

Juicio: Kanonikoff, M.E. c. Auad, V.
s/ Nulidad de título y cancelación de
inscripción

Ac. y Sent. N° 140

25/08/2004

Asunción, agosto 25 de 2004.

1ª ¿Es nula la sentencia apelada?

2ª ¿En caso negativo, esta ajustada a derecho?

1ª cuestión.— El doctor Paredes Bordón dijo:

Establecidas las posiciones de las partes, adentrémonos en el estudio del caso traído a consideración del Tribunal. Así tenemos en autos que la Sra. M.E. Kanonikoff, demanda a V. Auad, solicitando la nulidad por simulada de la escritura de compra venta de inmueble, formalizada entre las partes en fecha 14 de octubre de 1989, por medio de la Escritura Pública N° 226 pasada por ante la Escribana Pública Dora Imaz de Aguilera Reg. N° 160, respecto del inmueble individualizado como Finca N° 10.770 del Distrito de la Recoleta, inscrita en la Dirección General de Registros Públicos bajo el N° 3 al folio 3 y sigtes. del año 1990. Como fundamento de su pretensión, señala que el inmueble de referencia, fue adquirido por su padre para la misma, y posteriormente utilizado por ella y su marido como garantía real, para la concreción de préstamos que necesitaban para la continuidad de la actividad comercial naviera que desarrollan. Explica que debido a la inminencia del remate de dicha propiedad en una ejecución hipotecaria que le había promovido la Financiera Paratodo, se vio obligada a recurrir a un prestamista particular, para saldar la diferencia de la liquidación judicial del aquel préstamo, así como los honorarios de la Abogada de la Financiera, Abog. G. A., habiendo contactado con el hoy demandado, por medio de avisos que se publica en el diario ABC Color, acompaña recorte periodístico al respecto. Que al momento de celebrar la operación y estando ya en presencia de la abogada de referencia, el prestamista le manifestó que era mejor suscribir un contrato de compraventa de inmueble, que sería una simulación ya que la venta era ficticia, antes que una hipoteca, porque esta última lleva más tiempo y es más onerosa, su propiedad quedaría garantizada por medio de carta oferta de venta que en forma exclusiva y con un contrato de alquiler del inmueble, donde se establecería los montos de los intereses.

Que ante la necesidad en que se encontraba, la misma suscribió la escritura, y luego recibió las cartas ofertas, primero a nombre de un primo suyo de nombre B. Arriola, cuyo ejemplar fuera roto por el demandado, para canjearlo a nombre de un tal A. Parra, quien resultó ser socio del demandado, y por último a nombre de la hija de la actora, de nombre T. Kanonikoff, siendo la primera carta dirigida a ésta, en el año 1991, fs. 27 de autos, cuando la misma era aún menor, 13 años.

En síntesis, según la actora, el trato era, contratar un mutuo, a cambio simular la transferencia del inmueble a favor del prestamista, el cual como equivalente a un pacto de retroventa entregaría cartas ofertas sobre el mismo inmueble y los intereses se representarían en contratos de alquiler, suscritos entre el titular aparente, hoy demandado y el cónyuge de la actora. Sin embargo, transcurrido 12 años, la demanda se promovió en el año 2001, la deuda original de Gs. 5.000.000, se transformó en Gs. 385.000.000, según el monto de la última carta oferta de fecha 25 de agosto de 1999, fs. 20 de autos.

Para demostrar sus afirmaciones, la actora acompaña diversas instrumentales que acreditan la titularidad anterior del inmueble a su nombre, las operaciones de crédito efectuadas, donde el inmueble fue utilizado como garantía, las cartas ofertas dirigidas por el demandado, recibos de pagos de dinero, suscritos por el demandado, y una liquidación de cifras, que señala son de puño y letra del demandado, a fs. 41 de autos.

Al contestar la demanda, el accionado, negó haber otorgado préstamo alguno a la actora, señaló que la operación de compra era real y no simulada, negó la existencia de pacto de retroventa, admitió haber emitido cartas ofertas de venta del inmueble a varias personas, negó que haya percibido intereses disfrazados como alquileres, negó también que las liquidaciones presentadas por la actora correspondan a un crédito de su parte. Señaló que su parte ha promovido un juicio de desalojo en contra del esposo de la actora, hecho maliciosamente ocultado por la demandante, evidencia que el inmueble en cuestión, Finca 10770 del Distrito de Recoleta, es propiedad de V. Auad. En dicho juicio, señala que se ha ordenado el desalojo, el cual se cumplió, habiendo M. Fleitas, entregado el inmueble, y luego la actora, violando la sentencia judicial, volvió a ingresar al inmueble.

Como medio general de defensa, opuso la excepción de prescripción, basado en la disposición del art. 663 inc.a del Código Civil, ya que la demandante en más de diez años no ha contradicho lo expuesto en la escritura pública de transferencia, por lo que, en el supuesto que existiera derecho para cuestionar la escritura, ella ha prescripto.

Desde la óptica estrictamente legal, la simulación puede ser lícita o ilícita, de acuerdo a los términos del art. 305 del CC. Esta ilicitud, puede ser a su vez ostensible o no, según surja claramente del acto mismo, o se descubra a partir de la conducta posterior de una o ambas partes del acto. En el primer caso, es un acto nulo, cuya impugnación no prescribe. En el segundo caso, el acto es anulable, se requiere la comprobación de la conducta posterior, y que la misma sea ilícita en sentido civil, es decir que cause un perjuicio o vaya en contra de lo ordenado por la ley, mientras tanto, el acto mantiene su validez, pudiendo quedar confirmado por el transcurso del tiempo.

La simulación, a su vez puede ser absoluta o relativa. Por la primera, en realidad no existe acto disimulado, es un solo acto totalmente ficticio, como cuando se vende y en realidad no se vende, ni se oculta ningún otro acto, en el segundo, existen dos actos, uno aparente, ostensible, y otro disimulado u oculto, se vende en apariencia pero en realidad, se dona o se entrega el bien en garantía.

El tiempo requerido para que el acto anulable, quede confirmado, no es otro que el plazo de prescripción que fija la ley para su impugnación. El caso de simulación, ya sea absoluta o

relativa, está previsto en el art. 663 inc.g del CC, que fija el plazo de dos años, para ejercerla, señalándose el inicio del cómputo de dicho plazo de manera diferente, en relación a quien intenta la impugnación, si son terceros o si son las partes.

En el caso, se trata de una acción intentada por una de las partes del acto, es aplicable entonces la última parte del citado artículo, que señala como acontecimiento que indica el comienzo del plazo para que opere la prescripción, aquél en el que el titular aparente, intente desconocer la simulación.

De acuerdo a lo expuesto y probado en autos, que el demandado la última vez que dirigió una carta oferta a la hija de la actora, fue en el mes de agosto de 1999, con validez hasta el 25 de octubre de 1999, al no renovarse esa carta, como en las anteriores ocasiones, ver fs. 20 al 27, es correcto interpretar que a partir de dicha fecha, 25 de octubre de 1999, el actor empezó a desconocer lo simulado de la venta establecida en el año 1989, y el cómputo debe contarse a partir de esa fecha. Ya que no existe constancia de cuándo se promovió el juicio de desalojo realizado por el hoy demandado, que sería en realidad el acto más concreto de desconocimiento de la simulación.

En cuanto a la *carta oferta* de fs. 28, dirigida a un tercero, A. Parra, la actora señaló al promover la demanda, y lo acreditó posteriormente, conforme a la escritura obrante a fs. 19 y sgtes., del cuaderno de pruebas de la parte actora, que dicha persona, era *socio comercial del demandado*, y que la carta le fue entregada a ella, a la actora, y solo se hizo a nombre de aquel tercero.

El demandado, no desvirtuó esta circunstancia, ni siquiera intentó hacerlo, solo dijo que no tenía idea de cómo la misma llegó a poder de la actora. Dicho instrumento, no ha sido denunciado, no consta en autos, como perdido o sustraído, de modo que la afirmación de la actora, respaldada por la prueba ya citada, hace que dicha carta oferta, no pueda considerarse como un desconocimiento de la simulación.

Si se cuenta, entonces como fecha del inicio del plazo de la prescripción, el 25 de octubre de 1999, se tiene que a la fecha de notificación de iniciación de la presente demanda, 14 de febrero de 2001, el plazo para la prescripción, de dos años, no había transcurrido, y quedó interrumpido por dicha notificación. El primer punto de la sentencia, que rechaza la excepción de prescripción, debe ser confirmado.

Entrando, en la materia de fondo, en los casos de impugnación de actos jurídicos por simulación, *inter partes*, la prueba ideal obviamente es el contra documento, pero el mismo no siempre existe, por lo que ley autoriza la prueba por otros medios, cuando ello nos conduzca a la demostración de la existencia de ilicitud en la simulación. Una ilicitud civil lo constituye sin dudas, el hecho que el titular aparente, de acuerdo al acto simulado, pretenda desconocer esa calidad, y arrogarse la del titular real, en perjuicio de la otra parte, despojándola de su propiedad por esta vía, lo que constituye, sin dudas un enriquecimiento ilícito, inmorales y por ello mismo reprobado por la ley. Igualmente se reputa ilícito, cuando el acto contraría una norma jurídica.

Cabe resaltar que esta clase de ilicitud, es bien guardada por parte del autor, en relación a la otra parte del acto, solo surge o se descubre en el momento de la violación del pacto de confianza entre ambos, por consiguiente es usual que quien ya tiene en miras desconocer en un futuro la existencia de la simulación, busque no dejar evidencia o procure en lo posible ocultar los rastros que indiquen lo ficticio del acto realizado.

Es por ello, que la ley, ha establecido, aparte del hecho que es el apartamiento de lo pactado lo que inicia el plazo de prescripción, que en estos casos, se admitirá toda clase de pruebas, art. 310 del CCP., ya para la demostración de la simulación, en la ausencia de contra documento, son las presunciones las que indicarán al Juzgador, la existencia o inexistencia de la simulación.

En ese sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia de nuestros Tribunales, sostienen que los siguientes hechos inducen la presunción de la existencia de la simulación: a) el parentesco o la amistad íntima entre los simulantes; b) el precio vil en los casos que se simulen transferencias; c) el hecho de que en la escritura se haga constar que el vendedor recibió el precio antes del acto; d) el excesivo formalismo en la concreción del negocio; e) la incapacidad económica del comprador; f) la venta en bloque de la totalidad de los bienes por parte del que simula vender; g) la falta de tradición de la cosa vendida, esto es en realidad, la falta de ejecución material del negocio; h) el comportamiento de las partes, antes, durante y después del contrato, así como la conducta procesal, en caso de que se llegue al litigio judicial.

La enumeración es enunciativa, es decir, no es necesario que se den todas las circunstancias citadas para presumir la simulación del acto, bastando la presencia de algunas cualesquiera de ellas, o bien de otras, que lleven al convencimiento del juzgador de que el acto en realidad no refleja la realidad de las relaciones entre las partes.

Cotejados los presupuestos citados, con las constancias de autos, tenemos en cuanto al precio de venta. El *precio vil*, no se refiere solo a que el precio que aparece en el acto simulado no sea la suma realmente pagada, sino que el mismo sea una cantidad no acorde con el valor del objeto, generalmente una suma menor.

En ese sentido, y en relación a este caso en particular, se tiene que las partes están de acuerdo que la suma que la hoy actora, M.E. Kanonikoff, recibió del ahora demandado, V. Auad, era de Gs. 5.000.000. Están también contestes que dicha suma fue utilizada para el pago del saldo del préstamo a Financiera Paratodo, y los honorarios de la Abog. G. A., presente durante el acto, y que suscribió igualmente la escritura de referencia. En lo que difieren es el concepto de la suma. La actora dice que fue un préstamo, el demandado que fue el pago por la compra del inmueble. La actora señala que el valor del inmueble era superior, y que no tiene sentido la venta a un precio menor, siendo que estaban salvando el inmueble de una ejecución hipotecaria de la Financiera Paratodo, de mayor cantidad. El propio abogado del demandado, manifiesta ante este Tribunal, a fs. 183; "*si los señores M. Fleitas y M.E. Kanonikoff, se vieron en la necesidad de vender un inmueble de su propiedad, por un precio relativamente inferior al del mercado, es en razón de las dificultades financieras ocasionadas por los malos manejos de sus negocios*" (sic),

reconociendo entonces que el precio que aparece en la escritura, si bien es la suma entregada a la actora, no refleja el valor real del inmueble.

Si observamos que el inmueble con anterioridad a la venta a Auad, fue sucesivamente hipotecado por sumas similares a la que aparece como precio de venta, lo cual surge no solo de los documentos arrimados por la actora acompañando su demanda, sino también del informe de la Dirección de Registros Públicos de fs. 72 del cuaderno de pruebas de la actora, es razonable concluir que su valor es mayor a la cantidad de Gs. 5.000.000, porque el sentido y la experiencia común, nos indica que los préstamos nunca son sobre el ciento por ciento del valor del bien dado en garantía.

Además, las cartas ofertas, otorgadas por el demandado, todas ellas son de un valor por lo menos del doble de dicha cifra, fs. 20/28.

La frase transcripta anteriormente, extraída de la expresión de agravios del apelante, señala también que la expresión contenida en la escritura de que la vendedora no actuaba en estado de necesidad, aunque esté formulada en un instrumento público, no pasó de ser prácticamente una fórmula ritual impresa por la notaria actuante, porque la actora y el demandado, admitieron que el precio no refleja el valor del inmueble, sino el valor de la suma recibida por la hoy actora para evitar el remate de la misma propiedad. De modo que aun cuando M.E. Kanonikoff, recibiera efectivamente dicha suma, en préstamo según la misma, en pago de la venta según el demandado, esa cantidad, 5.000.000 de Gs., es un precio vil, porque no refleja el valor del inmueble objeto de la litis.

Otra presunción reconocida como indicio de simulación, es que el escribano no presencia el pago, sino que se exprese que el mismo se hizo con anterioridad, tal como aparece en la escritura cuya nulidad se solicita.

Otro aspecto a tener en cuenta es la **tradición** de la cosa, es decir que el vendedor entre en posesión del objeto vendido. La posesión se define como el poder físico que se tiene sobre el objeto. En el caso de los inmuebles, la posesión significa, residir o estar en el inmueble, posesión inmediata.

Ciertamente, existe también la posesión mediata, que es aquella que ejerce el propietario a través de otra persona, que en calidad de ocupante, ya como encargado o inquilino, ejerce la posesión en representación del propietario. Sin embargo ello requiere de un elemento interno y subjetivo de difícil demostración, esto es, que quien esté residiendo en el inmueble reconozca la calidad de propietario en quien figura en el registro dominial como tal.

Sin embargo cuando quien compra permite que el vendedor siga ocupando la propiedad, siga introduciendo mejoras y manifieste con actos físicos la no tradición del inmueble, es decir la no ejecución material del contrato, la sola existencia de los contratos de alquiler no es suficiente para acreditar una posesión mediata, sobre todo cuando, quien aparece como inquilino es quien controvierte dicha condición.

De las declaraciones testificales rendidas en autos, no surge que en alguna oportunidad el demandado haya concurrido al inmueble, ni tampoco que haya realizado mejoras en él. Todas ellas, las declaraciones, apuntan a la actora y su familia, como únicas personas que han habitado en dicho inmueble.

Con relación al juicio de desalojo y la supuesta ejecución de la orden de desahucio, expresada por el apelante, el mismo reconoció no puede probar dicha circunstancia, y a mi criterio, ese juicio no prueba por sí solo el acto posesorio, sino dadas las circunstancias en que se da, solo prueba el desconocimiento de la simulación.

La conducta posterior de las partes, es también indicativa de la naturaleza real de los actos jurídicos, así como una regla que rige en materia de interpretación contractual. Al igual que la doctrina de los actos propios, nos señalan cuál de las partes tiene una postura única, invariable y coherente con sus dichos y cuál de ellas, por el contrario adolece de contradicciones, en lo que expresa y hace.

En el caso, la actora ha manifestado que obtuvo un préstamo del demandado, y que debía hipotecar el bien inmueble en garantía de dicho préstamo, pero presionada por las circunstancias, firmó una escritura de compraventa y no una de hipoteca. El demandado, a su vez niega haber otorgado préstamo alguno a la actora. Entonces, es una interesante pregunta, sin respuesta por parte del demandado, de el por qué le expidió al marido de la actora, el recibo de fs. 19 de autos, expresando que recibía la suma de 5.000.000 de Gs., a cuenta de interés sobre préstamo, (sic). Este documento, al igual que las cartas ofertas fueron reconocidos por el demandado como firmados por él, y por aplicación de la regla del art. 404 del CC, ese reconocimiento se hace extensivo al contenido.

Tampoco, puede explicarse, sin aceptar la existencia del préstamo, la liquidación formulada de puño y letra por el demandado, a fs. 41, según el mismo también lo ha reconocido, corroborando lo dicho por la actora, en el escrito inicial de la demanda, al decir: "En fecha 14 de marzo de 1991, cuando volvimos a realizar otra amortización de Gs. 23.000.000 según el cálculo que de puño y letra lo hizo Auad, cuya copia acompaño, nuestra deuda ya había aumentado a Gs. 34.899.710. Allí redondeo la cifra a Gs. 11.900.000, cifra con la que inicia la primera *carta-oferta* de puño y letra a favor de nuestra hija." (sic fs. 105 vto.), a fs. 63 del cuaderno de pruebas de la parte actora, el demandado citado a reconocer el documento de fs. 41, dijo que solamente, reconoce como de su puño y letra las cifras, 34.899.710, 23.000.000 y 11.900.000, es decir, exactamente lo expuesto por la actora, que según se tiene transcrito, constituye la liquidación del saldo de préstamo, restándose lo entregado en esa fecha.

Por último y basándonos siempre en la doctrina de los actos propios, el demandado ha reconocido al absolver posiciones, fs. 62 del cuaderno de pruebas de la actora, que es parte de su actividad el otorgar préstamos con garantía hipotecaria, entonces por qué no habría de haber sido efectivamente un préstamo lo entregado a la actora, cuando está también probado, que el inmueble de referencia, fue utilizado siempre como instrumento de garantía en préstamos contraídos por M.E. Kanonikoff.

Quien alega un hecho, o una circunstancia debe probarla. La parte actora con las pruebas producidas a lo largo del presente juicio, ha probado largamente todas y cada una de las afirmaciones formuladas al iniciar la demanda, observándose además en la misma una conducta recta, lineal, sin dudas ni contradicciones, a lo largo del proceso.

La parte demandada, sin embargo, no contrarrestó las afirmaciones ni las pruebas de la actora, no ha explicado las contradicciones que surgen entre lo que el mismo afirma, y sus actos personales. Así dijo no haber otorgado préstamo alguno, sin embargo admite haber recibido dinero en concepto de interés sobre préstamo, y que también realizó operaciones que son propias de liquidaciones de deudas.

Es ilícita la simulación no solo cuando perjudica a un tercero, sino también cuando se hace para burlar la ley, pasando por encima de una prohibición expresa de la misma, en el caso, esta prohibición está dada en la disposición del art. 770 del CCP, prohibición del pacto de retroventa, por lo que el demandado debió buscar formas de evadir dicha prohibición.

En materia de simulación, la prueba indiciaria tiene una función muy importante, sobre cuando no existe la prueba directa, como sería el contra documento entre las partes. No obstante la ausencia de este instrumento, no significa que las partes no puedan probar la existencia de la simulación sobre todo la ilícita, por otros medios de pruebas, y es allí donde los indicios, que dan vida a la presunción adquieren su importancia.

Las características que deben reunir las presunciones, para que las mismas sean el fundamento de una decisión definitiva son entonces la gravedad de las mismas, ella consiste en tener tal grado de probabilidad que lleve al juzgado a la certeza; precisión, esto es que sean inequívocas, es decir que no den lugar a dudas ni admitan interpretaciones inciertas o ambiguas, y concordantes, cuando por su número, extensión y calidad, permitan un encadenamiento persuasivo y lógico, por su convergencia hacia el mismo objeto.

La presunción constituye un caso de inversión de la carga de la prueba, porque favorece a quien la invoca y pone a cargo de la otra parte la prueba de lo contrario. Pero para que surja la presunción es necesario que los indicios en que se basa, se hallen constatados por prueba directa, que incumbe a quien lo alega y a quien pretenda destruir la presunción, le corresponde acreditar la existencia de *contraindicios* o la demostración de que ella no reviste los caracteres de gravedad, precisión y concordancia requeridos.

En el caso de autos, luego del estudio de las pruebas documentales, confesoria, de reconocimiento y testimoniales presentadas y producidas por la actora, las cuales fueron graves, abundantes, inequívocas y precisas, entiendo que el a quo, ha valorado las constancias procesales correctamente al fundar su decisión plasmada en el segundo apartado de la S.D. N° 829, que también debe ser confirmado, por las razones de hecho y derecho expresadas precedentemente.

En consecuencia, voto por la afirmativa a la cuestión, debiendo confirmarse in totum la sentencia en alzada, con costas a la perdidosa, por aplicación de los Arts. 192 y 203 del CPC.

A su turno, el integrante del Tribunal por inhibición del doctor Báez Maiola manifestó estar de acuerdo en un todo con el voto del colega preopinante, quien con una redacción clara ha llegado a conclusiones que son el resultado de la valoración de las pruebas aportadas en autos que determinan y prueban las conductas relevantes de las partes, haciendo un examen completo de la sentencia apelada que es justa y lógica así como de las constancias del expediente, para llegar a la conclusión compartida por él, que existe evidentemente una simulación relativa en el contrato de compraventa celebrado entre M.E. Kanonikoff y V. Auad instrumentado en la Escritura Pública N° 226 de fecha 14 de octubre de 1989, pasada por ante la Escribana Pública Dora Imaz de Aguilera, respecto del inmueble individualizado como Finca N° 10.770 del Distrito de la Recoleta, siendo por lo tanto ineficaz ya que las partes pretendiendo modificar la situación de sus respectivos intereses celebraron un supuesto contrato de compraventa que debe ser declarado nulo y sin ningún valor, porque solamente aparenta celebrar un contrato para disimular el verdadero, que fue un contrato leonino de mutuo celebrado por una persona que se dedica profesionalmente a prestar dinero con garantía hipotecaria con otra que antes que perder su valiosa propiedad se sometió a celebrar un contrato simulado en lugar del efectivamente querido, cayendo en un engaño fraudulento del otro contratante, siendo el contrato anulable dentro del plazo legal establecido en nuestro Código Civil que es de dos años. Estoy convencido que en el caso de autos nos encontramos ante un contrato aparente que se corresponde con una causa falsa expresada en la escritura pública antes mencionada, afectando al contrato verdadero que se corresponde con la causa auténtica no expresada, y que debe ser considerado válido, por ser lícito. Voto en consecuencia de la misma forma que el preopinante y por sus mismos fundamentos a los que sumo los expresados precedentemente. Es mi voto.

A su turno, la doctora Zuccolillo Garay de Vouga manifiesta que se adhiere a los votos precedentes por sus mismos fundamentos.

Por el mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Segunda Sala, resuelve: declarar desierto el recurso de nulidad. Confirmar in totum la S.D. N° 829 de fecha 6 de octubre de 2003, costas a la perdidosa. — Raúl Gómez Frutos. —María Sol Zuccolillo Garay de Vouga. —Juan C. Paredes Bordón.