yubiza siendo analfabeta estampó su impresión digital, firmando a ruego su hermana un documento privado (arts.

944, 950, 951, 1012 y ctes. Código Civil) lo que implica que no se puede considerar que existió un acto voluntario, careciendo de uno de los requisitos formales para la existencia del mismo –la firma de Victoria- y por tanto el acto en su integridad no tiene validez.- He de agregar, y sin perjuicio de no resultar el objeto del presente juicio, que el poder de venta que en copia se adjunta a fs. 112/114 tampoco resulta oponible a las actoras desde que deviene de un acto inexistente, el cual no resulta confirmable conforme los conceptos antes vertidos, ni prescriptible, ni produce efecto alguno, y a los actos jurídicos posteriores a aquél y que se encuentran directamente relacionados o derivan de él, no se les puede otorgar ningún grado de validez, eficacia u oponibilidad (conf. SCBA L 89968 S 11-5-2005 "Bramano, Juan Facundo c/ Suárez, Jorge Alberto s/ Despido").- He de agregar, asimismo que, mas allá de lo antes dicho, no corresponde en este estado resolver respecto de la eficacia del mismo con relación a Dora Elizabeth Lista (titular del poder de venta) desde que no ha sido citada en los presentes autos, y porque a la fecha se encuentra vencido toda vez que fue suscripto con fecha 6 de mayo de 2004 y por el término de cinco años (art. 1960 C.C.).-

En consecuencia y conforme lo hasta aquí expuesto he de proponer se declare la inexistencia del boleto de compraventa, cuya copia obra a fs. 7/8 de estos autos, haciéndose así lugar a la demanda interpuesta por Aurora LLuviza o Yubiza y a la que se adhiere Maria Victoria LLuviza o Yubiza por intermedio de su curador (arts. 944, 950, 951, 1012 y ctes. Código Civil).-

VI) Si ello es compartido por mis colegas, he de referirme a los efectos de la declaración de inexistencia del acto jurídico.- Ello también en orden a lo peticionado por el demandado al expresar agravios quien se quejó de no haberse referido a tal cuestión el Sr.Juez de la instancia de origen al declarar la nulidad del acto.- Claramente con lo hasta aquí expuesto he de decir que el acto inexistente no produce ningún efecto y por lo tanto no resulta aplicable lo normado por los arts. 1050 y ssgtes. del Código Civil

(conf. Rivera "Instituciones de Derecho Civil", tº II, pág. 930, Lopez Mesa ob. cit, pág. 355, jurisprudencia emanada de la SCBA citada en el presente).- Por su parte Prieto Molinero, estima que sí resultan aplicables los artículos 1050 y sgtes. con excepción del art. 1051 última parte (conf. autor cit. "Inexistencia de los actos jurídicos", LA LEY 01/04/2008,1).-

Ahora bien, que un acto resulte inexistente no significa que no se realizaran prestaciones de dar, de hacer o de no hacer.- En el sub-lite no he de negar la entrega de la suma de \$ 15.000 a Aurora Lluviza desde que ello fue tenido por probado por el Sr. Juez penal, quien expresamente se refiere a dicha cuestión como vimos anteriormente y que ha pasado en autoridad de cosa juzgada.- Por otra parte, no resulta aplicable para tener por no acreditado el pago o la nulidad del mismo la invocación de las leyes 25.413 y 25.345, cuyo marco legislativo se refiere a un tema fiscal, que intenta perseguir la evasión pero que no resulta aplicable a los efectos del pago entre las partes, en su caso el incumplimiento de dichas leyes conllevará un pago irregular, mas no inoponible entre las partes si cumple con los requisitos del art. 725 y ssgtes. del C.C.- Al respecto Favier Dubois -refiriéndose al pago realizado en efectivo en contravención a las leyes citadas- expresa: "También entre las partes la ley priva de efectos a dichos pagos. A nuestro juicio no se trata de un caso de nulidad, sino de irregularidad. Se trataría de un pago irregular (oficioso o ilegítimo), si se quiere anómalo, pero sustancialmente válido. En efecto, si se cumplen los requisitos esenciales del pago, pero el deudor no lo efectúa por medio del CHC sino con una suma de dinero, el acreedor recibe un valor que se incorpora efectivamente a su patrimonio, y por consiguiente no podría reclamarlo nuevamente, alegando su nulidad. Si el pago fuera nulo, o sea totalmente ineficaz entre las partes, se tendría por no hecho ("quod nullum est, nullum producit effectum"). y en tal hipótesis, podría el acreedor reclamar de nuevo el pago, pues el recibo le sería inoponible. De tal modo cobraría dos veces, y se beneficiaría con un enriquecimiento sin causa amparado por la ley, solución inaceptable frente a elementales principios de

justicia y de moral que va más allá de la misma ley. Cabe admitir entonces que estaríamos frente a un pago válido, pero irregular, que si bien, en principio, es inoponible a terceros, tiene entre las partes limitados efectos cancelatorios" (autor cit. "CHEQUE CANCELATORIO", Fuente Errepar 04/01).-

En el mismo sentido esta Sala en su anterior composición, con voto del estimado Dr. Hernan Ojea resolvió: "la mentada normativa titulada "Prevención de la evasión fiscal", como su nombre lo indica tiene un sentido preminentemente fiscalista y "...el economista legislador no mide consecuencias va más allá de previsiones tributarias o fiscales e introduce modificaciones (derogaciones) a regulaciones completas de los códigos de fondo" (sobre los límites de los pagos en efectivo -J. Arg. 2201-II-doc. 1272). De allí y por ello que el alcance de las disposiciones de dicha ley debe ser apreciado con criterio restrictivo; máxime que de los antecedentes parlamentarios poco o nada está referido a los afectos civiles de los pagos realizados en transgresión a lo dispuesto por el art. 1, dado que se apunta reiteradamente solo al orden tributario.-

Es sabido que conforme al art. 725 del Cód. Civ. "el pago es el cumplimiento de la prestación que hace al objeto de la obligación" va de suyo entonces que el pago así concebido, presupone un negocio jurídico antecedente, por el cual se asume la obligación; pero no se mimetiza con él... Cursack y Benseñor, en nota: "Los pagos en efectivo" –casos excluidos- (La Ley del 12/08/04) además sostienen que en todo caso "no hay nulidad por vicio de forma".-" (causa n° 47.698 "Pizzo..." del 27/10/04).-

Superada la cuestión relativa al pago, corresponde analizar los efectos de la declaración de inexistencia del acto.- De allí que, si bien no resulta aplicable a los actos inexistentes la normativa de los actos nulos en cuanto a los efectos restitutorios, ello no puede llevarnos a aceptar que se produzca un enriquecimiento sin causa respecto de la parte a quién beneficia la declaración de inexistencia (conf. Lopez Mesa "De nuevo sobre la validez de la distinción entre negocios jurídicos nulos e inexistentes

(acerca de la doctrina del negocio inexistente, sus antecedentes y su utilidad actual” public. El Dial.com-DC n° 8 BE del 18/05/2006), de hecho a su respecto el efecto restitutorio consiste en recuperar la posesión del bien inmueble que supuestamente había vendido.- La teoría del enriquecimiento sin causa constituye una herramienta subsidiaria, esto es que puede ser invocada, cuando ninguna otra acción o remedio legal se encuentre disponible o resulte apto.-

Lopez Mesa ha definido al enriquecimiento sin causa de la siguiente manera:..... “Se produce un enriquecimiento sin causa, también denominado en España “enriquecimiento injustificado”, “cuando una persona se beneficia o enriquece a costa de otra, sin que exista una causa o razón de ser que justifique este desplazamiento patrimonial. Por consiguiente, al no estar justificada la atribución patrimonial, la persona que recibió deberá restituir, y, por ello, se concede un remedio procesal (una acción) al empobrecido o perjudicado para que reclame la restitución”. El enriquecimiento sin causa es un aumento patrimonial que el derecho, por alguna razón no convalida; dicha ineficacia del enriquecimiento a los ojos del derecho no es otra cosa que una sanción al acta que lo produjo, lo que constituye una aplicación de la teoría de la causa, pues lo que se cuestiona es la causa de esa atribución patrimonial más que ella en si misma. Los diversos supuestos del instituto sub examine que el ordenamiento contempla se encuadran en alguna de las siguientes categorías: a) enriquecimiento contrario al orden público; b) enriquecimiento contrario a la moral o a las buenas costumbres; c) enriquecimiento ilegítimo por falta de resultado; d) enriquecimiento ilegítimo por disposición de una cosa sin derecho, y e)enriquecimiento incausado por percepción de un dinero o recepción de una cosa sin derecho.....

.....La relación de esta institución con la equidad es evidente. Se ha dicho a su respecto, que “el enriquecimiento sin causa considerado por muchos tratadistas como fuente autónoma de obligaciones, descansa sobre un innegable postulado de equidad, según el cual nadie

puede enriquecerse sin derecho en perjuicio de otro”.....

.....Que no exista otra herramienta jurídica para abordar el problema, pues la teoría del enriquecimiento sin causa constituye una herramienta subsidiaria. Incluso más; este requisito quedaría mejor formulado si se dijese que la herramienta del enriquecimiento sin causa, antes que subsidiaria, es residual, dado que ella no viene en auxilio de otras acciones o herramientas, sino que justamente está disponible sólo cuando estas no han sido previstas por el legislador”. (conf. autor citado, “Acción de enriquecimiento sin causa. Presupuestos y caracteres”. Pub. La Ley, 19/08/2009).-

En consecuencia deberá Aurora Lluviza, reintegrar al demandado de autos Juan Carlos Bogado la suma de \$ 15.000 en el término de diez días de quedar firme la presente resolución, sin que en este estado corresponda adicionar intereses atento que estimo la suma en ciernes es la medida del beneficio de Aurora y el empobrecimiento de Bogado, teniendo en cuenta las particularidades del caso, esto es que Aurora no es una persona que pudo haber usufructuado la suma en ciernes, que no surge de autos el destino de dichos montos desde que inclusive para afrontar las reformas las hermanas Lluviza gestionaron sendos créditos y con fecha cercana a la que supuestamente se entregó la suma en ciernes (art. 163 inc. 5 Cpcc y art. 907 C.C.) y toda vez que no fue la actora quien dio lugar a la inexistencia del acto (conf. esta Sala causas n° 54.520 “Taboada...” 05/11/10, n° 57.098 Bonetto...” 18/12/12).-

Así lo voto

Los Señores Jueces Doctores **LOUGE EMILIOZZI y BAGU,** adhirieron al voto precedente por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION: la Señora Juez Doctora **COMPARATO** dijo:

Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, propongo al acuerdo: **1)** Rechazar el recurso de apelación impetrado por el demandado a fs. 551, sin perjuicio de lo que se resuelve en el apartado 3); **2)** Declarar la

inexistencia del acto jurídico plasmado en el boleto de compraventa cuya copia obra a fs. 7/8 de los presentes autos; **3)** Ordenar la restitución de la suma de \$ 15.000 a favor de Juan Carlos Bogado en el término de diez días de quedar firme el presente; **4)** Confirmar lo resuelto a fs. 550 apartado 1) última parte, esto es la restitución de la posesión del bien inmueble ubicado en calle Dinamarca 755 de Tandil a favor de Aurora y Victoria Lluviza o Yubiza, y apartado 2) ambos de la parte resolutive; **5)** Las costas de la instancia de origen quedan impuestas al demandado perdidoso, en cuanto a las costas de Alzada, sabido es que rigen otros parámetros, ya que ha de estarse al resultado del recurso (S.C.B.A., C. 89.530, “Díaz...”, del 25.02.09.; esta Sala, causa n° 53.223, “Orella...”, del 21.10.09., entre muchas otras), de modo tal que, habiendo prosperado parcialmente lo peticionado por el demandado –esto es la restitución de la suma abonada- estimo pertinente imponer las costas en un 80% a cargo del demandado y 20% a cargo de la parte actora (arts. 68 y 71 cpcc).-

Asi lo voto.-

Los Señores Jueces Doctores **LOUGE EMILIOZZI y BAGU,** **adhirieron al voto precedente por los mismos fundamentos.**

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente:

- S E N T E N C I A -

POR LO EXPUESTO, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del CPCC, **se RESUELVE:****1)** Rechazar el recurso de apelación impetrado por el demandado a fs. 551/551vta., sin perjuicio de lo que se resuelve en el apartado 3); **2)** Declarar la inexistencia del acto jurídico plasmado en el boleto de compraventa cuya copia obra a fs. 7/8 de los presentes autos; **3)** Ordenar la restitución de la suma de \$ 15.000 a favor de Juan Carlos Bogado en el término de diez días de quedar firme el presente; **4)** Confirmar lo resuelto a fs. 550 apartado 1) última parte, esto es la restitución de la posesión del bien inmueble ubicado en calle Dinamarca 755 de Tandil a favor de Aurora y Victoria Lluviza o Yubiza, y apartado 2) ambos de la parte resolutive; **5)** Las costas de la instancia de

origen quedan impuestas al demandado perdidoso, en cuanto a las costas de Alzada se fijan 80% a cargo del demandado y 20% a cargo de la parte actora (arts. 68 y 71 cpcc), difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 ley 8904).- Notifíquese y regístrese.-

Esteban Louge Emiliozzi
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Lucrecia Inés Comparato
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Ricardo César Bagú
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Ante mí

Dolores Irigoyen
Secretaria
-Sala 1-
-Cam.Civ.Azul-