

VILLANUEVA EDITH MARIA C/ CONTINO MATIAS FEDERICO Y OTS. P/ ACCIÓN DE NULIDAD

102085147

En la ciudad de Mendoza, a los veinticuatro días del mes de agosto del año dos mil veinte, se reúnen en Sala de Acuerdos de la Excma. Quinta Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de la Primera Circunscripción Judicial, las Señoras Ministros Dras. Patricia Canela, Beatriz Moureu, y Carla Zanichelli quienes traen a deliberación para resolver en definitiva **la causa N° 13-02073920-1 (010305-54222) caratulada “VILLANUEVA EDITH MARIA C/ CONTINO MATIAS FEDERICO Y OTS. P/ ACCIÓN DE NULIDAD”** originaria del Décimo Quinto Juzgado en lo Civil. Comercial y Minas, de la Primera Circunscripción Judicial de la provincia de Mendoza, venidos a esta instancia a mérito de los recursos de apelación deducidos a fs. 608, 611 y 618, en contra de la sentencia obrante a fs. 597/604 de autos.

Sustanciados los mismos se llamaron autos para resolver y se dispuso el orden de votación el que quedó establecido del siguiente modo: Patricia Canela, Carla Zanichelli y Beatriz Moureu.

De conformidad a lo dispuesto por los artículos 160 de la Constitución de la Provincia de Mendoza y 141 del Código Procesal Civil, Comercial y Tributario se plantearon las siguientes cuestiones:

PRIMERA: ¿Es justa la sentencia apelada?

SEGUNDA: Costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, LA DRA. PATRICIA CANELA DIJO:

Llega a este Tribunal la presente causa en virtud de los recursos de apelación interpuestos por los demandados, Matías Contino, Alejandra Vizcaíno y Feroc S.A., quienes fueron condenados en la sentencia dictada en primera instancia por la cual se declaró nulos los actos jurídicos instrumentados mediante las escrituras N° 68 fs. 151 del 10/08/2009; N° 31, fs. 61 del 20/05/2010 y N° 74 fs. 208 del 28/10/2010, todas pasadas por ante la notaria Alejandra Mónica Vizcaíno y ordenó inscribir los inmuebles, objeto de dichas operaciones, nuevamente a nombre de la actora.

I.- Plano fáctico:

La Sra. Edith María Villanueva, por intermedio de mandatario judicial, interpuso demanda contra el sr. Matías Federico Contino, Feroc S.A. y la escribana Alejandra Mónica Vizcaíno, solicitando la declaración de falsedad y nulidad de las escrituras públicas de transferencias de dominio de inmuebles N° 68 fs. 151 del 10/08/2009; N° 31, fs. 61 del 20/05/2010 y N° 74 fs. 208 del 28/10/2010, todas pasadas por ante la referida notaria, fundando su pretensión en que las causas expresadas en los instrumentos son inexistentes pues nunca se produjo la tradición de los inmuebles, ni percibió dinero por estas ventas, que el precio expresado en ellos es excesivamente bajo en relación al valor de las propiedades, siendo coaccionada por los demandados a otorgar las mencionadas escrituras contra su voluntad y en salvaguarda de la salud física y mental de su hijo y familia. Adujo haberlas celebrado bajo intimidación.

Afirmó que mediante las escrituras mencionadas se transfirió la propiedad del inmueble ubicado en calle Paso de Los Andes 2976 a Feroc S.A. por \$ 46.000, con fecha 04/08/2009 y luego ésta lo hizo a Matías Contino por \$ 45.000 el 20 /05/2010, ocurriendo que estas transferencias tienen como único ardid impedir cualquier acción regresiva, ya que la sociedad anónima y Matías Contino son la misma persona.

A su vez, aduce que la propiedad de calle General Paz n°25 de Godoy Cruz, transferida a Matías Contino con fecha 28/10/2010 también es nula. Refirió que las estipulaciones y contenido de las escrituras son falsas, expresadas a sabiendas entre el sr. Matías Contino, Feroc S.A. y la escribana Alejandra Vizcaíno con el propósito de beneficiarse con una operación comercial que nunca existió y perjudicar a la titular registral que jamás tuvo trato comercial con el demandado. Que el hijo de la actora, Duilio Santoro tuvo con Matías Contino, quien se dedica al cambio de cheques en el mercado informal con tasas usurarias, un intercambio de valores que fueron comprometiendo su situación patrimonial, situación que llevó, coaccionado por los demandados, a que la actora otorgara las escrituras contra su voluntad.

Todos los demandados interpusieron la prescripción de la acción como defensa de fondo, señalando como dies a-quo para el cómputo del plazo bienal de aquélla, las fechas de las transferencias realizadas. Frente a este planteo, la actora invocó un impedimento para ejercer la acción, consistente en la intimidación y violencia que ejercían los Sres. Contino en contra de ella, su hijo y familia por lo que conforme el art. 4030 C.C., la Sra. Villanueva interpuso la demanda dentro de los 90 días de haber recibido el telegrama de desalojo del inmueble que habita.

Por su parte, Matías Contino sostuvo la validez de los actos jurídicos, negando que haya existido intimidación o violencia para su celebración y que en su caso la misma fue confirmada por la actora al celebrar los contratos de comodato sobre los inmuebles que fueron objeto de transferencias, los que se renovaron por casi cinco años y que acompañó al contestar la demandada.

La escribana Alejandra Mónica Vizcaíno planteó también la falta de legitimación sustancial pasiva considerando que no se le ha imputado ningún hecho ni participación que pueda llevarla a ser demandada, siendo que los instrumentos públicos cumplieron con las formalidades legales e impositivas, expresando que observó todas las obligaciones que le impone la ley de ejercicio profesional n° 3.058. En subsidio contestó la demanda reiterando el cumplimiento de las normas que regulan su actuar profesional destacando que desconoce, porque no le incumbe, el motivo por el cual la sociedad invirtió en un inmueble.

A su vez, el representante legal de Feroc S.A. desconoció los hechos por ser una sociedad comercial cuya integración social fue modificada, por haberse transferido la totalidad del capital en fecha reciente a la contestación de la demanda y que carecía de inmuebles al momento de adquirirse las acciones por parte de sus nuevos integrantes, sosteniendo que quienes comparecen al proceso desconocen completamente los movimientos y giros comerciales anteriores de Feroc S.A.. Sin perjuicio de ello solicita el rechazo de la acción intentada porque la demanda deambula entre diversas hipótesis ya que aparece primero como una acción de nulidad por faltar la tradición de la cosa para perfeccionar la venta, luego aduce una falta de causa e introduce la violencia moral, pero nunca concreta cuál es la razón fundante de su pretensión y que hace referencia a la redargución de falsedad pero jamás fundamenta los extremos de los art. 989 y 993 del CC..

II.- La sentencia recurrida.

La sra. Jueza de grado encuadró normativamente los hechos en el Código Civil derogado, atento a que los mismos se sucedieron durante la vigencia de este cuerpo legal y teniendo en cuenta que el vicio denunciado requería una investigación de hecho, al no resultar evidente del acto mismo por lo que consideró que éste debía ser subsumido en la categoría de acto anulable, según lo dispuesto por el art. 1.045 del citado código.

Desestimó la defensa de prescripción y luego de analizar las pruebas incorporadas a la causa, hizo lugar a la pretensión de la actora declarando la nulidad de los actos jurídicos contenidos en las escrituras.

Las motivaciones dadas por la juzgadora de grado para sustentar este decisorio, serán analizadas en el decurso del presente voto a medida que se aborden las cuestiones traídas a esta alzada.

La aludida sentencia fue pasible de sendos recursos de apelación deducidos por los tres demandados condenados.

III.- Los agravios.

a) De Matías Federico Contino.

Resumiré las quejas centrales vertidas en el extenso memorial, que el mismo apelante reduce a dos cuestiones centrales: una, la prescripción de la acción, la otra, la acción de nulidad.

1.- Al inicio de aquél señala que en los alegatos interpuso falta de legitimación sustancial pasiva, por no habersele dado participación en el proceso al sr. Francisco Roberto Contino, que intervino como presidente de Ferroc. S.A. en la escritura n° 68 del 10 de agosto de 2009, y quien goza de derecho real de usufructo, uso y habitación del inmueble transferido. Refiere que no fue demandado y que la acción debía dirigirse contra todos los que intervinieron en las escrituras que son tachadas de nulas.

Se queja de que la sentenciante omitió analizar la existencia del litisconsorcio necesario, donde deben intervenir todos los sujetos afectados, preguntándose en qué situación queda el derecho referido de Francisco Contino, quien no se ha defendido, advirtiéndose la manifiesta nulidad de la sentencia recurrida, porque lo contrario llevaría a una sentencia de ejecución imposible en su contra y que la legitimación sustancial funciona como un presupuesto previo ineludible de admisión de la pretensión, por lo que solicita se disponga el rechazo de la acción por falta de legitimación sustancial pasiva.

2.- Señala que la *a quo* omite resolver expresamente la excepción de prescripción planteada por las partes. Empero en la parte dispositiva que acoge la acción presupone que la sentenciante desestimó dicha defensa, lo que sí surge de los considerandos, razón por la cual se ve obligado a expresar agravios en su contra, solicitando se declare prescripta la acción de nulidad.

Refiere que los actos atacados son de fecha 10 de agosto de 2009, 20 de mayo de 2010 y 28 de octubre de 2010 y la demanda fue interpuesta en fecha 14 de mayo de 2014, cuando el plazo de prescripción del art. 4030 ya se había cumplido ampliamente.

A los fines de fundamentar esta queja realiza una serie de consideraciones relativas a los hechos que se discutieron en la causa.

Califica al criterio de la jueza como arbitrario, parcial y voluntarista violentando el principio de congruencia, ya que la accionante en su demanda no precisó cuáles fueron las supuestas presiones y amenazas en su contra que afectaron su salud mental y física ni cuándo fueron realizadas, quejándose de que la sentenciante da ello por cierto y que las mismas tuvieron su efecto hasta que se le solicitó la desocupación del inmueble, lo que aduce ser absurdo cuando lógico hubiese sido sostener que una vez suscriptas las escrituras no existía motivo alguno para que continuaran las supuestas amenazas, siendo inaceptable considerar que la actora perdió el temor a ellas y pudo accionar civilmente el 14 de mayo de 2014, que luego de dos años y medio recién se animó a realizar la denuncia penal, considerando que lo lógico era que hubiera hecho ambas denuncias en sede civil y en sede penal en forma simultánea, pero nunca cómo lo hizo.

Señala que la denuncia penal tramitó en los autos n° P-127.485/16, donde declararon libremente la actora, su hijo y su nuera y aportaron la prueba que entendieron útil, pero que hasta la fecha no existe imputación alguna a su parte por el delito de extorsión y falsedad ideológica de instrumento que lo acusa la contraria. Considera que dicha denuncia tenía sólo por objeto dilatar el trámite de desalojo entablado por el sr. Contino contra Duilio Santoro, el que ya tenía sentencia favorable y se encontraba en la Primera Cámara Civil pronta a ser resuelta. Refiere luego la valoración que de la prueba rendida en el expediente penal hizo la sentenciante de grado, en especial las declaraciones de los denunciados y de la nuera de la actora, Sra. Trafan, que expresó que el préstamo lo pidieron a Contino para operar a su hijo, que llegó un momento en que no podían afrontar más esos intereses, que su marido se quedó sin trabajo y entonces los empiezan a “apretar” para que entregaran la casa, siendo ello falso porque nunca acreditaron la intervención quirúrgica del menor Gastón Santoro, lo que hace caer también el argumento de la Jueza que sostuvo que la causa por la cual se solicitó el supuesto préstamo era la operación del nieto de la actora.

Indica que también es falso que la actora no tuviera trato comercial con el sr. Roberto Contino, puesto que se probó que ella era la dueña de la productora de seguros Orbis, siendo que el hijo estaba inhibido, pero que éste manejaba las cuentas desde el año 2005 y aseguraba los bienes de Contino.

Critica la valoración de la pericia psicológica realizada por la *a quo*, por considerarla determinante del estado psíquico y emocional de la actora cuando establece que la misma presenta un trastorno por estrés postraumático siendo que dicha pericia se basa sólo en el relato de aquélla, usando calificativos que la ubican como víctima, sin considerar la personalidad previa de la misma, entendiéndose que la sra. Villanueva se ha caracterizado por ser una persona independiente y con gran caudal de energía, sin detallar técnicas evaluadas y su resultado, por lo que la impugnó. También resalta que la misma actora al declarar en el expediente penal señala que “no recuerda nada” respecto del supuesto episodio de amenazas, lo que pone de manifiesto la falsedad de lo expresado a la perito.

Entiende que la sentenciante ha resuelto la causa con parcialidad al sostener que se apoya en la carta documento que Duilio Santoro y Mónica Trafan enviaron a Contino solicitando el cese de las amenazas y presiones porque la misma no fue respondida, lo cual no es cierto ya que en el expediente de desalojo obra la contestación del sr. Contino rechazando por falsedad y malicia esta misiva a fs. 25/26.

Protesta porque la magistrada de grado ha considerado que su parte no ha prestado la debida colaboración en materia probatoria para esclarecer el vicio invocado por la actora, cuando ha colaborado en la medida de sus posibilidades frente a falsas acusaciones difusas, siendo que acreditó la relación de comodato existente entre las partes y reconocida por la actora y su hijo en sede penal, habiendo suscripto varios contratos cuyas firmas estaban certificadas por distintas escribanas.

También se queja del valor probatorio que otorgó a la liquidación de crédito obrante a fs. 38 del expediente penal, membretada a nombre de Francisco Roberto Contino, emitida a favor de Alberto Santoro y al sostener que Contino cambiaba cheques aplicando una tasa elevada en relación a las del mercado financiero e inclusive descontando también el IVA sobre los intereses. Que dicha prueba es una fotocopia que no se encuentra firmada y a la cual el Fiscal le restó valor probatorio y que manifiesta que las operaciones de cambio de cheques continuaron después de las transferencias, lo cual no fue invocado por los actores ni tampoco en qué se basa para afirmar que las tasas son usurarias, siendo más lógico pensar que después de las transferencias las relaciones continuaron normalmente. Que la litis está trabada entre la sra. Villanueva y el sr. Matías Contino y no entre Duilio Sontoro y Roberto Contino, por lo que la referida prueba instrumental acompañada en sede penal fue introducida irregular y extemporáneamente en el proceso civil afectando su derecho de defensa ya que debió ser acompañada al interponer la demanda a fin de que pudiera impugnarla y arbitrar los medios de prueba necesarios para desvirtuar su contenido, ya que se trata de una simple fotocopia.

Señala como inadmisibles la valoración que hace del testimonio del cuñado de Santoro.

También que llega a una conclusión errónea de que existieron hechos que viciaron la voluntad, pero que no realiza un análisis ni explica por qué considera que el día a quo para el cómputo de la prescripción comienza a partir del emplazamiento efectuado a la actora a fin de desocupar el inmueble, fundándose en que existen indicios del vicio alegado y de que aquél subsistía al momento de ser emplazados fehacientemente a desalojar el inmueble, pero no explica cómo arriba al razonamiento de que los mismos existían para fijar el inicio del cómputo a la fecha de las cartas documento, basado entonces en un mero capricho de la juzgadora, ya que dicha carta documento emplazando a desalojar no puede ser entendida como una amenaza pues se trata del ejercicio de un derecho que los contratos de comodato otorgaban al sr. Contino, por lo que considera evidente que había operado el plazo de prescripción que debe ser contado a partir de la fecha de los instrumentos cuya nulidad se demandada, solicitando a esta Cámara que así sea declarado.

3.- En relación a la acción de nulidad, critica el encuadre preciso que la a quo efectúa de los motivos por los cuales la actora la plantea (art. 1050 C.C.) ya que de la demanda no surge con claridad si la misma está dirigida a plantear la nulidad instrumental, la de la venta por no haber existido tradición del inmueble o la falsedad ideológica argüida ambiguamente sin explicar cuáles fueron los hechos que viciaron la voluntad de la transmitente.

Refiere luego cuáles son los requisitos de la intimidación: amenaza injusta, inminencia en el mal amenazado, gravedad del mal amenazado y causación de un temor fundado que sea determinante del acto, analizando las características de cada uno de ellos y de cómo no están acreditados en autos conforme los hechos y las pruebas.

Señala que no se puede ni siquiera establecer las fechas de los hechos que invoca como amenazas, que la perito dice que la actora tiene un estrés postraumático leve, siendo inaudito declarar nulos los instrumentos públicos pasados ante notarios que dan fe de los mismos.

Reseña que es contradictorio que ante la perito respondió la accionante al interrogatorio con lujo de detalles y luego ante el fiscal dijera que no se acordaba de nada, quejándose de que la *a quo* ha resuelto la causa sustentada en principios de la seguridad social, que nada tienen que ver con la legislación civil, considerando que existe un grado de vulnerabilidad lo cual no está acreditado. Por lo que, si pretendía juzgar a la luz de los mismos, debería habérselo advertido a su parte para no dejarlo en estado de indefensión y que no se sabe si al referirse a personas vulnerables se refiere a la sra. Villanueva, propietaria de una productora de seguros – lúcida y ubicada- o a su nieto que padece una incapacidad auditiva y que no es parte en el litigio, que todo ello lo mezcla arbitrariamente a lo largo de su resolución, pues no se percibe si se refiere a la situación de la actora con quien se ha trabado el litigio o a la situación de su hijo, su nuera y su nieto. Que dicha estrategia de vulnerabilidad fue también utilizada en el proceso de desalojo contra Santoro y que el demandado no tiene por qué asumir ese estado de debilidad; que mintieron tanto Villanueva como Trafan al decir que el dinero pedido prestado era para la operación del menor, siendo que dos años después de transferido los inmuebles todavía no había sido intervenido quirúrgicamente y que además posee la cobertura de OSDE, encontrándose también amparado por la legislación de personas con discapacidad. Resultando además los motivos y el destino que la sra. Villanueva le dio a los fondos recibidos por las ventas, ajenos a este juicio y que su parte no tiene por qué acreditar como lo pretende la sra. Jueza.

Relata que la relación de amistad se demuestra con el hecho de que la actora y su hijo habitaron en forma gratuita los inmuebles que fueron vendidos, lo que se encuentra demostrado en forma incontestable por los reiterados contratos de comodato celebrados entre las partes con firmas certificadas y cuya nulidad no ha sido invocado por la accionante, ya que de la declaración de la escribana Gasco, elegida por Santoro, resulta que el acto transcurrió con normalidad a lo que se suma la declaración de éste en sede penal, donde reconoce que desde el año 2005 era el productor de confianza de Roberto Contino y que la dueña de la productora era la sra. Villanueva. Por ello refiere que se pone a su cargo una prueba diabólica a fin de acreditar que no existieron amenazas, invirtiendo la carga de la prueba invocando fundamentos teóricos que no son compartidos por toda la doctrina y que quien debe probar la nulidad de la escritura es quien la plantea.

También sostiene que se contradice la jueza cuando expresa que no se ha probado la situación económica y financiera de los compradores con anterioridad a las operaciones y luego señala que el sr. Contino era prestamista, de allí que si las presunciones deben ser graves, precisas y concordantes a su vez deben ser lógicas derivadas de los hechos

acreditados en la causa. Relaciona luego la valoración de la pericia contable que hace la sentenciante en razón de que concluye que Matías Contino no lleva libros, algo que no está obligado a hacer. Y que al absolver posiciones afirma ser agricultor lo que no se condice con la liquidación de créditos, señalando que omitió considerar que los inmuebles fueron puestos a nombre del sr. Matías Contino y que el sr. Roberto Contino posee el usufructo de los mismos siendo práctica frecuente inscribir los bienes a nombre de los hijos con el usufructo de los padres sobre todo cuando trabajan en asocio.

Indica que las constancias del expediente penal, al cual la jueza le da valor probatorio, carecen del mismo porque el sr. Contino no ha sido siquiera imputado ni citado para controlar la prueba y que en un juicio civil la prueba instrumental debe acompañarse con la demanda a fin de que la contraria pueda ejercer su derecho de defensa siendo ilógico y arbitrario el razonamiento de la a quo que admite la incorporación de prueba a través del ardid de efectuar denuncias penales falsas para suplir las deficiencias de prueba incurridas al interponer la demanda civil.

Critica que la juzgadora de grado haya valorado el precio y forma de pago de los inmuebles señalando que salva la omisión de la contraparte de no cumplir con la carga probatoria y tasa las propiedades al momento de celebrarse las escrituras impugnadas sin tener los conocimientos para ello, obviando la realidad económica en la que estamos insertos, lo que la lleva a tener resultados inexactos toda vez que los valores abonados fueron los vigentes en plaza. De igual modo arguye que se equivoca al dolarizar los valores de venta y comparándola con una tasación efectuada con cinco años de diferencia.

Se queja que ha violado el principio de congruencia, toda vez que considera que la venta efectuada por Feroc S.A. a Matías Contino no estaba alcanzada por la protección del art. 1051 del Código Civil porque no pudo desconocer el comprador los vicios que afectaban a la operación antecesora, siendo que en autos no se está discutiendo la venta de la sociedad a Contino, además que Feroc fue transferida a nuevos adquirentes sin patrimonio.

Solicita, entonces, en base a sus argumentos que se rectifique la sentencia y se rechace la acción con costas.

b) De la escribana Alejandra M. Vizcaíno.

El mandatario judicial de la notaria, realiza un repaso de las constancias de la causa y de las partes de la sentencia que considera erróneas en extensa fundamentación de su recurso, por lo que también realizaré un extracto de las partes medulares del mismo atento a la reiteración de argumentos en sus agravios.

Su primera queja se refiere a la prescripción de la acción respecto de su mandante, ya que entiende que la existencia de posibles amenazas no aplica a la escribana, lo cual fue

planteado al contestar la demanda y no tratado en la sentencia solicitando así se declare respecto a ella, considerando su especial situación sustancial y procesal en el debate de autos. Argumenta que ello es así porque no tuvo participación alguna en los hechos que sustentan la responsabilidad de los otros demandados, ya que la a quo consideró acreditada la intimidación sustentándose en las declaraciones de la denuncia penal de la actora, de su hijo y de su pareja, quienes fueron contestes en decir que las amenazas e intimidaciones sucedieron sin testigos presentes y la notaria demandada y que habría existido un préstamo solicitado por Santoro a Contino en el que nada tuvo ella que ver, como tampoco en la carta documento donde se requerían que cesaran las amenazas, por lo que ninguno de los indicios sobre los cuales la sentencia basa su conclusión afectan a su representada, ya que no participó en ellos ni mucho menos en los elementos tomados para construir la presunción.

Respecto a la acción de nulidad y luego de transcribir la mayor parte de la sentencia referida a este tema, concluye que la sentenciante tiene por acreditadas las amenazas de los compradores a la vendedora sobre la base de indicios, que en ningún momento de las declaraciones ésta, su hijo y su nuera se refieren a la escribana, quien es ajena a cualquier tipo de amenaza o extorsión. De igual modo refiere que es extraña a la relación comercial entre Contino y Feroc y a la relación de amistad entre aquél y la actora, lo que no se probó; también respecto al proceso de desalojo, a la incapacidad del nieto de la vendedora, a la falta de solvencia y capacidad económica del demandado y a la operatoria de cambio de cheques entre Contino y Santoro.

Así, se agravia de que los vicios que la juzgadora tiene por acreditados sobre la base de indicios y de allí, la responsabilidad que le atribuye a los otros demandados puedan ser aplicados en su contra, pues la conclusión de la sentencia se refiere a un vicio de consentimiento de la vendedora respecto de los negocios jurídicos celebrados con los compradores y que por ello tendrían virtualidad para nulificar los actos jurídicos sustanciales, pero no hacen la más mínima referencia a las escrituras públicas autorizadas por la escribana que no tienen ningún vicio, siendo imposible condenarla por actos en los que no participó y cuando tampoco está demostrado que haya estado en connivencia con las partes que negociaron.

Señala que la notaria cumplió con su función fedataria autorizando las escrituras a requerimiento de las partes, no conocía ni tuvo participación alguna en las amenazas que supuestamente viciaron la voluntad de la vendedora, que tampoco se le puede atribuir falta de colaboración en el proceso y la actividad probatoria. Sostiene que no hubo culpa ni dolo en su actuar ni responsabilidad objetiva, ya que se comprometió a formalizar instrumentos válidos y lo que es nulo es el negocio jurídico en sí independientemente de su formalidad, por lo que debe eximirse de toda responsabilidad y de la imposición de costas.

Protesta por la falta de tratamiento independiente de la posición jurídica de la notaria en la relación sustancial y procesal, no distinguiendo la sentencia que ella es diferente y autónoma respecto de los otros demandados, pues no participó ni tuvo noticias de las amenazas ni de las intimidaciones que la sentenciante dice pesaron sobre la actora y que ellas no sucedieron en el acto de firma de las escrituras públicas ni delante de la notaria.

Plantea la nulidad de la sentencia respecto de su representada a la que califica de incongruente al no oír, ni meritar, ni considerar la contestación de la demanda de su mandante ni las defensas allí opuestas, violando su derecho de defensa, toda vez que planteó la falta de legitimación sustancial pasiva la que no fue tratada y tampoco se hace mención en la sentencia a la conducta notarial de la escribana ya que tramitó el proceso y lo resolvió sin tener en cuenta la presencia de la notaria, como si las partes demandadas fueran sólo Matías Contino y Ferroc S.A., no haciendo mención en todos los considerandos de la sentencia a la escribana, por lo que el vicio procesal convierte a la sentencia en arbitraria por incongruente, privando al acto jurisdiccional de validez y tornándolo nulo.

Reprueba dicho acto por violar el principio dispositivo y del derecho de defensa al cambiar la jueza la pretensión de la actora al momento de sentenciar por fallar extrapetita, ya que la pretensión de la actora, si bien afirma que requiere la redargución de falsedad de los instrumentos públicos por falsedad material, funda la misma y la argumenta como una nulidad del negocio jurídico y por lo tanto en una falsedad ideológica de las escrituras, que es como la trata la sentencia, pero sin considerar que en la supuesta falsedad ideológica nada tiene que ver la escribana, por haber sido dicha falsedad del resorte exclusivo de los otros codemandados y de la propia actora.

Por ello, dice, que atendiendo a los términos de la demanda el actor no busca anular las escrituras públicas autorizadas por la notaria, sino que lo que pretende es anular el acto de venta.

Refiere luego la diferencia entre la redargución de falsedad de un instrumento público y la nulidad de un acto jurídico y señala que la demanda, las pruebas y todas las constancias de la causa están dirigidas a lograr la nulidad de las compraventas y no la falsedad de las escrituras, como lo resuelve la sentencia, ya que la accionante funda su pretensión en la redargución de las escrituras basada en los arts. 993 y 989 del Código Civil y la Jueza a quo hace lugar a la misma pero encuadrando el caso en la acción de nulidad por simulación, art.955 del mismo cuerpo legal, por ello se queja de que la sentencia no distingue, sino más bien confunde falsedad con simulación y que tampoco distingue entre falsedad material e ideológica de un instrumento público.

Se agravia porque no existe ningún factor de atribución de responsabilidad sobre su mandante, no pudiendo decirse que su conducta haya influido en las causales de la nulidad, no pudiendo ser condenada y menos imponérsele las costas ya que ni en la demanda ni en la sentencia existe la imputación de un ilícito que funde su

responsabilidad y que la demanda contra ella ha sido injustificada e innecesaria, toda vez que se podría haber discutido la compraventa sin necesidad de argüir de falsas las escrituras por ella otorgadas.

Se queja de que se le otorgó pleno valor probatorio a los expedientes penal y de desalojo donde ella no fue parte ni le son oponibles. Que las declaraciones testimoniales de la actora su hijo y la esposa de éste están prohibidas por el art. 194 I del CPC y no puede ser considerada para sentenciar por más que hayan ingresado al proceso indebidamente a través de prueba documental. Por lo que hay una violación al derecho de defensa de la escribana al oponérsele prueba de la que no tuvo participación alguna, dejándola en estado de indefensión y violándose sus derechos del debido proceso legal.

Señala que no es cierto que el sr. Contino no haya contestado la carta documento que le enviaran Santoro y Trafan, pues ello está probado en el expediente de desalojo. Que la jueza da virtualidad a las declaraciones de la actora y de testigos prohibidos tomadas del expediente penal donde el magistrado competente no se lo dio, negando imputación a los demandados por lo que la sentencia viola la regla que confiere preeminencia de la acción penal y juzga un hecho que en la órbita penal ha sido descartado inmiscuyéndose en ese ámbito y violando el debido proceso legal y extralimitándose en su jurisdicción, siendo además que la presunción de existencia de amenazas como causa de la violencia sufrida por la actora como vicio del consentimiento es errada, dogmática y contradice las constancias de la causa y el principio constitucional de razonabilidad. Sostiene que tampoco está acreditado que el préstamo que el hijo de la actora haya pedido fuera para operar a su nieto quienes además, no son parte en este proceso.

Por último, critica los argumentos referidos a la vulnerabilidad de la actora y de su nieto, siendo que no consideró que al momento de la firma no había cumplido 80 años y que ejercía como productora de seguros Orbis, que no es ella quien tiene la discapacidad sino aquél y que el hijo que solicitó el préstamo no es parte de este proceso, todo lo cual no le es oponible a la escribana. Y dicha condición de vulnerabilidad no fue alegada por la actora por lo que su parte no pudo defenderse de ello siendo recién considerada en la sentencia rompiendo el principio de congruencia procesal. Asimismo, agrega que no estando acreditadas las amenazas y si la causa de la compraventa fueron los préstamos, la nulidad impetrada por la actora viola el principio de buena fe y la teoría de los actos propios porque se sustenta en una simulación que ella misma concurrió a celebrar y una nulidad que provocó.

c) La co-demandada FEROC S.A., pese a estar debidamente notificada (fs. 717 vta.) no fundó su recurso, por lo que deberá ser declarado desierto (arts. 137 inc. IV CPCyT).

IV. La actora apelada contestó los agravios (fs. 673 y fs. 710), solicitando la confirmación de la sentencia de primera instancia a cuyos argumentos me remito en mérito a la brevedad.

V. Consideraciones previas.

a) De la lectura de la demanda, sus contestaciones, la sentencia y las expresiones de agravios, advierto mezcla y confusión en la invocación del derecho frente a los hechos volcados por las partes y que han dado basamento a la controversia juzgada por la magistrada de grado, cuya resolución ha sido cuestionada por las apelantes, no sólo en la parte medular y en el enfoque jurídico otorgado sino también por haber omitido juzgar temas que fueron llevados a su consideración; todo lo cual ha quedado evidenciado en extensos memoriales que, con esmero, he tratado de sintetizar, por lo que reparo apropiado realizar algunas consideraciones anticipadas que arrojen luz a la miscelánea traída a resolución de esta Cámara.

b) Corresponde aclarar que no es obligación de los jueces tratar todas y cada una de las cuestiones que invocan las partes ni analizar todos sus argumentos, ni todas las pruebas incorporadas a la causa, sino sólo aquellos elementos que se consideren decisivos para la resolución que se aborda. En este sentido se ha expedido la Suprema Corte de Justicia de Mendoza: “el Juez es soberano para decidir y definir cuáles elementos de juicio apoyan la decisión, no está obligado a considerar todos los medios rendidos, sino sólo los elementales para fundar apropiadamente la decisión, según el principio de la sana crítica racional y el juego de las libres convicciones. Sólo le está vedado apoyarse en las íntimas convicciones. Existe omisión de prueba decisiva, cuando se ha ignorado, olvidado o preterido un medio de prueba y que ese olvido o no consideración tenga tal entidad, que de haberlo evaluado, la decisión hubiese sido sustancialmente diferente en la solución del conflicto”. (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, 30/10/2.007. Expte. N° 89.253.-“Civelli, Néstor Hugo en J° 109.529/38.442 -Civelli, Néstor Hugo c/Bradagnolo, Adrián p/D. y P.S/Inc.”, LS 382:241.- En igual sentido : Cámara 3era. de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, Paz y Tributario de Mendoza. Expte. N° 122.215, “Ochoa – Jurado p/Daños y perjuicios”, 19/11/1.990, LS 066-020; Cámara 5ta. de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, Paz y Tributario de Mendoza, 17/12/1.999, expte. N° 4.290, “Rodríguez, Manuel y ot. c/Liliana Cilia y ot. p/Daños y Perjuicios”, LS 013:385).

c) También, es preciso reseñar que es potestad del juez calificar las pretensiones y aplicar el derecho independientemente de las alegaciones de las partes, pues el principio *iura novit curia* otorga una facultad específica a los magistrados al administrar justicia, aplicando e interpretando la norma para resolver los conflictos de los particulares pudiendo, entonces, apartarse de las invocaciones de los litigantes pues el juzgador tiene el deber de encontrar, dentro de todo el ordenamiento jurídico las normas, que según su criterio, contemplan al caso a resolver (conf. Arazi, Roland “ Derecho Procesal, Civil y Comercial. Parte general y especial” 2da. Ed., Astrea, 1995, pág. 15), mas observando un principio basal de todo proceso cual es el de “congruencia procesal”, que exige concordancia existente entre lo pedido por las partes y la decisión que de tal solicitud desprende el juez; quedando entendido que no puede modificar los hechos planteados en

la demanda. Es decir, debe existir una adecuación “entre la pretensión u objeto del proceso y la decisión judicial” (Art. 46 inc. 9 del CPCCyT de Mendoza).

En concordancia con lo que expongo se ha dicho que: “El límite infranqueable de la potestad judicial de reconducción lo constituyen los presupuestos de hecho esenciales emergentes de la traba de la litis. Es una aplicación antifuncional del principio *iura curia novit* aquella que, bajo apariencia de reconducción, encerrara el cambio oficioso de una articulación por otra distinta, como acontecería de juzgarse interpuesto un recurso o formulada determinada petición que exige términos expresos (v. gr. un allanamiento), sin que haya mediado realmente el acto de parte que permita tenerlo por configurado uno u otra” (López Mesa, Marcelo J; “El juez en el proceso. Deberes y máximas de experiencia”; Publicado en: LA LEY 12/06/2012 , 1 • LA LEY 2012-C , 1269).

La calificación oficiosa puede realizarse en oportunidad de resolver e incluso, de revisar una sentencia en instancia superiores ya que conforme a este principio, el órgano jurisdiccional “ad quem” tiene la atribución (es decir, la facultad y el deber) de discurrir y dirimir los conflictos o litigios conforme a derecho, calificando la realidad fáctica que muestra el proceso y subsumiéndola en las normas que la rigen, con prescindencia en su caso de los fundamentos invocados por las partes y por el juez de grado, siempre que no se transforme una acción o una defensa en otra distinta a la planteada oportunamente en la causa y conformante de la relación jurídico-procesal .

Peyrano llama reconducción a los supuestos en que inmediatamente se advierte el error al postulante y “reconduce” lo peticionado, mientras que la recalificación se pone en marcha al final del proceso en el momento de dictar la resolución definitiva (Peyrano, Jorge W., “ *El iuria novit curia procesal: la reconducción de postulaciones*” en ED., revista del 23-03-01). El límite de esta facultad, es el derecho de defensa del accionado. Por ello, si la naturaleza del proceso lo permite y el asunto ha sido discutido por las partes, no hay ninguna razón para negar la pretensión en la sentencia con el argumento de que no se involucró oportunamente en la demanda o que la causa que se invocó no fue la que se probó a pesar de que haya mediado discusión sobre el tema ...” (v. Peyrano, J. W., ob. cit., p. 101; De los Santos, Mabel Alicia, La flexibilización de la congruencia, La Ley Online).

En base a ello este tribunal de apelaciones asume la plenitud de la jurisdicción para conocer de lo que ha sido objeto de recurso y agravio de la misma manera que la tenía el juez en grado; es decir, el tribunal de alzada tiene idéntico poder y amplitud de conocimiento que el juez de primera instancia. Como destacan Fassi y Yáñez, se trata propiamente de una característica de los recursos ordinarios, en los que, la aptitud de conocimiento que se acuerda al órgano competente para resolverlos, coincide con la que corresponde al órgano que dictó la resolución impugnada dentro del marco de lo apelado (Fassi, Santiago y Yáñez, César: "Código Procesal Civil y Comercial", Bs. As., Astrea, tomo 2, pág. 1989, pág. 252.) Esta Cámara, en la medida de los recursos que abren su

competencia funcional, es el juez de la causa con las mismas atribuciones del magistrado de primera instancia, ya que “La apelación devuelve a la sala la plenitud del ejercicio de la jurisdicción, por lo cual corresponde que entre a considerar el fondo de la cuestión” (CNCiv., Sala C, 11-5-2004, E.D. 208-80). Y en tal sentido se ha resuelto que cuando un expediente llega a la Cámara en virtud de un recurso de apelación, es el tribunal de alzada quien adquiere la plenitud de la jurisdicción, ocupando desde entonces la misma posición que tenía el juez de la primera instancia; le corresponden idénticos deberes y derechos (CApel.Civ.Com. Lomas de Zamora, Sala I, 16-3-2006, E.D. 218-316). Mas todo ello en el marco de las impugnaciones que realizan los apelantes en sus memoriales.

d) Está claro que en atención a la época en que sucedieron los hechos que dieron lugar al presente proceso, resulta de aplicación al caso el derogado Código Civil (art.7 del CCCN), aunque juzgo que el código actualmente vigente puede ser considerado como guía hermenéutica cuando al tratar los argumentos traídos a resolución así lo amerite.

De la lectura de la demanda, surge que la actora pretende “la declaración de falsedad y nulidad de las escrituras públicas de transferencias de dominio y propiedad”, arriba individualizadas, pasadas ante la Escribana Alejandra Vizcaíno. Invoca como fundamento de su pedido que “las causas expresadas en estos instrumentos son inexistentes ...” *“...contienen manifestaciones de las partes absolutamente falsas expresadas a sabiendas entre Matías Contino, el representante de Feroc S.A. y la escribana Alejandra Vizcaíno con el propósito de beneficiarse con una operación comercial que nunca existió...”*.

Es decir, plantea la falsedad ideológica porque sostiene que no hay verdad en los instrumentos, puesto que nunca se hizo la tradición de los inmuebles.

Pero también agrega y destaca que la actora fue coaccionada por los demandados a suscribir las escrituras contra su voluntad y en salvaguarda de la salud física y mental de ella y su familia, que obró por temor y bajo intimidación, que no recibió “ni un peso por las ventas, ni como precio ni como compensación de deudas y que los valores expresados en las escrituras son excesivamente bajos en relación con los valores del inmueble”, todo lo cual fundamenta en los hechos que relata y somete a prueba en la causa.

La resistencia a la pretensión del sr. Contino se centra en negar cada uno de los hechos invocados por la actora, al igual que Feroc. S.A., sin perjuicio de la alegación de sus propios fundamentos de acuerdo a la relación jurídica que tuvieron con la actora.

Por su parte la Escribana Vizcaíno centró su defensa en que dio cumplimiento a los deberes propios del notario en el ejercicio de su función, como ya anticipé.

La sra. Jueza de grado al hacer lugar a la demanda declaró la nulidad de los actos jurídicos instrumentados mediante las escrituras cuestionadas.

Los fundamentos esenciales de su decisión fueron: tener por acreditada la intimidación basada en amenazas, estimando viciada la libertad de la actora al momento del otorgamiento de los actos jurídicos en cuestión; entender que la actora era una persona vulnerable; considerar que había un notable desajuste entre el precio de las propiedades consignadas en las escrituras con los valores del mercado al momento de su firma, lo que determinó teniendo en cuenta la cotización del dólar a esa época y las tasaciones de las propiedades que acompañó la actora realizadas en 2014; la no acreditación de movimientos de dinero por no existir prueba que estableciera el origen de los fondos ni su destino; reconocer que había un acto simulado fundando esto último en jurisprudencia que citó.

Los agravios de las demandas se centran en la apreciación de la prueba indiciaria que hizo la jueza y sus conclusiones para tener por probados los hechos alegados en la demanda y en consecuencia hacer lugar a la misma, criticando el encuadre jurídico que le dio en sus considerandos a la contienda, por lo que entiendo que es preciso determinarlo en forma precisa en esta instancia no sólo para dar claridad a los planteos y a la decisión arribada, sino también para llegar a la solución más justa posible.

e) Para ordenar el presente voto, atenderé por separado los agravios de los apelantes, ello así puesto que, si bien en ciertos puntos son coincidentes, considero que las relaciones jurídicas sustanciales que los unieron con la actora son distintas y por ello corresponde realizar un especial encasillamiento jurídico.

El mandatario judicial de la co-demandada Vizcaíno, solicita la declaración de nulidad de la sentencia de primera instancia por lo que trataré primero las quejas de la notaria y luego del sr. Matías Contino, que si bien también aduce la nulidad de la sentencia por no habersele dado participación a su padre, Roberto Contino en el proceso, lo que proponga resolver al respecto será de aplicación a ambos planteos de invalidación.

VI. La solución.

a) El recurso de la Escribana Mónica Vizcaíno.

1.- Nulidad de la sentencia:

En virtud de que la juez a quo no trató sus defensas interpuso esta defensa.

Este remedio interpuesto es excepcional y restrictivo. El recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia de primera instancia, dicha absorción supone que el medio de gravamen no tiene autonomía, aunque tenga preeminencia en la consideración de los agravios destinados a las formas procesales incumplidas. Así lo establece el art. 133 inc. 4 del C.P.C.C. y T. .

La nulidad del pronunciamiento procede cuando éste adolece de vicios o defectos de forma o construcción que lo descalifican como acto jurisdiccional, es decir, cuando se ha dictado sin sujeción a los requisitos de tiempo, lugar y forma prescriptos por la ley adjetiva, pero no cuando aquéllos, de existir, puedan ser reparados mediante el recurso de apelación (CNCom., Sala E, 1999/03/09, “Almeida de Estela, Irma c. Empresa Gral Roca S.A. y ot.”, LL, 1999-F, 55, DJ, 2000 – 1- 586), de ser así debe evitarse la anulación, por cuestiones de economía procesal (DE LOS SANTOS, Mabel “ Recurso de nulidad (sobre la necesaria eliminación del reenvío en la praxis de las instancias revisoras ordinarias)”, Revista de Derecho Procesal; Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, pág.189).

En reciente fallo dictado por esta Cámara se resolvió: *“La nulidad procesal es la ineficacia del acto por defecto de sus elementos esenciales, que le impiden cumplir con sus fines, siendo su objeto y fin el resguardo de una garantía constitucional, lo que permite limitar estrictamente las nulidades a los casos de indefensión y aseverar que no existen nulidades absolutas porque todas son convalidables. Estos conceptos son aplicables al recurso de nulidad (Podetti Ramiro, Tratado de los Recursos, pág. 241, Bs. As. 1958). La jurisprudencia ha señalado que la procedencia del recurso de nulidad posee carácter excepcional y debe ser de interpretación estricta (CNCiv. Com. Fed. Sala II, 25/6/98, LL 1998-E-471; CCivCom. Rosario, Sala IV, 16/4/99, RepLL, 200-2170, n° 25 y LLLit., 2000-534; CCivComLab. Venado Tuerto, 4/4/97, LL 1999-B-819). La nulidad de la sentencia debe ser interpretada con criterio restrictivo y declararse sólo cuando los hipotéticos vicios no puedan subsanarse al momento de considerar el recurso de apelación (CNCiv.Com.Fed. Sala III, 12/9/96, LL 1997-B-804). Como consecuencia de la absorción del recurso de nulidad por el de apelación, si el agravio puede ser reparado por el tribunal de segunda instancia corresponde modificar el pronunciamiento antes de decretar su nulidad (CNCiv., Sala J, 15/7/98, LL 1998-F-636). ... En definitiva, la declaración de nulidad de la sentencia requiere la existencia de una irregularidad manifiesta y grave. De allí que, según lo tiene reiteradamente establecido la jurisprudencia, aquella declaración no procede cuando los vicios invocados son susceptibles de repararse mediante el recurso de apelación”.*(del voto de la dra. Carla Zanichelli, Quinta Cámara Civil, Comercial, Minas, Paz y Tributaria, CUIJ: 13-03759854-7(010305-54246) SOCIEDAD ARGENTINA DE GESTION DE ACT. E INT. (S.A.G.A.I.) C/ MARINA REAL S.A. P/ COBRO DE PESOS, sentencia 20/07/2020).

Por ello, siendo que la apelante ha manifestado una omisión de pronunciamiento, lo cual es cierto, considero que dicha omisión puede ser salvada por este Cuerpo, por lo que el pedido de nulidad de la sentencia, debe ser rechazado.

2. Falta de legitimación sustancial pasiva.

Refiere la apelante que no fue tratada tampoco esta defensa y que el escribano no debe ser citado a juicio si la nulidad solicitada se fundaba en causas extrañas al quehacer del notario, como sucede en autos. Que los notarios no son responsables de la nulidad salvo

en los casos en que sean partícipes del acto lesivo, ya que del texto de la demanda no se desprende qué intervención tuvo la notaria que pudiera haber causado la nulidad de las escrituras.

Conforme lo expone la jurisprudencia y la doctrina procesal más caracterizada, el juzgador está facultado para revisar la legitimación aun cuando no haya sido planteada por el litigante. La legitimación consiste en que medie coincidencia entre las personas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender y para contradecir respecto de la materia sobre la cual el proceso versa estando dada la pauta por la titularidad, activa y pasiva, de la relación jurídica sustancial controvertida en el proceso. No basta que una demanda sea propuesta al juez por cualquier persona, sino que es necesario que lo sea por aquella persona a la cual la ley considera idónea para estimular en el caso concreto, la función jurisdiccional. (conf. ARAZI, ROLAND, Derecho procesal civil y comercial, Parte general y especial, ED. Astrea, p.89).

Se ha discutido si en casos como el de autos, donde se redarguye de falsedad una escritura pública el notario tiene que ser demandado o no. “Cuando se trata de una acción por nulidad de un acto jurídico celebrado en un instrumento público, el escribano otorgante es parte necesaria en el pleito, máxime cuando la regularidad de su actuación es materia de controversia” (CámNacCom, Sala E, “Cuatro Vientos S.A. el González Venzano, Alberto y otro”, DJ, 7 junio 2006, pág.393).

Por su parte, Mosset de Espanés y González, en el trabajo arriba citado expresan que: *“Hace ya tiempo leímos un fallo en el que se sostenía enfáticamente “que el escribano es parte innegable en cualquier impugnación de nulidad que se formule a la escritura de la que él haya sido autorizante, por lo que se viola el debido proceso, afectándose la garantía constitucional de la defensa en juicio si no es oído. (A.G. R. el A. de G., M.I. y otros s/ Nulidad de la revocatoria de testamento”, Cámara Civil y Comercial. Paraná, sala 1” 28 septiembre 1984). ...Volvemos hoy sobre el tema porque nos ha parecido necesario indagar cuáles son las hipótesis en que la declaración de nulidad de una escritura puede generar responsabilidad del notario autorizante. Para ello es menester distinguir si el vicio que genera la nulidad es propio del acto instrumental, o solamente afecta al acto instrumentado.”* (Moisset de Espanés, Luis, González, José, op. citada, pág. 21).

Así, señalan estos autores que, cuando en un litigio se solicita la nulidad de una escritura por padecer de “vicios instrumentales”, - que afecten al notario (capacidad, competencia, etc.) o a los requisitos de forma-, resulta correcta la resolución que afirma que es indispensable dar participación al notario que debe integrar la litis, pues de lo contrario quedaría vulnerado el principio constitucional de defensa en juicio. Pero que la situación es distinta cuando el pedido de nulidad de la escritura se funda en la existencia de vicios en el contenido del acto, pues si bien es cierto que en algunos casos puede verse también comprometida la responsabilidad del escribano; en otros suele ser totalmente ajeno a esos vicios, y no corresponderá pedir que tome participación en el juicio. Sin embargo, aclaran

que el escribano es un profesional del derecho y, como autorizante del instrumento, le incumben otros deberes - como por ejemplo el deber de asesorar a las partes- que, si son omitidos, pueden convertirse en concausa del defecto que provoca el pedido de nulidad del acto instrumentado, y generar responsabilidad para el notario. (Cam. Apel, Noreste del Chubut, Sala B, 30 marzo 2006, "Virgili, Elvira y otro c. A., J. D.", La Ley Patagonia, febrero 2007, p. 828. Tribunal Superior Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 23 mayo 2006, "T., R. D.", La Ley 2006-L), 621. Fallos citados por los autores). Concluyen que en los casos de violencia, física o intelectual, vician el consentimiento y en consecuencia anula la declaración de voluntad y que salvo que el escribano esté presente en el acto violento o tenga conocimiento del vicio, no será responsable por la nulidad de la escritura. Agregan luego que en el caso del vicio de lesión, tampoco serán responsables, salvo que sean partícipes del acto lesivo.

Se advierte, entonces, que según sea el caso, el escribano deberá ser demandado o citado al proceso, pues a su respecto no siempre existe un litisconsorcio necesario. Así lo estableció la Suprema Corte de Mendoza, Sala I en la causa n° 89.847, caratulada HUGALDE DE SÁN-CHEZ, NIDIA EN J° 79.068/8898 HUGALDE DE SÁNCHEZ, NIDIA C/ SALDEÑA DE CAROGLIO Y OTS. P/ ACCIÓN DE NULIDAD S/ INC. CAS., 27/12/2007, LS 385-043, allí se dijo, citando a Jorge Mosset Iturraspe, que son los jueces quienes deben determinar si las relaciones que se someten a su conocimiento plantean o no una situación de indivisibilidad que pueda incidir sobre el modo que han de dirimirse y que en las acciones de nulidad, la divisibilidad o indivisibilidad dependerá de la naturaleza del defecto invalidante. En el caso se revocó la sentencia dictada por esta Cámara en anterior composición, por la cual se había rechazado la demanda, por no haberse citado a juicio a la escribana en un caso similar al de autos, por lo que de dicha resolución se desprende que el juez de la causa deba hacer un análisis en cada caso concreto.

De lo expuesto, vemos que se demandó a todos los intervinientes en las escrituras cuestionadas, solicitando la declaración de falsedad de ellas mas, como ya expliqué, se trata el caso de autos de un vicio de la voluntad que afecta la validez de los actos jurídicos donde no se ha probado que la notaria tuviera intervención pues en el escrito de postulación se la demanda y muy al pasar se dice que intervino para perjudicar a la actora y nada más, por lo que no resulta claro que estuviese implicada en ello, ni se esforzó para probar tal afirmación.

No hay en la causa ninguna prueba que acredite que la escribana participó en los hechos que han llevado, tanto en primera instancia, como en ésta, a declarar la nulidad de los actos jurídicos y por ende de las escrituras en los cuales se instrumentaron.

Así, propongo hacer lugar al recurso de apelación, declarando la falta de legitimación sustancial pasiva la escribana Alejandra Mónica Vizcaíno, con lo cual no corresponde ingresar al tratamiento del resto de los agravios formulados por su mandatario judicial.

b) El recurso de Matías Contino.

1.- Litisconsorcio necesario y falta de legitimación sustancial pasiva.

La queja referida a que la jueza a quo no trató el litisconsorcio pasivo necesario y la falta de legitimación sustancial pasiva del sr. Roberto Contino y como consecuencia la solicitud de la nulidad de la sentencia en crisis, ha sido ligeramente fundado y raya la deserción, toda vez que el mismo no observa la forma exigida por el código de rito en su art. 137 inc. III.

En este aspecto el sistema dispositivo impone que los fundamentos de los agravios sean concretos, precisos y claros, ya que dicho escrito es el eje que tiende a vulnerar el acto atacado y para ello el quejoso debe poner de manifiesto los errores de la resolución impugnada (GOZAÍNI, Osvaldo, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y anotado”, pág.334. 3ra. Ed. Actualizada. La Ley. Bs. As. Diciembre 2009.).

Vale aquí lo ya expresado sobre los fundamentos generales referidos sobre la falta de legitimación sustancial pasiva. Mas en el caso de autos no se advierte el interés (art. 41 del CPCCyT) de Matías Contino en plantearla respecto de un tercero que el actor no trajo al proceso. En última instancia, si tenía un interés de que su padre ejerciera el derecho de defensa debería él haber solicitado su participación en la causa con una denuncia de litis en la etapa procesal oportuna, y no como lo hizo al momento de alegar. Su postura se centra, primero en que Roberto Contino fue quien firmó la primera de las escrituras declaradas nulas por la jueza de grado. Indica también que una vez que esa propiedad fue transferida a Matías Contino, el mismo conservó el derecho real de usufructo, uso y habitación del inmueble, como así también sobre el segundo de los inmuebles situado en el departamento de Godoy Cruz, con lo cual la declaración de nulidad afectaría su derecho y por ello pide se declare la falta de legitimación al no haber sido demandado por el actor, revocándose la sentencia de grado.

La teoría del interés en el litisconsorcio necesario es la que subyace en el fallo de la Sala I de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza del 12/3/1998, dictada en autos n° 62.363 caratulados “Miguez, Elba R en j., 128.675 Miguez, Elba R. c/Raúl A. Allaca p/Ordinario s/Cas.” (LS 278-88), cuando se dijo que “si se demandó la restitución real de los bienes, se genera un litisconsorcio necesario con los que participaron del acto fraudulento o simulado, desde que la sentencia no puede ser válidamente dictada sin citar al obligado a restituir. En cambio, no es menester traer a juicio a un sujeto que, aunque haya tenido alguna intervención en el acto, nada debe restituir, nada ingresará en su patrimonio, ni nada tiene que indemnizar.”

En primer término, el sr. Roberto Contino no firmó la primera escritura adquiriendo el dominio a título personal, sino que lo hizo por FEROC S.A., en su carácter de presidente y representante legal de dicha sociedad, de la cual también era socio. Es con esta persona jurídica con quien la sra. Villanueva celebró el contrato de compraventa del inmueble sito en calle Paso de Los Andes 2974 de Mendoza, lo que se desprende del texto de la escritura n° 68 ya descripta. Y es así que interpuso la demanda contra dicha sociedad trabándose correctamente la litis, quien además se defendió oportunamente. De allí que no se advierta por qué Roberto Contino debía ser demandado a título personal.

Tampoco reparo la existencia de un litisconsorcio necesario como aduce el quejoso, toda vez que aquél no es titular del derecho de propiedad. Es que el hecho de que se lo haya instituido como beneficiario del usufructo, uso y habitación sobre los inmuebles, ambos constituidos con fecha 21 de marzo de 2013 ante la escribana Vizcaíno (fs. 17 y 19), no implica que haya respecto de éste el referido litisconsorcio. En efecto, toda vez que el beneficio otorgado a Roberto Contino por su hijo es un acto de liberalidad del que dispone el dueño o propietario de una cosa y, así como lo constituye puede revocarlo, sin que ello afecte su derecho de dominio.

El usufructo es temporario y transmisible, otorga el uso y goce de un bien, en el caso un inmueble, debiendo restituirlo al momento de culminar el usufructo. Si bien es un derecho real lo es sobre cosa ajena donde el dominio se ha desbembrado y ese uso y goce del usufructuario del bien tiene su causa en el derecho que el propietario o dueño constituyó a su favor, enajenándole sólo el “dominio útil”, es decir que la cosa sigue perteneciendo al constituyente o nudopropietario y es ajena para el usufructuario. (Conf. Roberto Malizia, en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” Director Ricardo Lorenzetti, Tomo IX, págs. 748 y ss.).

Así como el dominio es perpetuo, el usufructo es temporal, tiene un tiempo de vigencia o condición que una vez cumplido implica que el propietario vuelve a tener el dominio pleno o perfecto sobre la cosa.

Dadas las características señaladas, en el *subjudice* el hecho de que Matías Contino haya constituido un derecho real de usufructo respecto de Roberto Contino, no implica que éste deba ser parte del proceso, pues en caso de que aquél perdiera el dominio del bien, el usufructo se extinguirá y en última instancia deberá responder ante el usufructuario, no siendo necesaria su participación en la causa.

Bueno es recordar aquí, que el litisconsorcio necesario se configura, cuando la eficacia de la sentencia se encuentra subordinada a la circunstancia de que la pretensión procesal sea propuesta por varias personas o frente a varias personas, o simultáneamente, en virtud de la inescindibilidad de la relación jurídica sustancial. Esa situación se configura no solamente cuando la ley expresamente lo prevé, sino también cuando se halla determinada por la misma naturaleza de la relación o situación jurídica controvertida

(Conf. HUGO ALSINA " Trat. Teórico - Práctico de Derecho Procesal Civil ", ed. 1961, t I cap VII, pag. 563 y sgtes ; LINO E PALACIO " Manual de Derecho Procesal Civil " , ed 1986 , Tº I pág 296 , nº 129 y también su nota " Los procesos con pluralidad de partes " en Jus . nº 1962, p. 54; CARLOS J. COLOMBO " Código Procesal Civil comentado ", t I pag . 510, nº 4 comentario al art 89; J. RAMIRO PODETTI " Tratado de la Tercera " ed . 1971 cap IX, pag 383, nº 71).

Sobre la base de la destacada doctrina citada descarto que en autos padre e hijo sean litisconsortes necesarios, ya que la finalidad de este instituto procesal es la exigencia de proteger el derecho de defensa en juicio de todos aquellos sujetos a quienes ha de extenderse la cosa juzgada propia de la sentencia que se dicte sobre el fondo del litigio (CSJN, fallos 252:375; 256:198).

Es decir, si bien existe una conexidad por el título (dominio imperfecto sobre el inmueble por un lado, y uso y goce del bien por el otro), ello podría dar lugar a un litisconsorcio voluntario pero no necesario.

El agravio debe, entonces ser rechazado.

2.- Prescripción:

El apelante señala que la jueza *a quo* no trató esta defensa, mas no le asiste razón, ya que en los considerandos de su resolución trata la misma en un acápite especial y con un razonamiento lógico, lo que hace antes de entrar al fondo de la cuestión, resultando ello de la simple lectura de la sentencia.

La magistrada consideró que la violencia no se reduce a demostrar actos del victimario sino que es necesario apreciar los efectos que produce en la víctima, para lo cual no sólo debían analizarse parámetros objetivos, sino también tener en cuenta las circunstancias del caso.

Así, evaluó principalmente las declaraciones vertidas por la actora, su hijo y su nuera en el expediente penal y también la pericia psicológica incorporada a la causa a fs. 393, que determinó alteraciones en la primera y de la cual resultó el temor fundado requerido para configurar el vicio invocado, todo lo cual valoró como indicios serios, graves y concordantes que subsistían al momento de ser emplazados fehacientemente a desalojar el inmueble y ante lo expresado por la actora respecto a las llamadas intimidatorias que recibía de Roberto Contino, siendo que al ampliar su denuncia en sede penal expresó que el efecto de la violencia e intimidación cesó a raíz de la demanda de desalojo iniciada por los denunciados, por lo que juzgó que al momento de plantearse la demanda de nulidad no habían transcurrido los dos años que exige el artículo 4030 del C.C..

Por el contrario, la apelante sostiene que ha transcurrido en exceso el plazo previsto en la norma citada, ya que la acción de nulidad se inició el 14 de mayo de 2014 contra las escrituras suscriptas el 10 de agosto de 2009, el 20 de mayo de 2010 y el 28 de octubre de 2010.

El tema latente es determinar cuándo comenzó el cómputo del plazo de prescripción de la acción de nulidad interpuesta por la actora.

El plazo de dos años previsto en el artículo 4030 del CC se refiere a la acción de nulidad de los actos jurídicos por vicios de la voluntad, violencia e intimidación, desde que éstas hubiesen cesado; y por vicios del acto jurídico, dolo, error, falsa causa, desde que éstos fuesen conocidos.

La sra. Jueza entendió que la actora había sufrido violencia e intimidación y que las mismas habían cesado una vez que recibió las cartas documento enviadas por Matías Contino al hijo y a la nuera de la actora y por las cuales, los intimaba a desalojar el inmueble sito en calle General Paz de Godoy Cruz que los mismos ocupaban, ya que estas misivas fueron respondidas por los intimados rechazándolas y emplazándolo, a su vez, a cesar con las presiones y amenazas, responsabilizándolo de la salud mental y física de la familia para obtener actos contra su voluntad abusando de su condición y situación. Es decir, que para la sentenciante éste fue el momento en que se evidenciaron o salieron a la luz los vicios de la voluntad lo que ocurrió el 14 de marzo de 2014, siendo que la demanda fue interpuesta el 14 de mayo de 2014. La actora se opuso a la defensa de prescripción sobre la base de lo normado por el artículo 3980 del Código Civil que establece que cuando existe imposibilidad de hecho para ejercer la acción, el juez puede liberar al imposibilitado del efecto de la prescripción si después de cesado el impedimento, se hicieran valer sus derechos en el término de tres meses.

Denuncia entonces una voluntad viciada por intimidación lo que en definitiva tornaría nulos los actos jurídicos de compra venta de los inmuebles que quedaron plasmados en las escrituras cuestionadas. Sabemos que los hechos voluntarios son los realizados con discernimiento, intención y libertad (art. 897 CC) y que cuando fueran ejecutados sin alguno de estos elementos, no producen obligación alguna (art. 900 CC). La intimidación afecta la libertad.

Considero, entonces, que en autos los hechos denunciados deben ser analizados, primero que todo, a la luz de lo dispuesto por el art. 937 del Código Civil: *Habrà intimidación, cuando se inspire a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos.*

En la nota a esta norma Vélez señalaba "... Cuando en el art. 937 designamos un mal grave e inminente, es porque se tiene presente más bien el temor de violencia que

puede hacerse, que las violencias ya hechas. Si yo me decido a firmar contra mi voluntad un acto que me es perjudicial, es por librarme de un mal que me parece mayor, pues no procuraría salvarme de este mal si hubiera pasado. Las violencias que podría haber sufrido en el momento en que se ejecutó el acto, no obran en mí sino haciéndome temer otras violencias. En todos los casos el temor de un mal futuro, pero inminente, es el que determina la voluntad. Dicho art. 937 no es limitativo a las personas que en él se designan. Si mi negativa a firmar un acto debe hacer ejecutar la amenaza de arruinar a un hermano, o de infligir malos tratamientos a una persona de mi amistad, o de asesinar a una persona que me es extraña si se quiere, es claro que la violencia ejercida contra esa tercera persona produce en mí una violencia moral, un temor que me es enteramente personal. El sentido pues del artículo, es que, en el caso de los esposos, descendientes o ascendientes, la violencia ejercida contra una de esas personas, producirá el mismo efecto que si hubiese sido contra la parte, mientras que, respecto a las otras personas, los jueces podrán resolver por las circunstancias del caso. Véase MARCADE sobre el art. 1113...”.

Así, del relato de la actora vemos que denuncia el vicio analizado arriba y que por ello coincido con la sentenciante de grado en que el cómputo de la prescripción comenzó cuando el hijo de la sra. Villanueva, fue intimado por el demandado a desalojar el inmueble que habitaba y que la actora le había vendido (ver fs. 24 del expediente de desalojo), pues allí se reveló la presión referida al contestar aquélla mediante la carta documento en la que le advierte de que cesen sus amenazas. Aun cuando esta carta fue contestada por Contino (ver fs. 26 del citado expediente), como lo sostiene el apelante y en contra de lo que afirmó la sra. Jueza, la misiva de respuesta sólo se limita a ratificar los términos de la primera y a endilgar responsabilidad por daños y perjuicios ante la retención indebida, mas no demuestra preocupación por parte del accionado cuando en aquélla se lo estaba acusando gravemente de sufrir presiones y amenazas, pudiéndose advertir que no es una conducta corriente permanecer inconvencible frente a semejante imputación. Además, de las declaraciones vertidas por la actora y por su hijo en sede penal, las amenazas continuaron luego de haber firmados las escrituras, toda vez que solicitaban que se les cancelara el préstamo otorgado a éste, caso contrario deberían desalojar los inmuebles.

Entiendo entonces, coincidiendo con la magistrada de grado, que este intercambio epistolar puso en evidencia los hechos controvertidos en autos y es a partir de allí que debe comenzarse el cómputo de la prescripción alegada como defensa. Considero que no asiste razón al apelante en el sentido de que a partir de la venta se celebraron sucesivos comodatos entre él y la actora, como así también con el hijo y pareja de ésta, refiriendo que ello demostraba que estaba consentido el acto de venta, mas ello lo analizaré al tratar la nulidad.

Así, para determinar apriorísticamente si un derecho está o no prescripto, debe estarse al análisis de los hechos configurativos del conflicto que se denuncian vulnerados, comparando con los plazos legales de extinción del ejercicio de las acciones que los

protegen, más allá de cómo se resuelva el fondo de la cuestión traída a conocimiento del tribunal.

Por ello, sin perjuicio de que haré un análisis más profundo al tratar el agravio referido a la nulidad, puedo decir que la acción no está prescripta, toda vez que la interpretación de este instituto de orden público es restrictiva y que, como refiere Bueres “tal interpretación se ajusta a la regla conforme a la cual debe estarse siempre por la exégesis legal que favorezca la conservación de los derechos” (BUERES, Alberto y HIGHTON, Elena, “Código Civil y normas complementarias”, Buenos Aires, Hammurabi, tomo 6- B, 2005, pág. 668 y sus citas.)

El agravio es desestimado.

3.- La Acción de Nulidad.

Al respecto, su primera queja es que en la demanda no se ha establecido claramente que es lo que se pretende, invocando el actor el art. 1050 y que no está determinado ni probado cuáles fueron los actos lesivos o amenazas. Mas luego analiza la intimidación.

Concretamente, como ya lo describí más arriba, la parte actora denunció varios hechos concomitantes para considerar viciada la voluntad y solicitar la nulidad de las escrituras que a su vez afecta la validez del acto jurídico.

Enseña Emilio Betti que *“el elemento subjetivo del acto jurídico comprende los aspectos de la actitud del sujeto que tienen trascendencia para el tratamiento jurídico, y que, en el tema pueden distinguirse tres fases ideales, correspondientes a los tres aspectos del elemento objetivo: forma, contenido y causa. A la forma corresponde determinar si el sujeto ha querido voluntariamente realizarlo; al contenido, debe corresponder en el agente la conciencia del significado de la declaración emitida y la noción del valor social del comportamiento que despliega; a la causa corresponde en el agente el interés y la proyección de la voluntad hacia un fin práctico. Cualquiera de las fases puede estar viciada: es lo que se estudia bajo los rótulos de vicios de la voluntad y vicios del acto jurídico”*. (Betti, Emilio : “Teoría general del negocio jurídico”, 2da. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 126).

La actora refiere que fue amenazada y que el temor la llevó a actuar como lo hizo, contra su voluntad, siendo que los actos jurídicos descansan en este cimiento y nuestro ordenamiento civil pretende que esa voluntad se desarrolle y proyecte en forma adecuada, impidiendo que esté viciada por elementos internos o externos a las partes declarantes. Existen diversas circunstancias que pueden afectar a dicha voluntad, disminuyéndola o simplemente anulándola.

La coacción o amenaza (ver art. 149 bis del Código Penal Argentino) es el acto de intimidar a alguien con el anuncio de la provocación de un mal grave para él o su familia, es un aviso donde se establece que el daño puede ser en la persona, sus bienes, su honor, o los derechos de ésta o de alguien con quien tenga algún vínculo (por ejemplo ser familia o la amistad, incluso compañeros de trabajo) y se condena de manera abstracta por el sólo hecho de proferirla o cuando tiene una finalidad que consista en tratar de impedir que otro ejecute lo que tiene derecho a hacer. (Miglino, Javier “Coacción, un delito complejo en Argentina” 02/11/2018. javiermiglino.blogspot.com/2015/09/el-delito-de-coaccion-art-149-bis-del.html).

Otro autor sostiene que “*La intimidación consiste en infundir temor en un sujeto para obtener por ese medio una manifestación de voluntad forzada, en cuanto es consecuencia de haber cedido ante la amenaza que le infunde el temor y, por eso, constituye un genuino vicio de la voluntad. Al contrario de lo que ocurre con la violencia física, que desplaza la voluntad por lo que el acto “no es” del sujeto, la violencia moral o intimidación infunde un temor sobre el sujeto quien, cediendo a ese temor, se aviene declarar una voluntad que no responde a una decisión libre y espontánea.*” (Vidal Ramírez, “Teoría general del acto jurídico” Ed. Cultural Cuzco, 2011, pp. 221).

Estas concepciones transcritas ponen al descubierto que lo que se debe tener en cuenta son los hechos psíquicos, los cuales son hechos jurídicamente relevantes pero que no pueden ser calificados como materiales siendo difíciles de constatar, sin embargo, el legislador les asigna una determinada consecuencia jurídica, como sucede con la simulación, fraude, daño moral, etc..

Siguiendo a Devis Echandía, la regla es que concebimos a la carga de la prueba como una noción procesal, que contiene la «regla de juicio» por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso probanzas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión y, paralelamente, establece una «regla de actividad» para los litigantes, indicando cuál es la parte que tiene sobre sí la referida carga, so pena de sufrir una sentencia desfavorable a su interés procesal(DEVIS ECHANDÍA, H.: Teoría general de la prueba judicial, 3.a ed. Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1974, t. 1, pp. 129 y 420-449).

En su sentido estrictamente procesal, es la conducta impuesta a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos. La ley distribuye por anticipado entre uno y otro litigante la fatiga probatoria. Textos expresos señalan al actor y al demandado las circunstancias que han de probar, teniendo en consideración sus diversas proposiciones formuladas en el juicio. (COUTURE, Eduardo J.: Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978.pág.241/242).

La prueba de los hechos psíquicos es una materia de alta complejidad, llamados también hechos de difícil prueba, es por ello, que al no existir testimonios o rastros de sus maniobras, el esclarecimiento de la verdad a través de pruebas directas se torna imposible por lo que el juzgador, de la mano de la equidad, debe recurrir a otras técnicas de razonamiento para aligerar la carga probatoria de las partes y que tengan en cuenta las circunstancias de la causa que *“comprenden todos aquellos elementos susceptibles de revelar al intérprete, sea directamente, sea, sobre todo, mediante inducciones, la intención común de los contratantes. Estos elementos deben detectarse en la conducta de las partes, ya en el curso de las negociaciones anteriores a la convención, ya en el momento de la conclusión misma del contrato o aún después de su conclusión”*. (Jorge López Santa María, “Sistema de Interpretación de los Contratos”, Ediciones Universitarias de Valparaíso, páginas 62 y 63.).

Dicho esto, advierto que las quejas referidas a cómo la Jueza llegó a la condena sobre la base de presunciones o indicios deben ser desatendidas, ya que considero aquí que enlazó adecuadamente todas las pruebas incorporadas para fallar del modo en que lo hizo, puesto que en esta clase de juicios, cuando el actor aporta indicios capaces de generar presunciones, se invierte la carga de la prueba, ya que quien pretende desbaratarlos, debe demostrar hechos que revelen que aquellas no poseen los caracteres de gravedad, precisión y concordancia, con otros elementos. (Cam. Nac. Civil Sala F, agosto 29 - 1978 en E.D. 82-287; idem Sala D, junio 27 - 1972 en La Ley 1979- A- 216).

Dice Arazi que, en rigor, los que por su número, precisión, gravedad y concordancia tienen que producir convicción son los indicios; las presunciones son las consecuencias de la labor intelectual del juez para extraer conclusiones de esos indicios. Y agrega, siguiendo a Rocco, que los indicios son fuentes de presunciones judiciales y le permiten al juez afirmar que es probable, según las reglas usuales de la vida práctica, que el hecho controvertido haya o no existido (Rocco, Ugo, “Derecho Procesal Civil”, México, 1939, pág. 429). Concluye que las fuentes de prueba y las fuentes de presunciones (indicios) se traen al proceso mediante diversos medios probatorios, y las deducciones que hace el juez, partiendo de esas fuentes, forman parte del fenómeno lógico e intelectual del juzgador para la creación de la sentencia. (ARAZI, Roland “La Prueba en el proceso civil” 3ra. Ed. Actualizada. Ed. Rubinzal Culzoni. 2008, pág. 96/97).

Hechas estas consideraciones, analizaré los agravios sobre la base de la forma de valoración de las pruebas que hizo la sra. jueza para dictar la sentencia que le es adversa.

La protesta en relación a la consideración que tuvo de las actuaciones producidas en el expediente penal, sosteniendo que debió iniciar el presente proceso conjuntamente con aquél y no cómo lo hizo un año y medio después, como así también que no pudo defenderse de esa prueba, carece de asidero.

La prueba producida en un expediente judicial puede ser un elemento de convicción en otro, sobre todo cuando tramitó entre las mismas partes (como ha ocurrido en autos) ya que tuvieron la oportunidad de ejercer el debido control de su producción y disponer de los medios de impugnación dados por la ley, las pruebas son plenamente eficaces pues se han producido con las debidas garantías. (Arazi, Roland, “La Prueba en el proceso civil”, op citada, pág. 178.). La jueza de grado se valió de las testimoniales prestadas en el proceso penal y ello ha incomodado a la quejosa porque las mismas han obrado en su contra, mas se ha dicho en supuesto como el de autos que “*Tratándose de declaraciones de testigos, la falta de ratificación no invalida completamente la prueba; todo dependerá del contenido, de su razonabilidad y corroboración por otros elementos de convicción*” (CNCom., sala B, 28/06/2007, “ Boybol, Jo◆se c/ Banco Central de la República Argentina”, LexisNexis Online n° 1/70039818-5; CNCiv., sala D, 22/02/2007, “ Ledesma, Carlos A. c/ Manzanelli, José L.”, LexisNexis Online n° 70037544; CNCom, Sala A, 11/07/96, ED 172-414, con cita de un precedente de la CSJN, 30/08/67, LL 128-215; Sala B, 21/08/2003 “ Blanco , Paula c/ Transporte Santa Fe”, LL Online), lo que quiere decir que el juez debe analizar el caso concreto traído a su examen.

El expediente penal n° 127485/16 “ Fiscal p/ falsedad ideológica- art 293” de la Fiscalía de Instrucción n° 2 de la Unidad Fiscal de Capital, fue ofrecido por ambas partes como prueba (fs. 777 vta. y 480 vta.) siendo admitida por el auto dictado a fs. 487, por lo que aquí la demandada no puede ampararse en los argumentos ya expuestos para que sea desestimado el contenido de dicho expediente, pues la parte que propuso la prueba producida en otro proceso asume el riesgo de que la misma sea considerada desfavorable a sus intereses (SCJBA, 4/11/80, DJBA, 120-97) no pudiendo alegar después de su incorporación defectos que la tornen ineficaz, ello es así por el principio de adquisición procesal.

De igual modo no puede ser admitida la protesta en relación a que en el proceso penal los denunciados, Matías y Roberto Contino, no fueron imputados, mas fueron citados a prestar declaración informativa, poniéndolos en conocimiento de la denuncia en su contra y absteniéndose de declarar, también se les comunicó que mantendrían la libertad bajo las condiciones que se les fijaron, las que fueron por ellos aceptadas (ver fs. 151, 152, 153, 155, 156 y 157 del AEV penal), cuya instrucción no está concluida por haber sido remitidos a la sede civil.

Como dice Calamandrei, la valoración de la prueba hecha por el juez en un proceso determinado sólo puede servir de orientación en otro proceso, no pudiendo la sentencia dictada en este último fundarse exclusivamente en esa valoración, pues con los mismos hechos debe realizar un trabajo de indagación que podrá llevarlo a apreciar una diversa verdad sobre aquellos mismos hechos, lo cual no puede ser un escándalo, porque precisamente éste es el alcance conocido y beneficio del principio dispositivo. Pues la apreciación de las fuentes de prueba puede llevar a un juez a una deducción diferente de la que las mismas fuentes conducirán a otro juez (Calamandrei, Piero, “ La sentencia civil

como medio de prueba” en “Estudios sobre el proceso civil”, trad. De Santiago Sentís Melendo, Bibliografía Argentina, Bs. AS., 1961, págs. 108 a 129).

Así, aparte de ese expediente, consideró otros hechos como que la actora nunca realizó la tradición del inmueble y que los contratos de comodatos fueron realizados el mismo día de las transferencias, que no se acreditó transferencias de fondos ni el origen de los mismos, que Matías Contino no llevaba libros contables y la constancia obrante a fs. 38 del expediente penal, cuyo membrete reza “Liquidación de crédito” figurando Francisco Roberto Contino, un domicilio, teléfonos y mail, registrado ante la AFIP como Iva Responsable Inscripto, emitido a favor de Alberto Santoro con fecha 15/12/2010, y con un exhaustivo detalle de diferentes cheques, sus valores, vencimientos, cantidad de días y la tasa de interés, por lo que concluyó que Roberto Contino era un prestamista.

Debo aquí destacar que ante un conflicto de difícil solución como el que nos ocupa, debe realizarse primero, una labor interpretativa del contrato y, segundo valorar la conducta de las partes.

La primera debe desarrollarla el juez cuando a pesar de ser claros sus términos, no se concilian con la naturaleza del contrato o con la verdadera intención de las partes que aparece manifiesta y relacionando las cláusulas surgen dudas acerca del alcance particular de alguna o algunas de ellas, ya que en nuestro sistema interpretativo se recurre a la intención de los celebrantes, así el intérprete debe precisar el sentido de las convenciones de acuerdo a las intenciones o voluntad psicológica de los contratantes, aunque tal criterio subjetivo a veces no basta por sí solo para resolver las posibles controversias que pueda surgir de una relación contractual, por lo que debe tomar otras pautas para completar la tarea.

Respecto a lo segundo, la conducta de las partes como pauta de interpretación se encontraba contemplada en el art.218 inciso 4 del Código de Comercio (aplicable al caso por el momento en que sucedieron los hechos), que expresaba: “Los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato”. Sobre el particular se ha señalado que “se reconoce en la disposición un fundamento subjetivo puesto que los hechos de los contratantes son adoptados como pauta de indicación de la común intención” (conf. Ariza, Interpretación de los contratos, pág.134). Y en el vigente art.1065 inciso b) del Código Civil y Comercial de la Nación (aplicable al caso como valiosa guía hermenéutica), se toma como fuente de interpretación del contrato a “la conducta de las partes, incluso la posterior a su celebración”.

La sra. Jueza consideró que existía una desproporción entre los valores consignados en las escrituras cuestionadas y el real valor de los inmuebles transferidos, para lo cual comparó las tasaciones presentadas por la actora (fs. 08/09/10) de fecha marzo de 2014 con los importes indicados en las escrituras y tuvo en cuenta el costo del

dólar como variable entre las fechas de las ventas y aquéllas. Determinó que al momento de las ventas las propiedades valían U\$S 245.000 y U\$S 80.000, siendo que el precio de venta del inmueble situado en Godoy Cruz equivalía a U\$S 49.000 y el de la calle Paso de Los Andes, a U\$S 11.400 (\$ 46.000.-) y que a su vez Feroc S.A. vendió éste a Matías Contino en la suma de U\$S 11.363 (\$ 45.000.-) un año después, a un menor valor que el que pagó, lo cual consideró que no encontraba lógica en las leyes de mercado, a lo que se suma que no probó la parte demandada de dónde provino el dinero ni se acreditó que la sra. Villanueva lo recibiera, por ejemplo con una transferencia bancaria. El contrato, claramente, no es conmutativo.

La situación de penuria que limita o anula la libertad que provocaron las amenazas, fue considerada por la jueza mediante el análisis de la prueba pericial psicológica agregada a fs. 393, a la que otorgó altísimo valor probatorio y de la que resultó el “temor fundado” requerido para configurar el vicio invocado un elemento tan íntimo y subjetivo, que sólo puede ser revelado a través de métodos de exploración y evaluación psicológica como los practicados. La pericia fue impugnada por la demandada (fs. 402) aduciendo parcialidad, y falta de idoneidad de las técnicas utilizadas, mas la perito confirmó su dictamen (fs. 420).

La apelante se queja porque la sentenciante consideró a la actora como una persona vulnerable, que quedó en estado de indefensión por dicha ponderación y además sostiene que la sra. Villanueva es una mujer propietaria de una productora de seguros y que cuando es entrevistada por la perito psicóloga ésta informa que es una persona lúcida, orientada, de inteligencia dentro de los parámetros de normalidad y que su atención o memoria se encuentran conservadas.

Se considera a la vulnerabilidad social como la desprotección de un grupo cuando enfrenta daños potenciales a su salud, amenazas a la satisfacción de sus necesidades y violación a sus derechos por no contar con recursos personales, sociales y legales (Salgado de Snyder VN, González Vázquez T, Bojorquez Chapela L, Infante Xibille C. “Vulnerabilidad social, salud y migración México-Estados Unidos”. Salud Pública Méx. 2007;49).

“Las personas en riesgo de exclusión social, las que tienen una mayor falta de autonomía y, por tanto, un mayor grado de dependencia, suelen ser las más vulnerables y más expuestas a abusos y posibles malos tratos tanto físicos como psicológicos. Entre ellas, de las más indefensas y con más factores de riesgo, se encuentran las personas mayores...” (Francisco Vanó Ferré, en la obra colectiva “Personas mayores vulnerables: maltrato y abuso”. Directores: Carlos Ganzenmüller y Carmen Sánchez Carazo. Coordinación Rocío Pérez-Puig González. Consejo General del Poder Judicial. Centro de documentación oficial. Madrid, 2009, pág.9). Es por ello que los adultos mayores por sus condiciones biológicas y sociales se consideran individuos vulnerables socialmente, al vivir en situaciones de riesgo determinadas por la carencia de recursos

personales, económicos, del entorno familiar, comunitarios y de acceso a las políticas de protección del Estado.

El hecho de que la actora tuviera una edad de casi 80 años al momento de los acontecimientos la incluye en dicho grupo social, como la subsumió la sra. Jueza, independientemente que trabajara antes como titular de una productora de seguros, que por lo que se acreditó en autos, la misma estaba a cargo de su hijo. El reproche no puede ser atendido y no se advierte cuál es el estado de indefensión del apelante al considerarse esta circunstancia. Además, siendo que la protección de los ancianos se desglosa de los Tratados Internacionales, que disponen sobre los derechos de las personas de mayor edad, como por ej., el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos del Humanos y el art. 17 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales suscripto el 17/11/1988, que consagra el derecho a la protección especial durante su ancianidad, es deber de los jueces aplicar esta normativa de oficio, sin necesidad de hacer ningún anuncio previo como lo pretende el apelante. (Ver al respecto interesante artículo de la Dra. Aída Kemelmajer publicado en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N°1, pp. 37 - 68 [2006] “Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿Hacia un derecho de la ancianidad?”).

Por ello coincido con el resultado arribado en la sentencia en crisis, aunque disiento de la juzgadora de grado en cuanto consideró que también había vicio de simulación, encuadre que observo inadecuado, puesto que si bien el caso analizado en autos se emparenta con ese vicio del acto jurídico, los hechos descriptos no encajan en dicha figura jurídica, lo que resulta del texto del art. 955 del C.Civil y del cual se extrae que para haya simulación los declarantes se pusieron de acuerdo para crear la apariencia de un acto o contrato, diverso al querido por ellos y, como señala Bueres, se requiere para la configuración de este vicio de tres elementos : declaración consciente entre la voluntad interna y la declarada, acuerdo de partes que le sirve de causa y el propósito de engañar, ya sea inocuo o con el perjuicio de terceros o de la ley. (Bueres, Alberto y Highton, Elena “ Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial” T3A, Hamurabi, pág. 624).

Frente a la protesta referida a que la actora demandó la nulidad de la escritura por falsedad y la jueza declaró la de los actos jurídicos que ella contenía, cabe aquí destacar también que existe una diferencia entre “acto instrumental” y “acto instrumentado”, lo que implica que cuando estamos ante una escritura pública, debemos distinguir “continente” y “contenido”, pues en ella hay un acto fruto de la voluntad de las partes (acto instrumentado), que para expresarla recurren al notario que lo dota de una forma (acto instrumental) (conf. MOISSET DE ESPANÉS, Luis y MÁRQUEZ, José Fernando “Nulidad de escrituras públicas. Responsabilidad del escribano”, en *Revista Notarial* 2008/02 - n° 90, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, pág. 19 y ss).

A su vez, en caso como el de autos, estamos en presencia de actos jurídicos anulables y además debe distinguirse primero entre la nulidad del instrumento público y la nulidad del acto jurídico contenido en dicho instrumento, y ello en razón de que la nulidad del instrumento público no perjudica la eficacia del acto que no lo requiera como condición esencial, y a su vez, la nulidad del acto jurídico puede o no acarrear la invalidez del instrumento en que está otorgado. Es decir, ambos supuestos deben ser examinados independientemente.

Si se declara la nulidad de un acto jurídico por tener acreditado un vicio de la voluntad o bien configurarse independiente o coetáneamente un vicio del acto cuya instrumentación en escritura pública es exigida por la ley, dicha declaración acarreará la del instrumento en forma indefectible, pues la falta de eficacia del acto viciado impondrá la invalidación de su continente formal. (art. 1045 CC).

Llambías sostenía que la nulidad es la sanción legal que priva a un acto de sus efectos propios por causa de un vicio existente al tiempo de su celebración (Llambías, Jorge J., Tratado de Derecho Civil -Parte General, 4ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1970, t. II, n. 1083). Cabe distinguir en esta definición tres notas características de las nulidades: ser establecidas por la ley; privar de sus efectos normales al acto y la causa de la sanción es contemporánea con la celebración del acto, no puede sobrevenir; el vicio debe ser congénito. Estas notas coinciden también con la nulidad del documento notarial.

Por eso, la diferencia de la normativa aplicable que hace la Sra. jueza entre el pedido de la petición de falsedad de la escritura pública y la declaración de nulidad de los actos, se encuentra dentro de sus facultades, y en modo alguno implica un trato desigual para con las partes del proceso, sobre todo por aplicación del principio *iura novit curia* al que ya referí.

Ha declarado la nulidad de los actos jurídicos pasados por las escrituras impugnadas ante la notaria Alejandra Mónica Vizcaíno, puesto que las escrituras no son falsas en sus condiciones esenciales, pero si son falsas las ideas que en ellas se quieren afirmar como verdaderas, resultando instrumentos auténticos en sus formas pero falsos en su contenido.

Así, la triangulación que se evidencia en el primer negocio de compraventa donde compra Feroc S.A., de la cual Roberto Contino es su presidente, sociedad cuyo legajo administrativo está agregado a autos, en la cual Roberto Contino aparece como socio a partir de febrero de 2008 y que durante cuatro años no ha declarado movimiento alguno (hasta abril 2012), ni consta que se autorice la referida compra a favor de la misma, fecha en la cual se producen los hechos, ésta transfiere luego a Matías Contino, hijo de aquél, quien a su vez constituye el derecho de usufructo a favor de su padre de la primer propiedad y también de la segunda, todo el mismo día; la falta de tradición de los inmuebles; el inequívoco comportamiento del vendedor que permitió que durante cinco

años la actora y su hijo y familia siguieran habitando “gratuitamente” aquéllos, constituye todo un decisivo parámetro interpretativo para dilucidar la cuestión litigiosa y tener por nulos los actos jurídicos cuestionados (arts. 936, 937, 941, 954, 1045, 1046, 1048, 1058, 1059, 1197, 1198 primer párrafo, 2807, 2813, 2819, 2820 y ccs. del Cód. Civ.; arts.90 incisos 3 y 4, 141 inc. IV y 199 ccs. del Cód. Proc. Civil, Comercial y Tributario de Mendoza).

La consecuencia natural que provoca la declaración de nulidad de un acto jurídico es volver las cosas a su estado anterior y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido (art. 1050 Código Civil y 390 CCyC) y así corresponde declararlo.

Por estas consideraciones propongo rechazar el recurso de apelación de Matías Contino.

En consecuencia, si mi voto es compartido, deberá modificarse parcialmente la sentencia de primera instancia con los alcances analizados y, asimismo, la declaración de los efectos de la nulidad de los actos jurídicos y de las escrituras públicas, conforme lo expresado.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, las Dras. Carla Zanichelli y Beatriz Moureu, adhieren por su mérito al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, LA DRA. PATRICIA CANELA, DIJO:

Conforme el resultado de la cuestión precedente, respecto de la causa las costas deben imponerse a la actora por lo que se hace lugar al recurso de la escribana Alejandra Mónica Vizcaíno y a los demandados, Matías Contino y Feroc S.A. en lo que resultan vencidos (arts. 35 y 36 del CPCCyT).

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, las Dras. Carla Zanichelli y Beatriz Moureu adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Mendoza, 24 de agosto de 2020

Y VISTOS:

El resultado del acuerdo precedente, el Tribunal;

RESUELVE:

I.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la escribana Alejandra Mónica Vizcaíno y en consecuencia, modificar la sentencia de primera instancia la que quedará redactada, de acuerdo a lo expresado en los considerandos, de la siguiente manera: “ *I.- Hacer lugar a la demanda presentada por la Sra. Edith María Villanueva contra el sr. Matías Contino y FEROC S.A. y en consecuencia, declárase la nulidad de los actos jurídicos pasados por las escrituras n° 68 fs. 151 del 10/08/2008 , n° 31 fs. 61 del 20/05/2010 y n° 74 fs. 208 del 28/10/2010 autorizadas por la notaria Alejandra Mónica Vizcaíno, con los alcances previstos en los arts. 1052 y concs. del Código Civil, debiendo inscribirse los inmuebles consignados en dichos instrumentos a nombre de la actora. A tal efecto, firme la presente, ofíciase a la Dirección de Registros Públicos y Archivo Judicial de la provincia para su toma de razón. II.- Rechazar la demanda interpuesta contra la escribana Alejandra Mónica Vizcaíno. III.- Imponer las costas a los demandados Matías Contino y Fero S.A. por lo que prospera la demanda y a la actora por lo que se rechaza la demanda. (art. 35 y 36 CPCCyT). IV.- Diferir la regulación de honorarios profesionales hasta tanto existan elementos que permitan su determinación”.*

II.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el sr. Matías Contino.

III.- Declarar desierto el recurso de apelación de Fero S.A. .

IV.- Imponer las costas de alzada a Matías Contino y Fero S.A. en lo que resultan vencidos y a la actora en lo que prospera el recurso de la escribana Alejandra Mónica Vizcaíno. (arts. 35 y 36 del C.P.C.).

V.- Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se practiquen en primera instancia.

NOTIFÍQUESE, REGÍSTRESE Y BAJEN.

Dra. Patricia B. CANELA
Juez de Cámara

Dra. Beatriz MOUREU
Juez de Cámara

Dra. Carla ZANICHELLI
Juez de Cámara