

SIMULACIÓN

Amplitud de la prueba cuando la acción es planteada por terceros. Vínculo de parentesco entre el transmitente del derecho y el beneficiario. Indicio suministrado por la capacidad patrimonial del adquirente. Nulidad del acto simulado.

Mellado Muñoz, Carlos Segundo y otros c/Transportes y Servicios Los Andes S.A. y otros s/Acción de Simulación - Cámara de Apelaciones Cutral Có -

“MELLADO MUÑOZ, CARLOS SEGUNDO Y OTROS C/ TRANSPORTES Y SERVICIOS LOS ANDES S.A. Y OTRO S/ ACCIÓN DE SIMULACIÓN”

En la ciudad de Cutral-Có, Departamento Confluencia, Provincia del Neuquén, a los seis (6) días del mes de mayo del año dos mil diez, se reúnen en el Salón de Acuerdos de la Excma. Cámara en Todos los Fueros de la Ilda. Circunscripción Judicial, los señores Vocales Dres. Dardo Walter Troncoso y Pablo G. Furlotti, con la presencia del Secretario actuante Dr. Gastón Federico Rosenfeld, para conocer del recurso de apelación interpuesto en estos autos caratulados: " MELLADO MUÑOZ, CARLOS SEGUNDO Y OTROS C/ TRANSPORTES Y SERVICIOS LOS ANDES S.A. Y OTRO S/ ACCIÓN DE SIMULACIÓN" (Expte. Nro.: 480, Folio: 75, Año 2.009), del Registro de la Secretaría Civil de este Tribunal, venidos del Juzgado de Primera Instancia Nro. 1, Civil, Comercial, Especial de Concursos y Quiebras, Familia y de Minería de esta Ciudad.

De acuerdo al orden de votos sorteado el Dr. Dardo Walter Troncoso, dijo:

I.- Respecto de la sentencia de fojas 295/305 que rechaza la demanda interpuesta por los actores contra la sociedad Transportes y Servicios Los Andes S.A. y el Sr. Oscar Alejandro Zuloaga; el Dr. Roberto Mariano Robledo, en su carácter de apoderado de los actores, interpone recurso de apelación a fojas 310.

Habiéndose puesto a disposición del recurrente los autos por el término de ley, a fs. 320/324vta. expresa agravios el apelante.

II.- Comienza sosteniendo que la crítica razonada y concreta del fallo que ataca se vincula con la arbitrariedad que el mismo adolece, por incurrir en una errónea valoración de la prueba y prescindencia de circunstancias indubitadas vinculantes, obstando a toda pretensión de validez jurídica del fallo que recurre.-

Expresa y entiende que la legislación y jurisprudencia citada por la A-quo es la aplicable al caso, más advierte que la misma ha sido incorrectamente valorada.

Con relación a la causa simulandi entiende que la sentenciante, luego de definirla, la analiza equivocadamente en tanto se advierte un desprecio por la prueba conducente existente en autos y que fuera del rigor que se exige, de donde resulta sobradamente demostrado que en autos es manifiesta la presencia de la motivación que ha movilizado a los demandados a una

compraventa tan poco habitual y sospechosa como la denunciada.

Agrega que conforme surge de los autos nro.: 320/96, se desprende la intención de los accionados de sustraerse a la obligación condenatoria que resulta de la sentencia laboral, disminuyendo la actividad de la empresa, escondiendo los camiones -cuestión que surge de las diligencias trucas de la martillera designada en oportunidad de intentar secuestrarlos-, para en la primera oportunidad y de la noche a la mañana, transferir sorpresivamente el grupo completo de los vehículos que constituían su único patrimonio embargable para los actores, máxime cuanto ciertamente y a la postre la empresa jamás fue reactivada, haciéndola desaparecer progresivamente tal como surge de la pericial contable practicada en autos.

Sostiene que la Magistrada de grado ha valorado imprudentemente la sustitución del bien a embargo, justamente porque lo que ello demuestra es la necesidad de la empresa por disponerlos para adquirir nuevos camiones ahora a nombre de terceros ajenos de todo vínculo cercando, por haber quedado obsoletos para continuar con la tarea de transporte, es decir, los camiones jamás dejaron de ser utilizados por la sociedad demandada para su actividad principal, y por lo tanto la transferencia registral a nombre del Sr. Zuloaga fue una compraventa simulada, todo esto con el fin de eximirse del deber de cumplimiento de la sentencia laboral firme, en tanto la única allí condenada fue la sociedad.

De ello surge claro y probado que hubo intención de evadir la ejecución de sentencia siendo la vía el insolventar a la sociedad rápidamente en sus bienes registrales y a partir de allí hacerla caer en una crisis progresiva, disminuyendo sistemáticamente su actividad, por cuanto, impuesta la condena laboral, el primer acto de enajenación fue el aparente y súbito realizado a favor del codemandado Zuloaga respecto de la flota de camiones objeto de esta litis.

También se agravia en cuanto estima errónea la valoración que la A-quo realiza de la prueba y constancias de autos al procurar el efecto jurídico del vínculo de parentesco estrecho que contundentemente se presenta en autos, y que inevitablemente la Juez identifica como algo abstracto para el caso, siendo inexplicable tal desprecio, en tanto reconoce que si bien es un indicio importante, no es, dice, por sí solo suficiente.

Con ello la sentenciante reconoce que el mismo se presenta en autos, pero lo desestima por ser el único indicio, lo que a la luz del agravio que anteriormente expresara, queda evidente que no es así, sumándose esta relación estrecha, no casual ni menor a la causa simulandi que estima acreditada, por lo que el parentesco acreditado en autos -hermano de la socio gerente, ex socio y socio fundador de la sociedad-, merece ser analizado en ese contexto.

De tal manera, el vínculo deja de ser un dato menor para ser protagonista de una operación que lo tiene como factor determinante por la confianza que conlleva de cara al objeto que se persigue, dando solidez a las bases si se quiere presuntivas de lo que será junto con otras consideraciones la construcción del firme convencimiento de que la sentencia dictada no logra escapar a la arbitrariedad en sus conclusiones, habiéndose valorado erróneamente la prueba, lo que impone que sea revocada.

Sobre la base de esa importancia, la atención del juzgador debió estar enfocada en la relación de las personas físicas intervinientes, en tanto no puede escindirse una circunstancia como esa en una causa de simulación, es decir, en la transferencia registral que justamente simula la confianza y certeza de que lo único modificado es el dato registral, pues la alegada transferencia es justamente simulada con el objetivo de remover los bienes del patrimonio de la sociedad condenada en el expediente laboral.

También se agravia en cuanto la A-quo equivocadamente valoró la aparente situación patrimonial de Zuloaga como solvente ya que primeramente debió advertir como dato relevante

la identidad de las partes en la operación comercial accionaria, en donde nuevamente ambos hermanos Zuloaga en una operación onerosa se traspasan activos de la sociedad comercial demandada.

Tacha de incoherente el tener por acreditada la fortuna personal del codemandado por suponer que recibió setenta mil pesos tres años antes de la operatoria simulada, y que tampoco ese dinero le daba solvencia lo extraordinariamente suficiente como para poder adquirir la flota de camiones de la empresa de la noche a la mañana por una suma que como mínimo la triplicaba, por lo que los datos valorados por la Juez de manera alguna soportan ni autorizan sus conclusiones y mucho menos se explica la falta de interrogantes en el decidido razonamiento de la sentenciante, que sin detenerse en advertir cuestiones evidentes, formaliza una constante fundamentación aparente de sus considerandos para llegar a un arbitrario rechazo de la demanda, lo que pide sea revocado.

Formula otras consideraciones relativas a los considerandos del fallo que se refieren a la posesión de la cosa vendida y al precio vil y concluye resaltando el menosprecio de la sentenciante por la realidad que ab initio debió sentar como acreditada en la cuestión traída a resolución, cayendo desde el comienzo en exigencias rituales manifiestas que no se condicen con las presunciones que debieron regir su razonamiento progresivo en la valoración de la prueba rendida.

Agrega que está probado desde un principio el interés del vendedor aparente por deshacerse de la propiedad jurídica, dando participación al personaje que cumple con los recaudos de confianza, es decir al hermano de la socia de la sociedad, codemandado en autos y aparente comprador, consignando un precio de mercado para dar credibilidad al acto y logrando así, dar a la flota de camiones el refugio registral más prometedor para evitar los efectos ejecutivos de la sentencia dictada en el expediente laboral.-

Cabe preguntarse entonces con qué objeto uno de los socios, con independencia de que sea socio a la fecha o días antes, adquiera a la sociedad anónima la totalidad de los únicos bienes registrales de la sociedad, cargando casualmente con una sentencia condenatoria laboral obtenida en la causa que se encuentra agregada por cuerda a este juicio y que ganaran sus empleados, por lo que no puede tenerse por válida una sentencia que minimiza con arbitrariedad manifiesta la contundencia demostrativa del derecho que persigue el objeto de la litis, cual es que la empresa demandada y su socio codemandado Zuloaga, realizaron una operación ilícitamente simulada en perjuicio de sus acreedores, insolventando la misma.

III.- Corrido el pertinente traslado, el mismo no merece respuesta de la contraparte.

IV.- Ingresando al tratamiento del recurso que interpone la parte actora, habré de expresar primeramente que, tal como lo he sostenido en reiteradas oportunidades (véase autos: "Hidrocarburos de Neuquén c/ Hidenesa Gas", entre otros antecedentes) no trataré todas las argumentaciones expuestas por el recurrente sino sólo aquellas susceptibles de incidir en la decisión final del pleito (conforme C.S., 13.11.86, in re: "Altamirano, Ramón c/ Comisión Nacional de Energía Atómica"; ídem, 12,2,87, in re: "Soñes, Raúl c/ Administración Nacional de Aduanas").

Con dicha salvedad, cabe señalar que enseña la doctrina que existe simulación cuando los contratantes crean, con su declaración, sólo la apariencia exterior de un contrato, del cual no quieren los efectos, o crean la apariencia exterior de un contrato diverso del querido por ellos (Galgano, "El Negocio Jurídico", 1.992, Pág. 334, citado por Alberto Bueres y Elena Highton, "Código Civil y Normas Complementarias - Análisis Doctrinario y Jurisprudencial", tomo 2b, Ed. Hammurabi, comentario al Art. 955 del Cód. Civil, Pág. 622 y siguiente), o sea, al decir de

Ferrara (" La simulación en los negocios jurídicos" , 1953, Pág. 56), es la declaración de un contenido de voluntad no real emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo.-

Desde la Jurisprudencia se ha dicho en este sentido que " La simulación constituye un engaño a terceros por la apariencia concertada, resultando una engañosa declaración y un vicio propio de los actos o negocios jurídicos, al dejar de lado la buena fe, identificada con la expresión de la verdad, conducta leal y exteriorización de lo querido. Negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, sea porque no existe en absoluto, sea porque es distinto de cómo aparece. En la forma extrínseca y la esencia íntima hay un contraste llamativo: el negocio que aparentemente es eficaz y serio, es mentiroso o ficticio o constituye una máscara para ocultar un negocio distinto" (CNCiv., sala F, 18.5.99, " Beleinsky de Bozzi, Elisa c/ Bellotti María", LL 2000-C-919, Rep. LL 2000-2344).

Ahora bien, promovida una pretensión procesal con el objeto de que se declare judicialmente la nulidad de un acto jurídico en razón de su carácter simulado (Arts. 955, 956, 958 y ccdtes. del Código Civil) existen diferencias en orden al criterio con que debe apreciarse la prueba según que quien la intente fuere uno de los otorgantes de ese acto jurídico o un tercero ajeno a quienes participaron en su formación.

En materia de simulación, por tratarse de actos que de ordinario se celebran con la mayor reserva, sigilosamente, inspirados en designios o intenciones que están en el fuero íntimo de quienes se concertan para crear la apariencia de un determinado negocio jurídico con el fin de encubrir otro, las dificultades que ofrece su demostración son poco menos que insuperables. De ahí que la prueba indirecta sea en esta materia uniformemente admitida por la jurisprudencia y la doctrina, como única posible para descender el velo con que se disimula el engaño (Claudia Durigón, " Juicio de Simulación", Ed. Juris, Pág. 109, con cita a CNCiv., Sala E, 24.8.77, ED. 75-533).

Así, jurisprudencialmente se ha dispuesto que " A los efectos de probar la simulación, dado que para los terceros es casi imposible su acreditación directa, inequívoca y excluyente, pues para perjudicarlos se rodea a aquella de todas las apariencias de realidad, la prueba indirecta es admisible. Así, mientras el juez debe ser riguroso en la apreciación de la prueba producida por las partes, no puede serlo respecto de terceros, en relación con los cuales, prácticamente, la única prueba que tienen a su disposición es la indirecta por vía de indicios y presunciones que operan sobre circunstancias que hacen inequívoca la simulación" (autos: " Mendoza Adriana del Pilar c/ Rivero Margarita Beatriz y otro s/ ordinario - simulación - fraude - nulidad - recurso de apelación" , Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, Sala 8va., 10-sep-2009, MJ-JU-M-50829-AR| MJJ50829| MJJ50829).

Cuando, como ocurre en el presente supuesto, la simulación es aducida por terceros la prueba no sufre restricciones; toda probanza es admisible para descubrir la falsedad del contrato, asumiendo al respecto las presunciones una importancia singular (conf. Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil Argentino-Parte General", t. II, p. 341; Llambias, Jorge J., ob. cit., t. II, p. 515; Mosset-Iturraspe, Jorge, "Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios", t. I, p. 262; CNCiv., Sala I, Expte. 97.136/90, del 13-7-98). No obstante ello es de advertir que esas pruebas deben tener la entidad suficiente para provocar la convicción judicial sobre la existencia de la simulación (conf. Borda, Guillermo A., ob. cit., t. II, p. 320. Llambias, Jorge J., ob. cit., t. II, p. 538; Ferrara, F. "La simulación en los negocios jurídicos", p. 351; Cámara, H. "La simulación de los actos jurídicos", p. 240; CNCiv., Sala "D", E.D.72-627), porque " si bien

el tercero que demanda la simulación de un acto, en el que no ha intervenido, puede valerse de toda clase de prueba para demostrarla, aún la de presunción, debe llevar al ánimo del juzgador el convencimiento pleno de la verdad de sus afirmaciones, pues de lo contrario la simulación no podrá decretarse" (CNCom- Sala B 16.8.79 ED 86-764).

Por ello, y en el marco que el agregado que la ley 17.711 introdujo al artículo 960 del Código civil en cuanto a los lineamientos bajo los cuales los jueces apreciarán la prueba en caso de simulación (Fassi, Santiago - Maurino, Alberto, " Código Procesal Civil y Comercial - Comentado, Anotado y concordado" , Ed. Astrea, Tomo 3, Pág. 444), la acreditación de la misma mediante presunciones que reúnan las características de ser graves, precisas y concordantes valoradas a la luz de la sana crítica, deviene procedente.-

Conforme lo expresado, y atento el contenido del libelo recursivo que se atiende, examinaré solamente algunas de dichas presunciones confrontándolas con los elementos probatorios que surgen del legajo, analizando, a la luz de la sana crítica (Art. 386 del Cód. Procesal) las que se estiman decisivas y dirimentes para la decisión del conflicto al que se refiere este proceso judicial.

El indicio de la causa simulandi: La causa simulandi es el interés que lleva a las partes a hacer un contrato simulado, el motivo que induce a dar apariencia a un negocio jurídico que no existe o presentarlo en forma distinta a la que corresponde, es la razón última que induce a las partes a dar apariencia a un acto jurídico que no existe, en el supuesto de la simulación absoluta o a presentarlo en forma distinta a la real en el caso de la simulación relativa.

Aún cuando no constituye un requisito sine qua non de procedencia de la acción, resulta un elemento revelador de significación en tanto contribuye a explicar la conducta simulatoria, sus motivaciones y el medio elegido para obtener el resultado final perseguido por las partes (CCiv. y Com. Paraná, Sala 2da., 7.6.83, " Colliard de Luqui A. c/ Márquez de Colliard M. s/ Ordinario", Zeus, tomo 33, J-18), no sólo es útil para explicar el acto: por sí misma constituye una presunción. La expuesta es una regla que apunta a la conveniencia de buscar como punto de partida el motivo de la simulación, para levantar luego sobre cimientos sólidos el edificio de la prueba. De tal modo, si la simulación tiene un motivo razonable y la pretendida ficción no es ilógica, o carente de sustento, el juez debe abocarse al estudio de la prueba (CNcom., Sala B, 22.12.95, " Perfumería Las Rosas s/ Quiebra c/ Perfumería Las Rosas S.A y otro", LL 1996-1-1200, Rep. LL 1996-2244).

El análisis de los elementos probatorios que obran en estos actuados, me permiten concluir que la verdadera intención del señor Zuloaga y de la sociedad codemandada ha sido sustraer del patrimonio de esta última los camiones dominio WEM 953, AQO 418 y SSI 906, con el objeto de evitar la traba de medidas cautelares y posterior realización de los mismos para hacer frente a las indemnizaciones laborales que judicialmente fueron determinadas en los autos caratulados: " Mellado Muñoz, Carlos Segundo y otros c/ Transportes y Servicios Los Andes S.A. s/ despido y Cobro de Haberes" (Expte. nro.: 320, folio 41, año 1.996) y los demás legajos judiciales a él acumulados.

En primer lugar, y contrariamente a lo que sostienen las demandadas a fojas 75 y 80/82 no es cierto que el Sr. Zuloaga desconociera la existencia del conflicto laboral entre la sociedad demandada y sus choferes, pues ha sido él mismo en su carácter de Presidente quien el 23 de julio de 1.996 promovió actuaciones por ante la Subsecretaría de Trabajo de la Provincia en el expediente 2205-3-0251-96 con el objeto de que " se lo autorice a despedir cuatro operarios, todos ellos choferes" , tal como surge de la presentación que en copia debidamente certificada luce a fojas 258. En más, fue él mismo quien preavisó en representación de la empresa a los

trabajadores de la finalización de la relación laboral, tal como surge por ejemplo de la carta documento de fecha 31 de julio de 1.996 que obra agregada a fojas 20 y de las demás constancias obrantes a fojas 291 a 364 del expediente laboral nro.: 320/96.

Obviamente, las gestiones iniciadas en sede administrativa por ambos codemandados que persistieron en su actitud de pretender un pronunciamiento de la autoridad de trabajo que les permitiera el pago de una indemnización reducida a los trabajadores fracasaron, pues según surge de fojas 365 el apoderado legal de los mismos desistió de continuar con la vía administrativa expresando haber iniciado un reclamo indemnizatorio en sede judicial, el que efectivamente interpuso el día 9 de octubre de 1.996 (fojas 41 del expediente nro. 320/96). En los autos referidos, se dictó sentencia el 5 de febrero de 2.001 (fojas 1221/1234).

Independientemente del resultado del recurso de apelación que contra la misma interpusiera la demandada (fojas 1237/1239) -luego confirmada por la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Zapala a fojas 1253/1255, el 17 de agosto de 2001- los actores promovieron la formación del incidente de embargo preventivo el 28 de febrero de 2001 (fojas 1303), denunciando a embargo como bienes de propiedad de la demandada los camiones dominios WEM 953, AQO 418 y SSI 906, librándose el correspondiente oficio el día 28 de marzo de 2001 (fojas 1334) que fuera retirado y diligenciado por el abogado de los actores el 6 de abril de 2001 (fojas 1335 a 1345), informando el respectivo Registro de la Propiedad Automotor con fecha 18 de abril de 2001 que " no se procedió a tomar razón de la medida ordenada por haberse inscripto transferencia de dominio prioritaria" (ver fojas 1345 vta.).

Por su parte, de las constancias obrantes a fojas 219 y 230 de las presentes actuaciones, los vehículos dominio AQO 418 y SSI 906 fueron transferidos el 18 de abril de 2001 y el dominio WEM 953 el día 17 de abril de 2001 produciéndose la transferencia en todos los casos de Transportes y Servicios los Andes S.A. a favor de Oscar Zuloaga.

De lo expuesto, concluyo que ambos codemandados tenían completo y acabado conocimiento, no sólo de la índole sino también del monto del reclamo laboral del que era sujeto pasivo la sociedad anónima, demorando sucesivamente el cumplimiento de su obligación, primero en sede administrativa y luego en sede judicial, demora que halló su límite con el dictado de sentencia judicial y que luego, la promoción del incidente de embargo preventivo contra los camiones de su propiedad desencadenó la transferencia de la propiedad de los mismos ante la inminente traba de medidas cautelares sobre ellos por parte de los aquí actores (ex trabajadores), sugestivamente las tres en forma simultanea, a sabiendas, repito, de la existencia de esas medidas cautelares cuya concreción se estaba tramitando.

El indicio del vínculo de parentesco con la Presidente de la sociedad y trascendente relación societaria con la codemandada: En casos como el presente, resulta de importancia para inferir la existencia del acto simulado (aunque por supuesto, no de manera única y exclusiva) la intensidad de la vinculación afectiva o de cualquier otra índole entre las partes que celebran el negocio simulado.

Así, se ha dispuesto doctrinariamente que " El vínculo de parentesco o la amistad entre el aparente transmitente de derechos y el beneficiario de los mismos, como así también a quien se ofrece para otorgar al negocio una fachada de seriedad, suelen ser indicios importantes para descubrir la simulación, pues la gravedad que reviste el acto cuando perjudica a terceros, exige gran confianza recíproca entre los partícipes" (CNCiv., Sala A, 15-9-89, "García Manuel suc. c/Ortiz Emilio y otro", LLL 1999-F-154, Rep. LL 1999-2429, en el mismo sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala J, 29 de mayo de 2007, autos: " J S. P. C. y otros c/ P. D. A. y otros s/ simulación", MJJ12247).

Conforme surge del informe del Registro Público de Comercio obrante a fojas 130 a 159 y de la pericial contable de fojas 284/284 el señor Oscar Zuloaga, a partir de la fecha de creación de la sociedad anónima Transportes y Servicios Los Andes, es decir a partir del 30 de noviembre de 1.988 ha sido socio fundador (fojas 144/149), accionista (fs. 130), integrante del Consejo de Vigilancia de la sociedad al que luego renunció (fojas 139), apoderado especial (ver fojas 330, del expediente nro. 320/96), Director y Presidente de la Sociedad (ver el poder general judicial otorgado el 11 de julio de 1995 obrante a fojas 50 del citado expediente laboral), por lo que es indudable que, hasta el momento en que celebró el instrumento de fojas 79 de estos autos, mediante el cual cedió las acciones de su propiedad en la sociedad, el demandado tuvo una extensa, amplia y estrecha relación societaria con la codemandada, inclusive llegando a regir los destinos de la misma a la época en que se inician los conflictos con los aquí actores (véanse fojas 291 a 294 y sobre todo 333 del expediente nro 320/96).

Ahora bien, conforme surge del instrumento de fojas 79 de este expediente -de dudosa oponibilidad a los actores por no hallarse inscripto en el Registro Público de Comercio, artículo 12 de la Ley 19550-, Zuloaga cedió a María Amelia Zuloaga las 360 acciones clase " A" , las 17.640 acciones clase " B" , que le correspondían en propiedad de la sociedad demandada a cambio de la suma de \$ 70.000.- Esto ocurrió el 27 de abril de 1998, cuando Mellado y los otros actores de este juicio ya habían iniciado el expediente laboral (9 de octubre de 1.996), pasando la cesionaria a transformarse en Presidente de Transportes y Servicios Los Andes S.A., según se puede advertir del poder general para juicios que se extendiera a favor de los Dres. Moraña y Dassano obrante a fojas 76/78 de estos actuados.

Si bien no puede predicarse con certeza que ambos señores Zuloaga sean hermanos, cierto es que además del apellido común, ambos han llevado a cabo en conjunto acciones en representación de la sociedad (ver, nuevamente fojas 333 del expediente laboral, cuando el 15 de agosto de 1.996 concurrieron juntos a una audiencia en pleno conflicto laboral celebrada en la Subsecretaría de Trabajo con el representante del Sindicato de Choferes, situación nada fácil), sociedad que es " de tipo familiar" , tal como el propio Sr. Zuloaga lo admitiera al absolver la primera posición de fojas 179.

Resalto además, que la relación entre ambos Zuloaga no se limitó a la fría celebración del contrato de cesión de acciones y su desvinculación total de la sociedad sino que Oscar Zuloaga mantuvo una actitud solidaria y de apoyo hacia su pariente y la empresa, y en esto aporta datos interesantes la propia sociedad demandada en su responde de fojas 80/82vta., ya que " por diferencias en los criterios empresarios, el socio Oscar Alejandro Zuloaga resolvió vender su parte accionaria a María Amelia Zuloaga... Zuloaga resolvió trabajar en forma independiente de Transportes y Servicios Los Andes S.A. cuestión que por supuesto le demandó tiempo. La ruptura no fue traumática ya que las razones que la motivaron fueron exclusivamente de tipo empresario y por distintos criterios respecto de la organización de las tareas y la forma de llevar adelante los negocios. De hecho... siguió colaborando con la empresa durante un tiempo más luego de aquella concreción de venta de acciones...".

Considero entonces, a la luz de la sana crítica que los estrechos vínculos familiares y societarios (que además se entrecruzan) entre ambos señores Zuloaga y la Sociedad demandada, constituyen un indicio más para sostener que la venta de los camiones cuya validez se discute en autos, ha sido un acto simulado.

También, puede concurrir a la demostración de la existencia de simulación el indicio de capacidad patrimonial en el adquirente, pues en los casos de transferencia de bienes la imposibilidad patrimonial del comprador es un hecho revelador de la insinceridad del acto (en

igual sentido CNCiv., Sala A, 15.9.98, autos: " García Manuel Suc. c/Ortiz Emilio N. y otro" , LL 1999-F-154).

Sin perjuicio de lo que más adelante expresaré en cuanto a la actividad probatoria que cabe requerir a cada una de las partes en juicios de laya como el presente, el análisis del material probatorio en este aspecto revela que como consecuencia de la venta de las acciones a su pariente, el Sr. Zuloaga percibió en el mes de abril de 1998 la suma de setenta mil pesos (\$ 70.000.-), importe por el que otorgó a través de ese instrumento " eficaz recibo y carta de pago" , tal como surge del instrumento acompañado por la sociedad al contestar la demanda de este juicio y al que más arriba me refiriera.

También se encuentra probado que entre el 17 y 18 de abril de 2001 (tres años después de percibido el precio de la cesión de acciones), el demandado adquirió -no consta a que precio ni en qué términos económicos- un camión Mercedes Benz Modelo LS 1938 año 1.992 dominio WEM 953, un camión marca Mercedes Benz modelo BM 1633 año 1995 dominio AQO 418 y un camión Mercedes Benz modelo 1620 año 1994 dominio SSI 906 (ver fojas 219, 226 y 230, contestaciones del Registro de la Propiedad Automotor) que son aquellos de los que se predica la simulación en este juicio, pero además también surge que en la misma fecha adquirió un camión Fiat 619N1 año 1992 dominio WJV 644 (ver fojas 214) y un camión Mercedes Benz modelo 1935 año 1992 dominio WEM 952 (ver fojas 222). Cinco (5) camiones, todos de propiedad de Transportes y Servicios Los Andes S.A. transferidos a Zuloaga simultáneamente en dos días.

A fojas 196 la firma Emebesur concesionaria de la marca Mercedes Benz en la zona, cotiza a los camiones en estos términos: Fiat 619 N1 dominio WJV644: \$ 55.000.-, Mercedes Benz 1935 dominio WEM 952: \$ 75.000.-, Mercedes Benz 1620 dominio SSI 906: \$ 60.000.-, Mercedes Benz 1938 dominio WEM 953: \$ 80.000.-, y Mercedes Benz 1633 dominio AQO 418: \$ 80.000.-, total: \$ 235.000.-, cotización que no fue impugnada.- Mucho dinero para una sola compra.

A fojas 199 la firma Armando del Río, también especializada en la venta de camiones hace lo propio: camión Fiat N1 modelo 1992: \$ 28.000.-, camión Mercedes Benz 1935 modelo 1992: \$ 40.000.-, camión Mercedes Benz 1620 modelo 1994: \$ 36.000.-, camión Mercedes Benz 1938 modelo 1992: \$ 40.000.-, y camión Mercedes Benz 1633 modelo 1995: \$ 45.000.-, total \$ 189.000.-, también es mucho dinero para una sola compra, y la cotización tampoco fue impugnada.

En este contexto probatorio, debo manifestar que no coincido con el mérito de la prueba que hace la señora Juez A-quo sobre el punto para terminar concluyendo que el Sr. Zuloaga contara con solvencia económica suficiente para afrontar el pago de dichos vehículos pues en el mejor de los casos sus recursos económicos provenientes de la cesión de las acciones societarias alcanzaban a un tercio o a mitad del valor de los camiones, por lo que también valoraré este indicio como coadyuvante a la prueba del acto simulado.

Como lo anticipara anteriormente, debo remarcar que la sentenciante ha omitido el análisis de otro indicio, que, como los anteriores, considerado individualmente arrojaría un resultado no demasiado importante, más, su ponderación en conjunto con los anteriormente analizados, coadyuva a establecer de manera inequívoca la existencia del acto simulado y es el indicio de la actitud de la demandada frente a la actividad probatoria que le es exigible en términos procesales.

Se ha sostenido jurisprudencialmente en este sentido que: " A su vez, se ha entendido que si bien rige en plenitud el principio de la carga probatoria establecido en el artículo 377 del Código

Procesal, ello no obsta a imponer también a los demandados el deber moral de aportar los elementos conducentes a demostrar su inocencia y los hechos por ellos invocados, tratando de convencer de la honestidad y seriedad del acto, colaborando al esclarecimiento de la verdad, sin que ello signifique exonerar de aquella carga a quien corresponda (conf. Yáñez Álvarez, César D., "Prueba por terceros en la simulación de actos jurídicos", en J.A. 8-1970,503; Acuña Anzorena, Arturo, "La carga de la prueba en materia de simulación", L.L. 73-514; esta Sala, Expte. 97.136/90 del 13-7-98)" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil, Sala M, 12 de marzo de 2008, autos: " Sáenz Valiente Alejandro Marcelo y otros c/ Sucesión de Helena Zimmermann de Sáenz Valiente y otros s/ simulación" , MJJ21476) y que: " Cabe señalar que el demandado por simulación tiene la obligación moral, y en cierto aspecto legal, de aportar al juicio el mayor número de pruebas para acreditar la realidad del acto impugnado -cosa que el demandado no ha realizado en el presente caso, dada la orfandad probatoria-, sin que ello implique propiciar una total inversión de la carga de la prueba. De esta forma, quien alega la simulación debe mostrar ese hecho constitutivo, pero de ninguna manera se lo puede obligar a la probanza de un hecho negativo" (autos: "Incorvaia Jorge Alberto c/Protolongo Hugo Gerardo s/ simulación", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, 24-abr-2009, MJ-JU-M-44070-AR| MJJ44070| MJJ44070).

Del análisis de las presentes actuaciones surge que la sociedad codemandada únicamente se limitó a acompañar como prueba instrumental el contrato de cesión de acciones (fs. 80/82), siendo que el Sr. Zuloaga en su escueta presentación de fojas 75 adhiere a los pocos términos con que Transportes y Servicios Los Andes S.A. contestó el traslado de la demanda que se le confiriera.

A su vez, tanto la Perito Contadora Marcela del Río a fojas 207 cuanto la otra profesional designada con el mismo cometido, CPN Marta Lucía Ruffiner a fojas 284 han informado la imposibilidad de cada una de ellas para poder tener acceso a los libros y registros contables de la sociedad demandada, como así tampoco haber tenido información alguna por parte del profesional Contador de la Empresa.

De esa manera, la codemandada frustró la labor profesional de las Peritos Contadoras al impedirles el acceso a la documentación contable que preveen los artículos 61, siguientes y concordantes de la Ley 19.550 cuya obligación de conservación le impone el artículo 67 del Código de Comercio por el término de diez años.

De haber sido ello así y atento a que del sistema contable cuya estructura y conformación la sociedad denunció por ante el Registro Público de Comercio (ver dictamen técnico del Contador Ordóñez obrante a fojas 158) resultaba posible la individualización de cada una de las operaciones comerciales y las correspondientes cuentas deudoras y acreedoras, con la individualización de la respectiva documentación que a su vez permite la verificación de la misma, produciendo un cuadro verídico de los negocios de la empresa y una justificación clara de todos y cada uno de sus actos susceptibles de registración, la misma hubiera permitido tener la certeza de los verdaderos alcances y términos de las compraventas de los vehículos cuya simulación se discute en autos.

De igual manera, y dado que Zuloaga, según sus propios dichos continuó por cuenta propia la actividad de transporte de cargas (fs. 81) y tratándose la misma de actos de comercio, susceptibles de ser registrados conforme la obligación que impone a todo comerciante el artículo 43, sus siguientes y concordantes del Código de Comercio, también se hallaba en condiciones de haber desplegado actividad probatoria con el objeto de acreditar su solvencia personal, los términos de la compraventa de camiones, el origen de los recursos, y cualquier

otra circunstancia que condujera a establecer la autenticidad y franqueza de los actos jurídicos cuestionados.

En este sentido se ha pronunciado que: " En el juicio de simulación reviste suma importancia la demostración o la falta de ella, de que quien aparece como adquirente cuente con los medios económicos necesarios para afrontar la operación. En este campo, sólo la demandada puede proporcionar verdadera prueba de la sinceridad de la operación, acreditando dónde se encontraban los fondos, o su origen, así como el movimiento (retiro) de ellos para proceder al pago que dice realizado; razón por lo cual, no habiendo cumplido tal carga, corresponde considerar demostrada la subfortuna de la adquirente" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, 16 de abril de 1999, autos: " S. de L., I. c. D. de E., C. s. simulación y Expte. 57.484/81 S., A. L. c. D. E., C. s/ simulación.", MJ-JU-E-11768-AR EDJ 11768, Microjuris) y que: "Debe inferirse el carácter simulado de una compraventa de acciones -en el caso, para encubrir una donación y frustrar derechos hereditarios- si existe relación de parentesco entre las partes, los compradores carecían de bienes para pagar el precio estipulado y exhibieron una conducta obstruccionista durante el pleito, uno de ellos declaró haber abandonado su parte antes de que se celebrara la operación, no se probó el ingreso de dicho importe al patrimonio del vendedor ni que éste tuviera necesidades de efectuar la venta" (CCiv. Com. y Contenciosoadministrativo, Ira. Nom., Río Cuarto 3.8.01, " Bergia de Báez Elida c/ Nihany José y otros", LLC 2002-676 Rep. LL 2002-1931).

Respecto a la naturaleza jurídica del acto simulatorio, adhiero a la postura que considera al mismo como nulo, criterio que sigue la mayoría de la doctrina nacional -Salvat, López Olaciregui, Mosset Iturraspe, Salas, Cifuentes, Borda, etc., pues como lo refiere Campagnucci de Caso (" El Negocio Jurídico" , 1.992, Pág. 332) lo dispuesto por los artículos 1044 y 1045 del Código Civil dan apoyo suficiente para argumentar la nulidad, se trate de simulación lícita o ilícita, pues la invalidez surgiría por la falsa causa o bien por la " falsa realidad de un acto en sus características objetivadoras".

En conclusión, y de compartirse las consideraciones expresadas, propondré al Acuerdo se haga lugar al recurso de apelación interpuesto y en consecuencia se revoque la sentencia recurrida acogiéndose la demanda en todas sus partes y en consecuencia declarando la nulidad de las compraventas celebradas entre Transportes y Servicios los Andes S.A. y el señor Oscar Alejandro Zuloaga (DNI 16.432.785) referidas a los siguientes rodados: 1) camión marca Mercedes Benz modelo LS 1938/46 año 1992 dominio WEM 953, 2) camión marca Mercedes Benz modelo BM 386 versión 1633 año 1995 dominio AQO 418 y 3) camión marca Mercedes Benz modelo L 1620/45 año 1994 dominio SSI 906 (Arts. 955, 956, 960, 1044, sgtes. y concordantes del Código Civil) con costas en ambas instancias a las demandadas vencidas (Art. 68 del Cód. Procesal).

A los efectos de la regulación de honorarios y teniendo en cuenta que jurisprudencialmente se ha resuelto que " si prospera la demanda por simulación el monto a efectos regulatorios está dado por los valores reales de los bienes que se trata de rescatar, pues ése y no otro es el objeto principal de la acción" (CNCiv., Sala D, 16.3.78, LL 1978-D-67) propongo se difiera la fijación de los estipendios profesionales para la etapa de ejecución de sentencia (Arts. 7, 9, 10, 11, 15, 24 Y cc. de la ley de aranceles).

Así voto.

Y el Dr. Pablo G. Furlotti, dijo:

I.- La parte actora en escrito de fs. 310 interpone recurso de apelación contra la sentencia

definitiva de fecha 23 de junio de 2.009 (fs. 295/305) que rechaza la acción de simulación intentada contra Transportes y Servicios los Andes S.A. y el Sr. Oscar Alejandro Zuloaga. A fs. 320/324 vta. la recurrente expresa agravios, los cuales no merecieron respuesta de la contraria, cuyos fundamentos fueron expuestos por el Vocal preopinante a los que me remito en honor a la brevedad.

II.- Ingresando al análisis de los agravios de la quejosa cabe señalar, conforme lo sostiene Ferrera, que " La simulación es la declaración de un contenido voluntad no real, emitido concientemente y de común acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo" (cfr. " La simulación de los negocios jurídicos" , p. 74, num. 2, 5ta. edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1931), existiendo por tanto una deslealtad de parte de los contratantes hacia los terceros, sobre todo respecto a los terceros interesados, a la sociedad misma, el presentar como verdadero lo que en el fondo es falso, en el todo o en alguno de sus elementos.

En definitiva el vicio de la simulación consiste en la ausencia de la buena fe en las partes del negocio jurídico, vicio éste que ocasiona la nulidad del acto jurídico, toda vez que el acto simulado resulta nulo (cfr. Art. 1044 del Código Civil) o anulable (cfr. Arts. 954 y 1045 del Código Civil), según que la simulación sea presumida por la ley, o por el contrario, sea necesario para establecer su existencia recurrir a su prueba (cfr. Borda, Guillermo A. " Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General", T. III, Pág. 354, Nro. 1244, 3ra edición, Ed Abeledo Perrot).

En principio la prueba de la simulación debe cargarse sobre quien demanda, es decir que al actor es a quien le toca acreditar los extremos en que basa su pretensión, contando para ello, en el supuesto de la acción de simulación ejercida por un tercero ajeno al acto jurídico simulado que le es perjudicial, con el principio de libertad probatoria debido a que la ley le permite el empleo de todos los medios de prueba a su alcance, sin restricciones de ninguna clase.- Ello así en atención a que se trata de probar hechos ocultos, psíquicos y generalmente ilícitos, toda vez que las partes, al dar vida al acuerdo simulatorio han debido poner atención en no dejar rastros de la ficción que creaban y si redactaron un contradocumento éste no estará al alcance de los terceros, pues de lo contrario, no podrían cumplir el fin de engaño (cfr. Mosset Iturraspe, Jorge, " Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios" , t. 1, Pág. 240 y ss, núm 59, Ed. Ediar).

La doctrina y jurisprudencia nacional con fundamento en la " difficilioris probationes" no exige para la declaración de simulación del acto jurídico -en supuesto como el presente- una prueba irrefutable de ella, admitiendo toda clase de pruebas indirectas, esto es, de indicios más o menos ciertos que den base a presunciones de la existencia de la simulación.

En tal sentido se ha expresado " Para el tercero ajeno al acto jurídico reputado como simulado no rige, a su respecto, la regla del Art. 959 del Código Civil, pudiendo en consecuencia valerse de todo medio de prueba a fin de acreditar la simulación" (CNCiv., Sala A, ED 84-588); "Cuando la simulación es invocada por los terceros, para demostrar su existencia pueden acudir a todos los medios legales de prueba, jugando un papel principal las presunciones, si por su gravedad y concordancia contribuyen a probarla.- Y el juez debe analizar las producidas en forma conjunta, pues hechos que aislados no acreditan circunstancia alguna, ligados y vinculados con otros adquieren valor probatorio y hacen desaparecer la duda creando, de este modo, una fuerte presunción de simulación.- Pero el juez debe ponderarlas con rigorismo." (CNCiv., Sala F, noviembre 28-991, -Antico, Luis c/ Tejero, J.C. y otros- DJ 1992-1, 1204).- "

Cuando la acción de simulación es iniciada por los acreedores puede ser probada hasta por presunciones, pues lógicamente, tratándose de un acto que se quiere ocultar se borran los rastros que él puede dejar, desvaneciendo todo elemento probatorio; en materias como ésta, el criterio judicial tiene una más amplia libertad, pues si se requiere una prueba directa se llegaría al extremo de que en muy pocos supuestos se podría constatar la verdadera finalidad tenida en cuenta por las partes contratantes, siendo necesario, entonces, dejar libre el juicio del juez para que aprecie, según las reglas del sano criterio los datos, antecedentes y presunciones peculiares de cada caso, y sobre los cuales no podría trazarse una regla general" (CNMdelPlata, 1ra, 29-3-88, LL 1988-D, 26); " La prueba de presunciones en este tipo de juicios tiene singular importancia y decisividad, porque naturalmente los terceros ajenos al acto se hallan en la imposibilidad de tener pruebas directas de la simulación" (CCRos. II, 30-10-87, J 81-141).

Dentro del marco conceptual enunciado no cabe sino confirmar las conclusiones a la que arriba el Vocal preopinante en el voto que antecede, las cuales comparto, en punto a que con la plataforma probatoria producida -cuya valoración fuera efectuada por el Dr. Troncoso y a la cual adhiero por compartirla- se encuentran reunidas presunciones graves, precisas y concordantes que permiten inferir que el negocio de compraventa entre los codemandados fue simulado.

En virtud de ello es que propicio el acogimiento del recurso de apelación interpuesto por la parte actora y consecuentemente la revocación de la sentencia apelada en todo aquello que ha sido materia de agravio.- Las costas de ambas instancias deberán ser impuesta a los demandados vencidos (cfr. Art. 68 del C.P.C. y C.), difiriéndose la regulación de honorarios para el momento de encontrarse cumplimentados los recaudos establecidos por el artículo 24 de la Ley de aranceles.

Mi voto.

Por ello, encontrándose vacante la Vocalía nº 1 de este Cuerpo, de conformidad a las disposiciones del Art. 45 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esta Cámara en Todos los Fueros RESUELVE:

I.- Revocar, en cuanto ha sido motivo de agravios para la parte actora, la sentencia dictada a fs. 295/305, de fecha 23 de junio de 2.009 y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda incoada contra la empresa Transportes y Servicio Los Andes S.A. y el Sr. Oscar Alejandro Zuloaga, declarando como acto simulado y por ende nulo, la compraventa referida a los rodados camión marca Mercedes Benz, modelo LS 1938/46, año 1992, dominio WEM 953; camión marca Mercedes Benz, modelo BM 386 versión 1633, año 1995, dominio AQO 418; y camión marca Mercedes Benz, modelo L 1620/45, año 1994, dominio SSI 906, todo ello conforme lo considerado.

II.- Imponer las costas de ambas instancias a cargo de los codemandados vencidos (Art. 68 del CPCyC), difiriéndose la regulación de honorarios para la oportunidad procesal correspondiente (Arts. 279 del CPCyC y 6, 7, 9, 10, 15, 24, 37, 38 y cc. de la Ley 1.594).

III.- Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan las actuaciones al Juzgado de origen.