



Poder Judicial de la Nación

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

SALA D

En Buenos Aires, a 27 de septiembre de 2018, se reúnen los Señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa “Perea, Juan Antonio y otros c/ Sud Inversiones y Análisis S.A. y otros s/ ordinario”, registro n° 22.613/2010, procedente del JUZGADO N° 26 del fuero (SECRETARIA N° 51), en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Heredia, Vassallo, Garibotto.

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver:
¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, el Señor Juez de Cámara, doctor Heredia dijo:

1°) Mediante instrumento suscripto el 13/2/1998, el señor Gines Miguel Perea Romero tomó un “Préstamo” (tal el *nomen iuris* utilizado) en dólares estadounidenses que garantizó mediante un “Fideicomiso” sobre un inmueble propio, dando su conformidad con la constitución de tal garantía fiduciaria el acreedor de una hipoteca anteriormente constituida sobre el mismo bien por una deuda de Albayda S.A. (fs. 47/74).

Las características esenciales del negocio en su conjunto fueron las siguientes:

(a) Concurrieron como “prestamistas financieros” Banco Bansud S.A. y Banco Comafi S.A., pero el contrato quedó abierto a la ulterior adhesión de otros sujetos que también fueron identificados como tales (fs. 48/49).

(b) El préstamo se pactó por U\$S 13.469.926,71 o la suma menor que resultase de las posteriores adhesiones que recibiera de los otros eventuales



“prestamistas financieros” (fs. 53, cláusula 2ª y 56, cláusula 4ª, apartado c), y el señor Perea Romero se obligó a devolverlo, luego de un plazo de gracia de dieciocho (18) meses, dentro de los sesenta (60) siguientes a la fecha del contrato, con intereses de devengo mensual desde el día del desembolso hasta el total pago (fs. 54/56, cláusula 4ª, apartados b y d).

(c) El señor Perea Romero declaró que solicitaba la financiación “...a los fines de ingresar los fondos...a la firma Mediacon Equitis S.A. como aporte irrevocable a cuenta de emisión de capital, con el objeto de que dicha firma, pague por subrogación pasivos de la firma Albayda S.A. en los términos del contrato de capitalización suscripto entre el Sr. Perea y Mediacon Equities S.A...” (fs. 48/49).

(d) En garantía del pago de capital prestado, intereses y otros conceptos, el señor Gines Miguel Perea Romero constituyó un fideicomiso sobre un inmueble propio conocido como “Las Arboledas”, sito en el Partido de Pilar, Provincia de Buenos Aires (fs. 58, cláusula 6ª y fs. 59/60, cláusula 9ª), designándose como fiduciario a Sud Inversiones y Análisis S.A. (fs. 58, cláusula 6ª).

A su vez, fueron designados beneficiarios del fideicomiso los “prestamistas financieros” originarios y adherentes e igualmente Grobocopatel Hermanos S.A., en la doble condición de prestamista y acreedor hipotecario del inmueble (fs. 50 y 58, cláusula 6ª). Para el caso de enajenación del bien fideicomitado, se pactó un orden de imputación y prelación para la distribución del producto de la venta entre unos y otros (fs. 61, cláusula 10ª).

Se convino, de otro lado, que mientras perdurase la transferencia fiduciaria, quedaría el señor Perea Romero (fiduciante) como comodatario del inmueble (fs. 59, cláusula 8ª).

Asimismo, se determinaron “Supuestos Extraordinarios” referentes a la actuación contractual y solvencia del tomador-constituyente, cuya constatación implicaría la caducidad del préstamo y autorizaría la venta del inmueble fideicomitado por parte del martillero que designase el fiduciario (fs. 63/64, cláusulas 12ª y 13ª). Igualmente se acordó todo lo atinente a los derechos y obligaciones del fiduciario (fs. 65/72, cláusulas 15ª a 24ª).



(e) Adhirieron al contrato en la indicada calidad de “prestamistas financieros” las siguientes personas jurídicas: Banco Piano S.A. (fs. 78); Agmafin S.A. (fs. 79); Tutelar Compañía Financiera S.A. (fs. 80); Banco General de Negocios S.A. (fs. 82); Banco Quilmes S.A. (fs. 83); Cooperativa Afianzar de Vivienda, Crédito y Consumo Limitada (fs. 84); Videoline S.A. (fs. 85); Banco Privado de Inversiones S.A. (fs. 86); Cooperativa de Crédito, Consumo y Vivienda Financoop Limitada (fs. 87); Cooperativa de Crédito, Consumo y Vivienda Invercal Limitada (fs. 88); y Grobocotapel Hermanos S.A. (fs. 89).

No surge del instrumento respectivo la firma adherente de HSBC Banco Roberts S.A. (hoy HSBC Bank Argentina S.A.) pero, cabe aclararlo, su participación en el negocio ha sido admitida y comprobada en autos.

(f) Por separado se fijó el aporte correspondiente a cada uno de los “prestamistas financieros” y correlativa participación como beneficiarios del fideicomiso de garantía (fs. 57, cláusula 5ª y anexo de fs. 74).

(g) De otro costado, firmaron el acuerdo en la condición de fiduciario designado y acreedor hipotecario, respectivamente, Sud Inversiones y Análisis S.A. (fs. 90) y Grobocotapel Hermanos S.A. (fs. 89), empresa esta última que, además, consintió una espera para el pago de su crédito hipotecario durante toda la vigencia del fideicomiso (fs. 54, cláusula 3ª).

(h) El mismo día 13/2/1998 se otorgó por escritura pública la correspondiente transferencia del dominio fiduciario según lo previsto por la entonces vigente ley 24.441, a favor de Sud Inversiones y Análisis S.A. (fs. 92/98).

2º) El señor Gines Miguel Perea Romero falleció el 18/7/2000.

Más de un lustro después, el 6/9/2007 (fs. 177 vta.), su esposa (Felisa Elena Llano) y tres de sus seis hijos vivos (Juan Antonio, Álvaro Gines y Gines Gonzalo Perea) promovieron en calidad de herederos (fs. 9) la presente demanda “...a fin de que se decrete la inexistencia del contrato de préstamo y fideicomiso del 13 de febrero de 1998 y por lo tanto se decrete la nulidad de todos los actos derivados de este último y se ordene la reivindicación –de conformidad con los arts. 2758 y siguientes del Código Civil- del inmueble



denominado “Las Arboledas”..., con más daños y perjuicios ocasionados...” (fs. 126 vta./127).

Los demandantes enderezaron la acción contra todos los prestamistas financieros y/o beneficiarios del fideicomiso, así como respecto al fiduciario. Extendieron también la demanda contra la firma 60 Yards S.A.

Tras referir que el 15/5/2002 el fiduciario había hecho subastar en forma privada e irregularmente el inmueble fideicomitado siendo adquirido por 60 Yards S.A. (fs. 129), adujeron los actores que la declaración perseguida se justificaba porque: I) “...no existe constancia documental alguna que acredite que las prestatarias hayan entregado al Sr. Perea el préstamo al que hace referencia el contrato de fideicomiso...” (129 vta.), por lo que siendo el mutuo un contrato real que solamente se perfecciona con la entrega de la cosa, la falta de prueba de haberse entregado las sumas mencionadas en el instrumento del 13/2/1998 determinaba la inexistencia del contrato base (fs.130/132 vta.); y II) porque el precio vil por el que fue subastado el inmueble fideicomitado en garantía, hace presumir también la inexistencia del contrato referido, máxime cuando tal precio solamente alcanzó a cubrir lo adeudado a uno sólo de los prestamistas financieros y todos los beneficiarios consintieron esa situación perdidosa (fs. 133 y vta.).

Derivaron de lo anterior, a su vez, que siendo inexistente el mutuo, lo fue también la relación accesoria representada por el fideicomiso de garantía (fs. 132 vta.), ya que este último se otorgó en vista a una obligación futura que nacería cuando los fondos objeto del préstamo fueran efectivamente desembolsados (fs. 134). Y, por consecuencia de lo anterior, afirmaron nula la transferencia fiduciaria oportunamente hecha, así como la venta realizada por el fiduciario (fs. 135).

De seguido, para el caso de admisión de la declaración de inexistencia del mutuo y nulidad de los referidos actos subsiguientes, articularon los actores la acción reivindicatoria prevista por los arts. 2758, 2776 y concordantes del Código Civil de 1869, para que les sea devuelta la posesión del inmueble denominado “Las Arboledas” (fs. 135/137 y vta.). Sostuvieron sobre el particular que al no haber recibido el señor Gines Miguel Perea



Romero suma alguna en concepto de mutuo, la transmisión fiduciaria que hizo del mencionado inmueble debe entenderse incausada y gratuita, quedando viciado por ende todo lo actuado con posterioridad a dicha transmisión (fs. 138), particularmente la adquisición en subasta extrajudicial hecha por 60 Yards S.A. que, además, sostienen de mala fe (fs. 139 y vta.).

En subsidio de todo lo anterior, y para el caso de que se considere acreditada la falta de materialización del mutuo por ausencia de desembolso de fondos, dedujeron los actores la acción de reducción tendiente a proteger la legítima que les corresponde como herederos del señor Gines Miguel Perea Romero (fs. 141 vta./145), así como igualmente, para posibilitar el ejercicio de tal reducción, la acción de simulación del mutuo y del fideicomiso dado el carácter gratuito del negocio financiero enmascarado con ambos (fs. 145/148).

También incoaron los demandantes una acción de daños y perjuicios contra el fiduciario y los prestamistas financieros, por incumplimientos a reglas contractuales y reglamentaciones del Banco Central de la República Argentina que citan (fs. 148/172).

A fs. 239/249 los actores ampliaron su demanda solicitando la nulidad de la subasta llevada adelante de modo extrajudicial por el fiduciario Sud Inversiones y Análisis S.A.

3º) La mayoría de las personas jurídicas demandadas resistieron las pretensiones de los actores oponiendo excepciones y defensas de fondo (fs. 343/358; 362/384 bis; 389/396; 406/415; 503/527; 714/750; 1019/1052; 1113/1123; 1270/1341; 1349/1361; 1575/1598; 1605/1640; 1839/1846). En cambio, fueron declaradas en rebeldía Videoline S.A. y Cooperativa Afianzar de Vivienda, Crédito y Consumo Limitada (fs. 1824 y 1856).

Es de observar, de otro lado, que: I) la sucesión de Gines Miguel Perea Romero fue declarada en quiebra y que la sindicatura allí designada se presentó solicitando, para el caso de prosperar la presente demanda, que las sumas resultantes de la condena se transfiriesen al respectivo proceso universal (fs. 2644); II) en su carácter de cesionaria del crédito que Banco Bansud S.A. tenía contra el referido causante, fue citada como tercero First



Trust of New York National Association (fs. 2740/2749); y III) durante el trámite del *sub lite* falleció la coactora Felisa Elena Llano de Perea (fs. 2678).

4º) La sentencia de primera instancia resolvió en cuanto aquí interesa lo siguiente: I) rechazó la excepción de falta de legitimación activa que varios demandados y la entidad citada como tercero opusieron respecto de los actores (fs. 5066/5067); II) desestimó la pretensión de declaración de inexistencia del préstamo pues fue comprobado por peritaje contable que la mayoría de los prestamistas financieros lo contabilizaron en sus libros, y si bien la entrega de los fondos respectivos no pudo ser acreditada respecto de la totalidad de aquellos, correspondía interpretar igualmente como existente el contrato de que se trata pues: a) lo contrario no fue denunciado inmediatamente por las partes involucradas; b) así lo refirieron testigos; c) en vida el señor Gines Miguel Perea Romero procedió a protocolizar notarialmente el instrumento privado respectivo; d) la realidad del préstamo fue admitida por el señor Ginés Gonzalo Perea, uno de los actores en autos, en la causa “Perea Llano, Ginés Gonzalo c/ Banco Quilmes S.A. y otros s/ nulidad de acto jurídico”; e) el señor Álvaro Ginés Perea -otro de los demandantes-también reconoció la existencia del préstamo en el juicio sucesorio de su padre; f) otro similar reconocimiento hizo el letrado apoderado del mencionado Álvaro Ginés Perea en los autos “Sud Inversiones S.A. y Análisis S.A. c/ Perea Romero, Gines y otros s/ desalojo” (fs. 5068 vta. a fs. 5072 vta.); III) declaró prescripta la acción de nulidad articulada en subsidio de la de inexistencia (fs. 5072 vta./5074 vta.); IV) desestimó la acción de simulación intentada, toda vez que el préstamo fue real y existente, al par que debía entenderse prescripta por aplicación del art. 4030 del Código Civil (fs. 5074 vta./5075); V) rechazó la acción de reivindicación como consecuencia de todo lo anterior y la de reducción en la inteligencia de no haber existido acto a título gratuito alguno (fs. 5075/5076); VI) no hizo lugar a la nulidad de la subasta extrajudicial del inmueble fideicomitido teniendo en cuenta para ello, fundamentalmente, que en el referido juicio de desalojo el aquí actor Álvaro Ginés Perea había dado su expresa conformidad para que la fiduciaria dispusiera del referido bien raíz; que la señora Felisa Elena Llano de Perea guardó silencio cuando se le



comunicó la entrega del inmueble al fiduciario como consecuencia de la cesación del comodato; y que lo propio hicieron los coactores Juan Antonio y Ginés Gonzalo Perea (fs. 5076/5078); VII) rechazó el resarcimiento de daños y perjuicios por los motivos explicitados en fs. 5078/5081 y rehusó examinar el alegado incumplimiento de los demandados a reglamentaciones del Banco Central de la República Argentina, sin perjuicio del derecho de los actores de hacer los planteos que crean oportunos por la vía que corresponda (fs. 5081).

Todo lo expuesto condujo, en síntesis, al completo rechazo de la demanda y citación de tercero, con imposición de costas a los actores. La regulación de honorarios fue diferida hasta tanto se tuviera base cierta para posibilitarla (fs. 5081 y vta.; y aclaratorias de fs. 5086 y 5098).

5°) Contra la reseñada decisión apelaron los demandantes (fs. 5083 y 5099) y la sindicatura designada en la quiebra de la sucesión de Gines Miguel Perea Romero (fs. 5100 bis).

Los coactores Juan Antonio Perea y Álvaro Gines Perea, como herederos de Gines Miguel Perea Romero y a la vez representantes de la sucesión de Felisa Elena Llano de Perea, expresaron sus agravios mediante el escrito de fs. 5108/5149. De su lado, el coactor Ginés Gonzalo Perea Llano, mediante apoderada, hizo lo propio a fs. 5151/5163; y la sindicatura actuante en la quiebra de la sucesión de Gines Miguel Perea Romero, presentó el memorial de fs. 5165/5167.

Contestaron los agravios las siguientes personas jurídicas: Grobocopatel Hermanos S.A. (fs. 5170/5192 y 5200/5208); Tutelar Compañía Financiera S.A. (fs. 5194/5197); Scotiabank Quilmes S.A., en su carácter de continuadora de Banco Quilmes S.A. (fs. 5209/5219 y 5379/5388 y 5390/5394); Banco Piano S.A. y Banco Comafi S.A. (fs. 5223/5230 y 5397/5411); 60 Yards S.A. (fs. 5232/5234, 5335/5338 y 5340/5341); HSBC Bank Argentina S.A. (fs. 5243/5251, 5414/5421 y 5423/5425); las fusionadas Banco Macro S.A. y Banco Privado de Inversiones S.A. (fs. 5253/5268, 5333 y 5361/5377); Sud Inversiones y Análisis S.A. (fs. 5270/5284 y 5343/5359); y la Cooperativa de Crédito y Vivienda Financoop Ltd. (fs. 5287/5291).



El Ministerio Público Fiscal presentó el dictamen que luce a fs. 5466/5482. Por las razones que se expusieron en la providencia dictada a fs. 5484, se sustanció con los demandados el requerimiento contenido en el capítulo 7 del dictamen de la señora Fiscal ante la Cámara (fs. 5493/5500; 5506/5519, 5521/5522, 5525/5527, 5529/5533, 5536/5549, 5551/5559, 5562, 5565/5574, 5576/5586 y 5588/5590).

6°) Corresponde definir, ante todo, con la extensión necesaria para posibilitar el examen de los agravios, cuál es el derecho aplicable a las diferentes pretensiones contenidas en la demanda, habida cuenta el cambio legislativo que en el derecho privado produjo la sanción de la ley 26.994 aprobatoria del Código Civil y Comercial de la Nación, que derogó a partir del 1/8/2015 los Códigos Civil y de Comercio de 1869 y 1862, respectivamente, así como la ley 24.441 en la parte referente al régimen jurídico del fideicomiso.

En tal orden de ideas, lo atinente a la inexistencia y/o nulidad del negocio del 13/2/1998 que se reclama en el escrito inicial, debe ser examinado con sujeción a las normas en vigor en esa fecha pues ellas son las que fijaron las condiciones determinantes de la eficacia tanto del préstamo como del fideicomiso (conf. Fiore, Pasquale, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*, Revista de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1900, p. 347, n° 305; Roubier, Paul, *Le droit transitoire – Conflits des lois dans le temps*, Dalloz, 2008, p. 201, n° 44; Heredia, P., *El derecho transitorio en materia contractual*, RCCyC, año I, n° 1, julio 2015, p. 3, espec. p. 6, texto y nota n° 22; esta Sala D, 14/10/2017, “Kloster, Serafina Nélica c/ Cavallaro, Bruno Salvador y otros s/ ordinario”).

También es la ley vigente al tiempo de haber tenido lugar las responsabilidades civiles por daños cuya indemnización se reclama, la que rige sus presupuestos de admisión (conf. Galdós, J., *La responsabilidad civil y el derecho transitorio*, LL del 16/11/2015, cap. III, 2, a y b; Saux, E., *Ley aplicable al juzgamiento de la responsabilidad civil por hechos ilícitos acaecidos durante la vigencia del Código derogado*, LL 2015-F, p. 520; CNCom . Sala D, 12/5/2016, “Calderas y Tanques La Marina S.A. s/ quiebra”



s/ acción de responsabilidad por la sindicatura”, y sus citas; íd. Sala D, 7/6/2018, “Barbeito, Gabriel Fernando c/ Círculo de Inversores de Ahorro p/f Determinados S.A. y otro s/ ordinario”).

De su lado, la posesión del demandado que controvierte la acción reivindicatoria, en cuanto situación de hecho antes que de derecho, puede recibir la influencia de la ley nueva, según el principio del efecto inmediato previsto por el art. 7, primer párrafo, del Código Civil y Comercial de la Nación (conf. Roubier, P., p. 193, n° 42). Del mismo modo, igualmente recibe la influencia de la nueva ley el *ius possidendi*, es decir, el derecho de poseer que invocan quienes demandan la reivindicación (conf. Fiore, P., ob. cit., ps. 182/183, n° 161).

En fin, la validez o no de la subasta extrajudicial del inmueble fideicomitido, ha de examinarse con arreglo a la ley vigente en tal momento (art. 7, segundo párrafo, del Código Civil y Comercial de la Nación).

7°) La demanda de autos, en tanto pretende la declaración de inexistencia del negocio referido en el instrumento del 13/2/1998, fue construida con un particular y específico cimiento, cual es considerar que tal documento refirió al “mutuo” tipificado por el derecho privado anterior a la sanción de la ley 26.994, esto es, a un contrato “real” que no se perfeccionaba sino con la entrega efectiva de las cantidades en él referidas tal como lo imponía el art. 2242 del Código Civil, extremo este último que, según se invocó, por no haberse cumplido tornó inexistente el acto.

Una idéntica orientación interpretativa abrazó el dictamen del Ministerio Público Fiscal (capítulo 6, fs. 5473 vta.).

Es de observar que si la indicada pretensión hubiera de ser decidida con arreglo al Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por la ley 26.994, no tendría ella ninguna cabida pues tal cuerpo legal ha eliminado la categoría de los contratos reales y, en consecuencia, el mutuo lo mismo que el préstamo bancario, son necesariamente contratos consensuales (conf. Alterini, J., *Código Civil y Comercial Comentado – Análisis Exegético*, Buenos Aires, 2015, t. VII, ps. 150/151 y 518; Lorenzetti, R., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires – Santa Fe, 2015, t. VII, ps. 621/622;



Rivera, J. y Medina, G., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, 2014, t. IV, ps. 330 y 638).

Empero, como fue adelantado en el considerando anterior, lo atinente a la existencia y/o nulidad del “Contrato de Préstamo y Fideicomiso” del 13/2/1998 debe ser estudiado de acuerdo al derecho en vigor en tal fecha.

Ahora bien, en mi concepto, aun desde la perspectiva que brinda el derecho privado anterior a la sanción de la ley 26.994, el cimiento de la demanda consistente en estar en presencia de un contrato “real”, no es sólido y, en definitiva, tampoco aceptable.

Me explico.

(a) El instrumento de fs. 47/74 fue calificado por sus suscriptores como un “Contrato de Préstamo”, asumiendo el señor Gines Miguel Perea Romero la posición de “tomador” y las otras partes la de “prestamistas” (fs. 47).

Bien puede verse que las partes no hablaron de “mutuo”, ni ellas fueron respectivamente calificadas como mutuante o mutuarias. De hecho, palabras tales como mutuo, mutuario o mutuantes, no aparecen escritas en el instrumento ni una sola vez.

Entiendo, pues, que la elección de palabras tales como “préstamo”, “tomador” o “prestamistas” no fue indeliberada y ello debe tenerse en cuenta en la exégesis contractual (arg. art. 217 del Código de Comercio).

Es que, como ha sido advertido por la doctrina, no hay dificultad para aceptar que “préstamo” es el género y “mutuo” su especie; distinción que resulta importante para precisar los alcances del concepto de mutuo, ya que si bien este último es típicamente un contrato real, por el contrario los contratos de préstamo y, más ampliamente, los de crédito, deben entenderse como consensuales, en el sentido que desde su celebración una de las partes se obliga en un momento determinado a entregar al deudor o a un tercero que éste designe una cierta suma de dinero (conf. Bueres, A. y Highton, E., *Código Civil y normas complementarias – análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, 2003, t. 4-E, ps. 308 y 313), descripción esta última que, valga observarlo, fácticamente es idéntica a la que plantea el *sub examine*.



Así pues, la conclusión que resulta de una interpretación literal del contrato, no resulta favorable a la parte actora. Y cabe recordar, en tal sentido, que la primera fuente de interpretación contractual es, precisamente, la que deriva de la letra del negocio, porque, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando los términos o expresiones empleados en un contrato son claros y terminantes, sólo cabe limitarse a su aplicación, sin que resulte necesaria una labor hermenéutica adicional (conf. CSJN, 27/12/96, "Kerestegian de Mamprelian, Marietta c/ Kerestegian, Nazaret s/ escrituración", Fallos 319:3395; íd. 19/8/99, "Francisco Sguera SA. c/ Estado Nacional - Dirección Nacional de Transportes Marítimos y Fluviales s/ cumplimiento de contrato", Fallos 322:1546; íd. 6/3/01, "Punte, Roberto Antonio c/ Neuquén, Provincia del s/ cumplimiento de contrato", Fallos 324:606). Es que si las partes tienen el poder de hacer nacer mediante las palabras los efectos jurídicos que a ellas corresponden, porque el fin económico que se desprende de las palabras es precisamente el que el derecho ampara, el contenido de todo negocio jurídico -la obligación de efectuar una prestación determinada- necesariamente tendrá que depender del significado gramatical de las palabras empleadas (conf. Danz, E., *La interpretación de los negocios jurídicos*, Librería General de Victoriano Suarez, Madrid, 1926, p. 154; esta Sala D, 28/5/10, "SPF y Asociados S.A. c/ Banco Supervielle Societé Generale S.A. s/ ordinario"; íd. 27/12/2012, "LC Acción Producciones S.A. c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. (ARTEAR) s/ ordinario"; íd. 9/8/2012, "Full Motors S.A. c/ General Motors de Argentina S.R.L. s/ ordinario").

(b) Ahora bien, si por hipótesis se entendiera que, en realidad, las partes utilizaron las palabras "préstamo", "tomador" y "prestamistas" como sinónimos, respectivamente, de "mutuo", "mutuario" y "mutuantes", aprecio que tampoco sería sólido el cimiento sobre el cual los actores construyeron y apoyan su argumentación y reclamo.

Esto es así por lo siguiente.

Cuando se trata de un mutuo civil su carácter de contrato esencialmente real no puede ser discutido pues ello era lo que resultaba expresamente de lo



dispuesto por el art. 2242 del Código Civil de 1869, en coincidencia con su enumeración por el art. 1142.

Tampoco parece que cabía discusión acerca de su carácter de contrato real cuando se trataba de un mutuo comercial.

Así lo entendió la doctrina en forma amplia (conf. Rivarola, M., *Tratado de Derecho Comercial Argentino*, Buenos Aires, 1939, t. III, p. 165, n° 716; Fernández, R., *Código de Comercio de la República Argentina Comentado*, Buenos Aires, 1950, t. II, p. 589, anotación al art. 559; Castillo, R., *Curso de Derecho Comercial*, Buenos Aires, 1956, t. 2, p. 167, n° 275; Malagarriga, C., *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, Buenos Aires, 1958, t. II, p. 267, n° 1; Muñoz, L., *Contratos*, Buenos Aires, 1960, t. 3, p. 36, n° 517; Vítolo, D., *Contratos Comerciales*, Buenos Aires, 1994, p. 535/536; Etcheverry, R., *Derecho Comercial y Económico – Contratos – Parte Especial*, Buenos Aires, 1994, t. 2, p. 171, n° 366; Rouillón, A., *Código de Comercio comentado y anotado*, Buenos Aires, 2005, t. I, ps. 996/997, n° 8, ap. “A”), con la aislada excepción de Guillermo A. Borda quien con base en la letra del art. 559 del Código de Comercio sostuvo que el mutuo comercial no era contrato real sino consensual (conf. Borda, G., *Tratado de Derecho Civil – Contratos*, Buenos Aires, 1969, t. II, p. 676, n° 2088), criterio que, aparentemente, no consideraba que en la letra del citado precepto mercantil donde dice “entrega” debía leerse “devolución”, tal como lo advirtió en su momento Lisandro Segovia (*Explicación y Crítica del Nuevo Código de Comercio de la República Argentina*, Buenos Aires, 1932, t. 2, p. 80, nota n° 1934).

Ahora bien, lo que era claro en materia de mutuos civiles o comerciales regidos por el derecho anterior a la sanción de la ley 26.994, no lo era tanto cuando se trataba de un préstamo bancario, condición jurídica esta última que, según lo juzgo, es la propia del contrato de fs. 47/74 ya que su principal objeto fue, precisamente, la entrega de divisas aportadas fundamentalmente por bancos bajo la forma *mutatis mutandi* de una concesión de crédito consorcial o sindicada (conf. Fernández, R. y Gómez Leo, O., *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial*, Buenos Aires, 2004, t. IV, p. 413, ap. “b”; Gavalda, C. y



Stoufflet, J., *Droit Bancaire*, 7a. ed., LITEC, Paris, 2008, p. 283, n° 507), calificación que, valga observarlo, no se pierde por el hecho de que concomitantemente hubieran concurrido a participar en el negocio de financiamiento de que se trata sujetos no profesionales de la actividad bancaria (conf. Ferre Moltó, M., *Operaciones bancarias sindicadas*, en la obra colectiva dirigida por Nieto Carol, U., “Contratos bancarios y parabancarios”, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 608).

Es que, en efecto, cuando se está en presencia de un préstamo calificable como bancario, la doctrina nacional no había llegado a concordar en cuanto a su naturaleza, esto es, si contrato real o consensual, discusión que aun hoy está presente en el derecho comparado.

En nuestro país, en efecto, un sector de autores afirmaba que en el caso indicado se seguía estando en presencia de un contrato real que se perfeccionaba con la entrega del dinero que era su objeto (conf. Giraldi, P., *Cuenta corriente bancarias y cheque*, Buenos Aires, 1973, ps. 11/15, n° 6; Villegas, C., *Contratos Mercantiles y Bancarios*, Buenos Aires, 2005, t. II, p. 274 y ss.).

Sin embargo, otro segmento de doctrinarios, tal vez mayoritario, observaba que, en verdad, el préstamo bancario no podía asimilarse al mutuo tradicional y, por ello, tampoco calificarse como contrato real pues la concepción tradicional aplicable al mutuo civil o comercial, no armonizaba con la mentalidad propia de los banqueros y de los comerciantes, ya que cuando después de largas discusiones se llega a concertar un préstamo con un banco y se pactan por escrito las condiciones, nadie duda de que el préstamo está perfecto y la entrega o entregas de dinero son actos de ejecución del préstamo; de ahí que el préstamo bancario debía caracterizarse como contrato consensual (conf. Zavala Rodríguez, C., *Código de Comercio y leyes complementarias, comentados y concordados*, Buenos Aires, 1972, t. V, ps. 234/235, n° 202 bis y 203; Muñoz, L., *Contratos y negocios jurídicos financieros*, Buenos Aires, 1981, t. II, p. 733, n° 292; Etcheverry, R., ob. cit., t. 2, p. 172; Bollini Shaw, C. y Boneo Villegas, E., *Manual de operaciones bancarias y financieras*, Buenos Aires, 1990, p. 241; Barbier, E.,



Contratación Bancaria, Buenos Aires, 2002, t. 2, p. 70, n° 17; Barreira Delfino, E., en la obra dirigida por Martorell, E., *Tratado de los Contratos de Empresa*, Buenos Aires, 2016, t. IV, p. 2771).

Como se adelantó, igual discusión y/o discrepancias se advierten en el derecho comparado, particularmente en los sistemas jurídicos nacionales de cuño romanista que todavía conservan la dicotomía entre los contratos “reales” y los “consensuales”.

En efecto, si bien el Código Civil italiano de 1942 concibe al mutuo como un contrato real (conf. Barbero, D., *Sistema del Diritto Privato Italiano*, UTET, Torino, 1965, t. II, p. 480, n° 822; Scognamiglio, R., *Dei contratti in generale*, en la obra a cargo de Scialoja, A. y Branca, G., “Commentario del Codice Civile”, N. Zanichelli Editore y Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1970, p. 106, n° 10; Bessone, M., *Istituzioni di Diritto Privato*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, p. 806; Torrente, A. y Schelesinger, P., *Manuale di Diritto Privato*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, ps. 589/591, n° 371), cuando se habla, en cambio, de contratos bancarios se afirma que, por las exigencias del tráfico moderno, ellos escapan a la regla de la “realidad” (conf. Simonetto, E., *Los contratos de crédito*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 415, n° 210), de donde el mutuo bancario es un contrato consensual, interpretándose que la entrega del dinero no es más que el momento ejecutivo de un negocio ya perfeccionado entre las partes (conf. Giorgianni, F. y Tardivo, C.M., *Manuale di Diritto Bancario e degli operatori finanziari*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 366, texto y nota n° 37; Trabucchi, A., *Istituzioni di Diritto Civile*, Cedam, Padova, 1986, p. 773, n° 338, nota n° 1).

De su lado, en España, al igual que en nuestro país antes de la sanción de la ley 26.994, las normas de derecho privado regulan al mutuo como un contrato real (arts. 1753 a 1757 del Código Civil y 311 y siguientes del Código de Comercio; Castán Tobeñas, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1961, t. 4, p. 409; Espín, D., *Manual de Derecho Civil Español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1961, vol. III, p. 562; De Castro y Bravo, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, ps. 286/287, n° 348), naturaleza jurídica que, según un sector de la



doctrina, no cambia tratándose de un préstamo bancario (conf. Vázquez Iruzubieta, C., *Operaciones Bancarias*, Editorial Revista de Derecho Privado – Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1985, p. 294, nº 119; Jimenez Sánchez, G., *Derecho Mercantil*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1990, p. 910; Marti Sánchez, J., “El préstamo bancario de dinero”, en la obra colectiva dirigida por Nieto Carol, U., “Contratos bancarios y parabancarios”, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 396).

Empero, otro grupo de autores españoles, no menos prestigiosos, afirman que por el contrario el préstamo bancario es un contrato consensual, pues así resulta de las prácticas bancarias y es lo que normalmente el banquero y el cliente entienden acordar (conf. Garrigues, J., *Contratos Bancarios*, Talleres Silverio Aguirre Torre, Madrid, 1958, p. 233; Fuentes Lojo, J., su anotación de derecho español a la obra de Simonetto, E., ob. cit., ps. 419/421, nº 213; Broseta Pont, M., *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1981, p. 459, ap. “b”; Sánchez Calero, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997, t. II, p. 314).

En Francia la discusión transita similares carriles.

El Código Civil francés regula al mutuo como un contrato que se perfecciona con la entrega de la cosa (conf. nota de Vélez Sarfield al art. 1142 de nuestro Código Civil de 1869; Savatier, R., *Cours de Droit Civil, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudance*, Paris, 1949, t. 2, p. 424, nº 867-9) y la doctrina tradicional ha expresado que ello se aplica igualmente al préstamo de dinero efectuado por un banco (conf. Mazeaud, H. et L. y Mazeaud, J., *Leçons de Droit Civil*, Éditions Montchrestien, Paris, 1974, t. 3, vol. 2, p. 726, nº 1466).

Pero tal interpretación ha sido puesta en tela de juicio en época reciente, pues la doctrina civilista francesa contemporáneamente se orienta a una “derealización” del contrato de préstamo (conf. Malaurie, Philippe y Aynès, Laurent, *Les contrats spéciaux*, Defrénois – Lextenso Éditions, París, 2012, p. 497, nº 848) afirmándose, con particular referencia al préstamo bancario o realizado por un profesional, que la solución tradicional fundada en la afirmación de estar en presencia de un contrato real, resulta inadaptada para la



práctica bancaria, a punto que ha sido progresivamente abandonada por la jurisprudencia, en la cual destaca un fallo de la Casación Civil que específicamente declaró el carácter consensual del contrato de préstamo bancario (conf. Gavalda, C. y Stoufflet, ob. cit., ps. 270/271, n° 488, y su cita de la Cass. 1°, Civ., 28/3/2000, JCP 2000-II, 10.296; Malinvaud, P. y Fenouillet, D., *Droit des obligations*, Litec, Paris, 2010, p. 248, n° 321 y p. 277, n° 358).

En fin, en Latinoamérica, no son pocas las voces que, de su lado, siguen presentando al mutuo bancario como un contrato real que se perfecciona en el momento en que el banco pone los fondos a disposición del cliente, entregándolos materialmente o acreditándolos en cuenta (conf. Olivera García, R., *Cuestiones de Derecho Bancario*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2015, p. 133; Sandoval López, R., *Derecho Comercial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, t. II, p. 456, n° 426; Rodríguez Azuero, *Contratos bancarios*, Bogotá, 1977, p. 305, n° 4).

Pues bien, frente al antagónico panorama del derecho argentino anterior a la ley 26.994 (que es el que, se insiste, juega para decidir este aspecto del *sub lite*), también reflejado en el derecho comparado, en un ámbito, como lo es el bancario, que de suyo presenta particularidades diferenciales de funcionamiento y dinámica, no parece inadecuado entender que la tipificación general de “contrato real” correspondiente al mutuo podía ser dejada de lado por las partes para dar lugar a un negocio bancario de carácter consensual, con lo cual, en definitiva, tal como lo admiten renombrados autores, aun en presencia de normas legales que siguiendo la tradición del derecho romano definen al mutuo como un contrato que se perfecciona con la entrega de la cosa, el particular caso del préstamo bancario puede presentar, no obstante, una modalidad variable en cuanto a su conclusión, ya que según sea el designio de las partes podría ser un contrato real o bien consensual (en este sentido, hablando de contrato con “*modalità variabili*”, se pronuncia Vecchio, G., en la obra dirigida por F. Galgano, *Le operazioni di finanziamento*, Zanichelli Editore, Bologna, 2016, p. 2 y ss.), desde que nada impide que los contratos de préstamo, especialmente en ese ámbito jurídico, puedan ser



configurados por las partes como contratos que quedan perfectos con la emisión del consentimiento, de manera que las entregas posteriores son actos de ejecución y no de perfección (conf. Diez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1984, vol. II, p. 485, con cita de la opinión de Garrigues relativa al mutuo bancario; Prada de González, J., *Algunos aspectos de los préstamos bancarios*, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 14, 1984, p. 315 y ss., citado por Martí Sánchez, J., ob. cit., ps. 394/395; en el mismo sentido, aunque sin referir a los contratos bancarios, véase: Sconamiglio, R., ob. cit., p. 105; Lalaguna Domínguez, E., *El contrato: estructura, formación y eficacia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 151).

En este último plano, vale afirmar como no razonable que la ley no conceda valor obligatorio al acuerdo por el que los interesados, sin entrega de la cosa pactada, manifiestan su voluntad de quedar jurídicamente obligadas en préstamo. Es que, en un derecho que parte de la base de que la raíz del contrato está en el acuerdo de voluntades, rechazar absolutamente la obligatoriedad jurídica -es decir, el valor de contrato- de tal acuerdo, cuando decididamente las partes quieran quedar jurídicamente obligadas por él, parece un despropósito (conf. Albaladejo, M., *Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1975, t. 2, vol. II, p. 306). Dicho de otro modo, nada impide que la parte, en vez de dar una suma en mutuo, se “obligue” a dar las sumas pedidas por el mutuario hasta un cierto monto (conf. Bianca, C., *Diritto Civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, t. III, p. 242, nº 111).

Ahora bien, la concreta definición de si un contrato como el de fs. 47/74 fue concebido por las partes como “real” o meramente “consensual”, solamente puede ser alcanzada mediante el recurso de indicadores interpretativos que a ese efecto la doctrina ha enumerado convenientemente, como asimismo atendiendo a las circunstancias adjetivas propias de cada caso.

Con relación a lo primero, se ha dicho que son indicadores interpretativos del carácter consensual del contrato: la formulación explícita de la obligación asumida por el mutuante y la calidad profesional de las partes, tal como, respectivamente, la condición de empresario del prestatario y la calidad bancaria del prestamista; también si se trata de un financiamiento



bancario a una empresa, pues debe ella confiar en la exigibilidad del préstamo para poder programar su propia actividad haciendal, sin correr el riesgo de que el contrato no se tenga por perfeccionado por falta de entrega de los fondos prestados (conf. Galgano, F., *Il Contratto*, Cedam, Lavis, 2011, ps. 252/253, texto y nota n° 37). Asimismo, aun sin entrega de la cosa, la voluntad de obligarse jurídicamente también se revela si el acuerdo se otorga por escrito o si es oneroso, esto es, si quien recibe paga intereses por lo que se le presta (conf. Albaladejo, M., ob. cit., p. 306).

Pues bien, a mi modo de ver, todos y cada uno de los indicadores interpretativos precedentemente enumerados están presentes en la especie. En efecto, los “prestamistas financieros” manifestaron explícitamente quedar obligados a desembolsar los fondos en un plazo de horas (cláusula 2ª, fs. 53); el señor Ginés Miguel Perea Romero era un empresario y tomó el préstamo para financiar los pasivos de Albayda S.A., de la cual era su accionista mayoritario (96%), y obviamente de tal financiación de pasivos dependía el curso futuro de la actividad económica de la referida sociedad, siendo evidente, por ello mismo, que el contrato no consentía un perfeccionamiento que no estuviera dado desde el mismo momento de su firma. Fue, asimismo, instrumentado por escrito, y a título oneroso desde que se convinieron intereses (fs. 52 y 54/55, cláusula 4ª, ap. “b”).

Por otra parte, como se dijo, también las circunstancias adjetivas propias del caso sirven para definir si se está en presencia de un contrato consensual y no real. Y, en el *sub lite*, tales circunstancias abonan lo primero.

En efecto, el contrato del 13/2/1998 se configuró como “abierto” a la adhesión progresiva de otras partes, lo cual lleva necesariamente a concluir que se perfeccionó con el mero consentimiento. Es que en los llamados contratos “abiertos” la cláusula de apertura a adhesiones no es más que una oferta a realizarlas inserta en un contrato ya perfeccionado, definido e idóneo para producir todos sus efectos, con independencia de la aceptación de aquellas. Es decir, la habilitación a adhesiones es parte del contenido del contrato que la contiene, el cual ya se encuentra perfeccionado entre sus otorgantes (en el caso, entre Perea Romero, por una parte, y Banco Bansud



S.A. y Banco Comafi S.A., por la otra), cabiendo entender que respecto de terceros invitados a adherir dicha cláusula es una declaración de voluntad u oferta que proviene de los contratantes originarios y respecto de la cual juega -cuando como en el caso está destinada a personas determinadas- la regla del carácter recepticio de la oferta (conf. Bianca, C., ob. cit., t. III, ps. 244/245, n° 112; Roppo, V., *Il Contratto*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 126, n° 7).

Asimismo, según ya fue expuesto, el negocio de que da cuenta el instrumento de fs. 47/74 se concibió *mutatis mutandi* como enderezado a la concesión de un crédito consorcial o sindicado; pues bien, la caracterización del contrato de crédito sindicado como consensual y no real es la que aparece referida, justamente, por la doctrina especializada (conf. Barbier, E., ob. cit., t. 2, p. 231, n° 65; Baumeister, B., “Contratos de financiación sindicada”, en la obra colectiva dirigida por Abril, A., *Los contratos mercantiles y su aplicación práctica*, Bosch – Wolter Kluwer, Barcelona, 2017, p. 511, texto y nota n° 5).

No puede ser perdido de vista, además, ya que ello también contribuye a confirmar el carácter consensual del préstamo instrumentado el 13/2/1998, que simultáneamente se acordó un fideicomiso para garantizar su devolución y que la correspondiente transmisión fiduciaria de dominio no fue diferida en el tiempo. Por el contrario, esta última se realizó el mismo día de la firma del instrumento de fs. 47/74, esto es, el 13/2/1998 (acta notarial de fs. 92/98), lo cual evidencia que el negocio todo proyectó sus efectos a partir del mero consentimiento y sin subordinación alguna a ningún futuro perfeccionamiento determinado por la entrega de las sumas comprometidas en préstamo. No se trató, evidentemente, de un fideicomiso de garantía de obligaciones futuras como lo adujeron los actores, sino de obligaciones ya contraídas en la que las entregas dinerarias posteriores fueron actos de ejecución (ya garantizados por el fideicomiso) y no de perfección contractual. En rigor, esa voluntaria transmisión, derivada del fideicomiso pactado para garantizar el préstamo, fue hecha en el entendimiento de que lo era en base a un “título suficiente”, esto es, un acto jurídico apto o idóneo para transmitir el dominio fiduciario, revestido de las condiciones de fondo y de forma necesarias (conf. Kiper, C. y



Lisoprawski, S., *Tratado de Fideicomiso*, Buenos Aires, 2012, t. I, p. 168), y no de un acto claudicante sujeto a ulterior perfeccionamiento, máxime ponderando que, además, la transmisión del dominio al fiduciante era el necesario presupuesto al que seguía, sin solución de continuidad, la asunción por el propio Perea Romero del carácter de poseedor, a título de comodatario, en nombre del fiduciario adquirente, esto es, un típico “*constituto posesorio*” (art. 2462, incs. 2 y 3 del Código Civil de 1869; íd. art. 1923 del Código Civil y Comercial de la Nación; Higthon, E., *Domino y usucapión*, Buenos Aires, 1983, t. 2, ps. 96/97, n° 400 “d”), que tampoco puede concebirse como un acto claudicante.

En fin, el carácter consensual del préstamo luce también confirmado por el hecho de que Grobocotapel Hermanos S.A. consintió una espera para el pago de su crédito hipotecario durante toda la vigencia del fideicomiso (fs. 54, cláusula 3^a). Semejante concesión, que afectaba la exigibilidad inmediata del crédito hipotecario, sólo se explica aceptando que el negocio del 13/2/1998 era perfecto desde tal fecha y por el sólo consenso de las partes.

(c) En su caso, la declaración de inexistencia reclamada tampoco puede ser deducida: I) de la prueba relacionada a la presencia o no de efectivos desembolsos por parte de las “prestamistas financieras”, pues habiendo sido consensual y no real el contrato, la eventual ausencia total o parcial de tales desembolsos resulta irrelevante en orden al objetivo indicado y, a todo evento, la falta de transferencia de las sumas respectivas sería un incumplimiento del que derivarían sus efectos naturales (conf. Barbier, E., ob. cit., t. 2, p. 68, n° 16); y II) del invocado “precio vil” con el que se dijo fue subastado el inmueble fideicomitado en garantía, pues aunque se admitiera por hipótesis ese evento (lo que no es así, según se verá más adelante), ello no acreditaría ni haría presumir inexistencia alguna como se pretende a fs. 133 y vta., ya que la cuestión no se relacionaría con ninguno de los supuestos en que la inexistencia aparece normalmente como categoría jurídica, a saber: (i) *falta de sujeto*, esto es, cuando el acto fue otorgado por una persona física o jurídica que no existe, o cuya declaración de voluntad ya no puede tener lugar (conf. esta Sala D, 14/5/2008, “Simone, Dante Salvador y otros c/ La Economía



Comercial S.A. de Seguros Generales”); (ii) *falta de objeto*, encontrándose en tal situación el acto que recae sobre una cosa que ya ha perecido o que no ha existido nunca, o sobre cosas futuras que no son susceptibles de existir, o sobre hechos materialmente imposibles; y también cuando, en los actos bilaterales o plurilaterales, no coinciden las declaraciones de voluntad de las partes; y (iii) *falta de forma* en ciertos casos (conf. Llambías, J., *Tratado de Derecho Civil – Parte General*, Buenos Aires, 1997, t. II, p. 501, n° 1877; Llambías, J., *Diferencia específica entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos*, LL 50-876; Borda, G., *Tratado de Derecho Civil – Parte General*, Buenos Aires, 2007, t. II, ps. 392/395, n° 1261 y 1262; Belluscio, A., su salvedad al art. 687 del Proyecto de Código Civil redactado por la Comisión designada por dec. 468/92; esta Sala D, 25/9/08, “Banco Comafi S.A. c/ Falabella y Corsi Inversora Sociedad de Bolsa y otro s/ ordinario”).

(d) Frente al cúmulo de elementos de juicio que denotan el carácter consensual del préstamo del 13/2/1998, cobran razonabilidad y, a todo evento, resisten cualquier crítica las razones expuestas en la sentencia apelada relacionadas al rechazo del planteo de inexistencia. Particularmente, aquellas que pusieron de relieve: a) que lo contrario no fue denunciado inmediatamente por las partes involucradas (fs. 5068 vta./5069); b) que así lo refirieron testigos (fs. 5069 y vta.); c) que en vida el señor Gines Miguel Perea Romero procedió a protocolizar notarialmente el instrumento privado respectivo (fs. 5069 vta.); d) que la realidad del préstamo fue admitida por el señor Ginés Gonzalo Perea, uno de los actores en autos, en la causa “Perea Llano, Ginés Gonzalo c/ Banco Quilmes S.A. y otros s/ nulidad de acto jurídico”, en la que, contradictoriamente, alegó su carácter existente, aunque simulado, viciado o falto de causa (fs. 5069 vta./5070); e) que el señor Álvaro Ginés Perea -otro de los actores en autos- también reconoció la existencia del préstamo en una presentación suya que tuvo por objeto ampliar la denuncia de bienes en el juicio sucesorio de su padre, sin que los restantes herederos formularan objeción alguna (fs. 5071 vta./5072); y f) que otro similar reconocimiento hizo el letrado apoderado del mencionado Álvaro Ginés Perea en los autos “Sud



Inversiones S.A. y Análisis S.A. c/ Perea Romero, Gines y otros s/ desalojo”
(fs. 5072 y vta.).

(e) En suma, lo que han hecho los actores al cimentar sus argumentos y reclamo en un reputado carácter real del préstamo instrumentado en fs. 47/74 no ha sido otra cosa, a la luz de las reflexiones que anteceden, que intentar mostrar con el apoyo de una regla estática (art. 2242 del Código Civil), una realidad contractual que las partes concibieron de manera dinámica en el marco de la autonomía de la voluntad, a la cual obviamente cabe estar (art. 1197 del Código Civil).

De tal modo, contra lo que se sigue insistiendo en las expresiones de agravios (fs. 5132/5138 vta. y 5154) y se postula en el dictamen del Ministerio Público Fiscal, no corresponde entender que se está en presencia de un acto jurídicamente inexistente.

Antes bien, cabe reconocer que se pactó un préstamo bancario, que es existente y vinculante para las partes (conf. Roppo, V., ob. cit., p. 129, n° 9).

En las condiciones expuestas, ignorar la existencia del contrato referido con base en la alegada falta de entrega de la cosa que fue su objeto, implicaría incluso estimular la mala fe (conf. Stiglitz, R., *Contratos Civiles y Comerciales*, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 110, ap. “c”).

8°) De acuerdo a la interpretación postulada en la demanda, a la alegada inexistencia del contrato de préstamo le seguía, como consecuente derivación, la inexistencia del fideicomiso de garantía por su condición de negocio accesorio, así como la nulidad absoluta de todos los actos subsiguientes, particularmente la transferencia del dominio fiduciario (fs. 135, cap. 6 “Conclusión”).

Pues bien, negada la premisa (inexistencia del contrato de préstamo), por lógica implicancia queda negado todo lo que se estimó sería su secuela, esto es, la inexistencia del fideicomiso y/o nulidad absoluta de los actos referidos.

A todo evento, bueno es destacar que la efectiva transferencia del dominio fiduciario -en ejecución de un real y existente contrato de fideicomiso de garantía- tuvo lugar mediante escritura pública (fs. 92/98; art. 979, inc. 1°,



del Código Civil; íd. art. 299 del Código Civil y Comercial de la Nación), sin que los actores hubieran invocado causales específicas determinantes de la invalidez del instrumento respectivo, por lo que la nulidad propiciada por ellos en orden a tal transferencia ni siquiera tendría cabida desde esta distinta perspectiva, más allá de no ofrecer duda que -como lo afirman en fs. 5140- la acción para declarar una inexistencia sea imprescriptible según lo ha declarado la jurisprudencia de esta alzada mercantil (conf. CNCom. Sala B, 28/10/2005, “Yatagan S.C.A. y Winterhalder s/ art. 123 de la ley 19.551 s/ ordinario”).

Así pues, tampoco pueden tener acogida los agravios que los actores plantean sobre estos aspectos (fs. 5139 vta./5140 vta., cap. B; y fs. 5160 vta./5161, cap. 2.4).

9°) Agravia a los actores, por otro costado, el rechazo por la sentencia apelada de la acción reivindicatoria que promovieron.

Sobre el particular, nuevamente parten de la premisa de considerar que fueron actos inexistentes el préstamo y el fideicomiso de garantía instrumentados el 13/2/1998 y, en su caso, nulos los actos subsiguientes que condujeron a la adquisición del inmueble fideicomitado por parte de 60 Yargas S.A., lo que unido a la mala fe de esta última debería conducir, según afirman, a que la referida pretensión prospere (fs. 5141/5142, cap. C; y fs. 5161 y vta., cap. 2.5).

El reclamo, empero, resulta improcedente pues más allá de que está ausente su presupuesto fundante (la inexistencia del fideicomiso), lo cierto es que los actores no son legitimados para su postulación.

En efecto: solamente son legitimados para el ejercicio de la acción reivindicatoria los titulares o cotitulares de derechos reales que se ejercen por la posesión y que lo son al tiempo de la demanda o que se consolidan como tales antes de la sentencia (arts. 2249, 2251 y 2252 del Código Civil y Comercial de la Nación; Alterini, J., ob. cit., t. X, ps. 759/761, 762 y 766/767; Rivera, J. y Medina, G., *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*, Buenos Aires, 2014, t. V, p. 941).

Al ser así, mal puede modificarse lo decidido en la instancia anterior pues, si bien la acción reivindicatoria pasa a los herederos (condición que



ostentan los actores), no tienen ellos a ese efecto un *status* distinto que el que correspondía al causante, esto es, al señor Gines Miguel Perea Romero (arg. arts. 2277 y 2280 del Código Civil y Comercial de la Nación; Sánchez Herrero, A., *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, 2016, t. VI, ps. 290/291).

Y, en tal sentido, toda vez que el *de cuius* se desprendió voluntariamente del dominio del bien inmueble de que se trata por un acto, como fue el fideicomiso, cuya existencia y validez no ha sido eficazmente controvertida en autos, lógicamente sus herederos deben estar a esa situación jurídica que, consiguientemente, les impide reivindicar, ya que no ha habido el desapoderamiento que tipifica la acción de que se trata (art. 2248, primer párrafo, del Código Civil y Comercial de la Nación). Por el contrario, lejos de haber sufrido un desapoderamiento de la cosa fideicomitada, el señor Perea Romero transmitió voluntariamente su posesión a un tercero (el fiduciario) y, acto seguido, asumió en vida la condición de comodatario del inmueble respectivo, lo que implicó constituirse voluntariamente en tenedor de la cosa reconociendo y comportándose como mero representante del nuevo poseedor (art. 1910 del Código Civil y Comercial de la Nación; Alterini, J., ob. cit. t. X, p. 220) que lo fue, a partir de la constitución fideicomisaria, Sud Inversiones y Análisis S.A. (fs. 58, cláusula 7ª).

De tal suerte, la acción no puede ser admitida, pues carece de sentido jurídico disponer la restitución de la cosa a favor de quien o quienes no tienen derecho a ello (conf. Lorenzetti, R., ob. cit., t. X, p. 292), extremo que, convenientemente advertido, hace inútil toda indagación sobre el carácter de la subadquisición hecha por 60 Yards S.A.

10º) Como fue reseñado, para el caso de rechazo de la declaración de inexistencia del préstamo y del fideicomiso de garantía, la demanda de los herederos actores también aprehendió el ejercicio de una acción de reducción (art. 3601 y conc. del Código Civil de 1869) tendiente a lograr la restitución del inmueble “Las Arboledas” en tanto, dijeron, los referidos actos jurídicos enmascararon un negocio no a título oneroso sino de carácter gratuito pues no hubo contraprestaciones recibidas por el causante Gines Miguel Perea Romero



(fs. 141 vta./143). Afirmaron, en tal sentido, la presencia de una simulación, para cuya declaración -a fin de proteger la legítima- también articularon paralelamente la respectiva *actio simulandi* (fs. 145/148).

La sentencia de primera instancia rechazó tanto la acción de reducción al entender no probado el carácter gratuito del negocio (fs. 5075 vta./5076), como la de simulación por la misma razón y porque, a todo evento, la acción declarativa respectiva debía considerarse prescripta (fs. 5074 vta./5075).

Ninguno de los memoriales de los actores planteó agravios específicos contra el rechazo de las aludidas acciones de reducción y simulación. Por ello, la decisión debe considerarse firme para los demandantes, sin perjuicio de poder ser observado que, en efecto, la prueba del carácter gratuito del fideicomiso, o que pueda calificarse como donación, es condición para la protección de la legítima (conf. Lambois, S., *El fideicomiso y la legítima*, JA 1998-III, p. 805, cap. VI).

Ahora bien, más allá de la firmeza que alcanzó el rechazo de la referida acción de simulación respecto de los actores, ante esta alzada el Ministerio Público Fiscal reclamo “...en ejercicio de la facultad requirente...” y para el supuesto que se considere que hubo perfeccionamiento contractual, la declaración de nulidad absoluta tanto del préstamo como del fideicomiso, por entender también que encubrieron un negocio simulado (fs. 5477 vta./5481 vta.).

Sobre esto último, juzgo lo siguiente:

(a) Tiene el Ministerio Público Fiscal legitimación para reclamar la nulidad absoluta indicada (art. 387 del Código Civil y Comercial de la Nación; íd. art. 1047 del Código Civil de 1869; Cámara, H., *Simulación de los actos jurídicos*, Buenos Aires, 1958, p. 368, n° 277) y, a ese efecto, valga señalarlo, su actuación no es meramente subsidiaria de la que pudieran o no ejercer las partes (conf. Bueres, A. y Highton, E., ob. cit., t. 2-C, p. 361), por lo que no está sujeto en el fundamento de la pretensión invalidante a lo que afirmaron o no sobre el particular las partes.

En este último sentido, preciso es observarlo, la nulidad alegada por la señora Fiscal ante la Cámara no se hizo eco de la argumentación de la parte



actora relacionada con la alegada gratuidad del negocio, sino que optó por una afín pero distinta fundamentación explicitada en el capítulo 7 de su dictamen.

(b) En efecto, en su capítulo 7 sostiene el dictamen fiscal, en sustancial síntesis, que la nulidad del préstamo y del fideicomiso se justifica porque el verdadero objeto del negocio celebrado el 13/2/1998 fue la cancelación de los créditos concursales que las entidades financieras prestatarias tenían con Albayda S.A., sustrayéndose del trámite concursal y de sus consecuencias al percibir “...*íntegramente sus créditos fuera del concurso de su deudora original...*”. Al respecto, observa que son indicios de la simulación denunciada los siguientes: que en el instrumento del 13/2/1998 fue silenciado que los prestamistas financieros era acreedores de Albayda S.A., de la que el señor Perea Romero era accionista mayoritario (96%); que ninguno de tales prestamistas -a excepción de uno- se presentó a verificar su respectivo crédito en la ulterior quiebra de dicho tomador; que el inmueble fideicomitado se vendió por un exiguo monto que sólo parcialmente cubrió el crédito hipotecario de Grobocopatel Hnos. S.A., empresa esta última que tampoco se presentó a verificar su crédito en la quiebra del señor Perea Romero; que los montos que los prestamistas habrían desembolsado quedaron sin cancelar; que al 13/2/1998 el tomador contaba con 86 años y los sujetos prestamistas no exigieron un seguro a pesar de esa avanzada edad; que mediante una cláusula inusual el tomador Perea Romero limitó la deuda que tomaba en concepto de préstamo hasta el límite del producido del bien fideicomitado; que la enajenación extrajudicial hecha por el fiduciario fue improcedente, pues estaba pactada la vía judicial para la ejecución del préstamo; que ninguno de los prestamistas se interesó en la compra en subasta del bien fideicomitado; y que la adquirente en subasta 60 Yards S.A. es una sociedad que se constituyó con posterioridad a la firma del correspondiente boleto.

(c)) A mi modo de ver, la pretensión fiscal no puede prosperar.

Como se anticipó, el instrumento de fs. 47/74 fue concebido como enderezado a la concesión de un crédito consorcial o sindicado a favor del tomador.



Pues bien, entre las posibles finalidades a las cuales puede orientarse una operación del tipo indicado está la cancelación y/o refinanciación de deudas propias del tomador (conf. Baumeister, B., ob. cit., ps. 515/516; Ferre Moltó, M., ob. cit., p. 607), pero nada impide que la finalidad sea la de cancelar y/o refinanciar deudas ajenas.

Es que, en efecto, dentro de los remedios bancarios tradicionales destinados a empresas en crisis, se encuentra el pago o renovación de obligaciones vencidas mediante la concesión de una nueva financiación, y si bien esta última puede asumir la forma del otorgamiento de un préstamo bancario a la empresa en dificultad con simultáneo otorgamiento de garantías suficientes que involucren su patrimonio, también es posible y, acaso es una mejor solución, la concesión de préstamos a terceras personas, vinculadas o no a la empresa, dadoras también de garantías (que incluso serían más inobjectables), para destinarlos a la cancelación de las obligaciones vencidas y pendientes de aquella (conf. Villegas, C., *El crédito bancario*, Buenos Aires, 1988, p. 270).

Por cierto, una persona vinculada a la empresa, que toma un préstamo para pagar la deuda de esta última, bien puede ser un socio. Y no hay ninguna ilicitud en ello, incluso si se tratase del accionista de una sociedad anónima pues, más allá de que la responsabilidad de tal accionista por las deudas sociales no es solidaria y sólo se extiende a su obligación de integración de las acciones suscriptas (art. 163 de la ley 19.550; Cabanellas de las Cuevas, G., *Derecho Societario – Parte General*, Buenos Aires, 1997, t. 5, p. 710), lo cierto es que no resulta contradictorio con el indicado principio de responsabilidad limitada la posibilidad de que el socio *uti singuli* efectúe un financiamiento a favor de la sociedad (conf. Maffei Alberti, A., *Commentario breve al diritto delle società*, Wolters Kluwer – CEDAM, 2017, p. 241, n° 5 y su cita de Sciuto, *Codice commentato delle società*, p. 447).

(d) En el caso *sub examine* ha sido esto último lo acontecido, bien que con una intermediación en el flujo de la financiación.

Efectivamente: el señor Gines Miguel Perea Romero, obligándose personalmente y fideicomitiendo un bien propio en garantía, solicitó una



financiación cuyo destino era la cancelación de los pasivos de Albayda S.A. Pero los fondos puestos a disposición del tomador, debían concomitantemente ser aportados por él en forma irrevocable para una capitalización futura de Mediacom Equities S.A., la cual, a su vez, quedaba en el deber de pagar “... por subrogación...” los mencionados pasivos de acuerdo a la obligación que asumía con ese fin en un separado “Contrato de Capitalización” suscripto con Perea Romeo, que fue debidamente relacionado en el propio “Contrato de Préstamo y Fideicomiso” del 13/2/1998 (fs. 48/49, punto “A” de su introducción, y fs. 53, cláusula 2ª).

Se construyó, así, un negocio con una finalidad indirecta (la capitalización de Mediacom Equities S.A.) que, empero, no borraba su finalidad última o directa cual era el pago de los pasivos de Albayda S.A. mediante cancelaciones que, obviamente, la intermediaria haría en representación del señor Perea Romero a punto tal que, con relación a todas y cada una de ellas, se previó convencionalmente el correspondiente efecto subrogatorio a favor suyo (arg. art. 769 del Código Civil de 1869).

A todo evento, cabe señalar que esa finalidad superior, propia de los negocios indirectos (en este sentido, véase esta Sala D, 18/2/2010, “González, Osvaldo R. y otros c/ Cimato, Francisco A. y otro”), no da cuenta por sí misma de un caso de simulación (conf. Rubino, D., *Negocio jurídico indirecto*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, p. 76), tanto más si se pondera que la intención de cancelar los referidos pasivos no fue ocultada o disimulada, sino por el contrario debidamente explicitada por las partes (fs. 48/49).

(e) Por cierto, no ofrece tampoco ningún elemento de juicio indicativo de un caso de simulación los cobros que, estando Albayda S.A. en concurso preventivo, pudieron haber hecho los sujetos prestamistas demandados de créditos “concursoales” como derivación del cumplimiento del negocio financiero del 13/2/1998.

Es que, en rigor, ningún acreedor de un concurso preventivo puede negarse a aceptar el pago de su crédito efectuado por un “tercero interesado” (condición que corresponde a cualquiera con un interés lícito, incluso



especulativo, aun en un escenario concursal; conf. Pizarro, R. y Vallespinos, C., *Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones*, Buenos Aires, 2006, t. 2, p. 93) y su consecuente subrogación, pues en los términos del art. 729 del Código Civil ni siquiera la oposición del acreedor puede, por sí sola, paralizar el *ius solvendi* de un tercero que ofrece pagar aquello que el mismo deudor debe, concurriendo los requisitos de identidad e integridad del objeto (íd. arts. 869 y 881 del Código Civil y Comercial de la Nación), y resultaría abusivo de parte del acreedor negarse a recibir tal pago si con ello puede perjudicar al tercero, máxime cuando no se violenta la *par condicio creditorum*, ya que no se elimina el crédito del pasivo (conf. CNCom. Sala D, 19/4/1993, “Samuhi S.A. s/ concurso”; Heredia, P., *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, Buenos Aires, 2000, t. 1, p. 483).

Por otra parte, el correspondiente efecto subrogatorio que deriva del pago no puede ser negado, incluso calificada la subrogación como convencional (conf. Lavalle Cobo, J., *El pago con subrogación de la deuda concursal*, en LL 2008-C, p. 195, cap. VI, comentario al fallo de esta Sala D, 14/6/2007, “Pique, Carlos Alberto s/ quiebra s/ inc. verific. de crédito por Castagnino, Gregorio Aníbal”).

(f) Y si, como queda precedentemente expuesto, el pago de créditos concursales por un tercero no determina acto reprochable, ninguna objeción puede levantarse, mucho menos con el pretendido alcance de denotar una simulación, por la circunstancia de que el contrato del 13/2/1998 no hubiera referenciado explícitamente que los prestamistas financieros allí mencionados ya eran acreedores de Albayda S.A.

A todo evento, juzgo que la condición de *accipiens* respecto de Albayda S.A. de los prestamistas financieros aquí demandados fue implícita pero clara ni bien se presta atención o mira la razón práctica o finalidad última del negocio que persiguieron las partes firmantes del negocio del 13/2/1998.

(g) La simulación pretendida no puede derivarse tampoco ni de la condición de socio mayoritario del señor Perea Romero en Albayda S.A., ni del hecho de que ninguno de los prestamistas financieros se hubiera



presentado a verificar sus respectivos créditos en la falencia de aquél, con excepción de HSCB Bank Argentina S.A.

Lo primero, porque la apuntada condición de accionista mayoritario -calificable incluso como controlante- no borra por sí misma, sin darse la situación prevista por el art. 54, última parte, de la ley 19.550 (actual art. 144 del Código Civil y Comercial de la Nación), la personalidad jurídica diferenciada que corresponde a la sociedad (art. 2º, ley 19.550; art. 143 del Código Civil y Comercial de la Nación) y, en tales condiciones, quien comprometió su propia responsabilidad patrimonial al suscribir el instrumento de fs. 47/74 fue exclusivamente el señor Perea Romero y no Albayda S.A., razón por la cual, a contrario de lo señalado por el Ministerio Público en fs. 5478 vta., para nada se puso en juego la prohibición que pesaba sobre esta última de pagar obligaciones concursales fuera del marco de la convocatoria de acreedores que por entonces tramitaba o de la posterior quiebra.

Lo segundo, porque si los prestamistas financieros no verificaron sus créditos en la quiebra de Gines Miguel Perea Romero, no por ello ha de juzgarse simulada la concesión crediticia de que se trata, toda vez que la constatación de realidad de esta última operación es cuestión diversa del recupero crediticio de aquellos, que incluso pudo ser nulo como lo exponen algunos de los bancos actuantes (conf. 5497 vta./5498; y fs. 5570). En su caso, habiendo Perea Romero limitado su responsabilidad por la deuda generada por el préstamo hasta el límite del producido del bien fideicomitido (cláusula 10ª, fs. 62), resulta claro que sus acreedores con causa en ese contrato no podían pretender un cobro sobre otros bienes de aquél, de donde la presentación de ellos en su quiebra carecía de sentido pues no tenían vocación a participar en distribución alguna proveniente de la liquidación concursal de tales otros bienes. A todo evento, también es observable que la omisión en presentarse a verificar bien puede explicarse en el hecho de haberse visto cumplidos a favor de algunos prestamistas financieros los pagos encomendados a Mediacom Equitis S.A., extremo que explica, a su vez, la verificación ensayada por dicha empresa en el concurso preventivo de Albayda S.A. (conf. certificación de fs. 3565 relacionada con los pagos por subrogación invocados por Mediacom

Fecha de firma: 27/09/2018

Alta en sistema: 28/09/2018

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: JULIO FEDERICO PASSARON, SECRETARIO DE CAMARA



#22978880#213058724#20180927120755206

Equitis S.A. al presentarse a verificar, y sentencia del art. 36 de la ley 24.522 obrante a fs. 3970 que remite, entre otras, a la planilla de fs. 3978, orden n° 174). Y por no tener en cuenta esto, a mi modo de ver representa una fragmentación interpretativa considerar, como se hace en fs. 5479, que la única fuente efectiva de repago del préstamo fue el precio de venta del bien fideicomitado en garantía.

(h) La avanzada edad del tomador del préstamo, nada prueba acerca de un caso de simulación. Ni siquiera ese dato es relevante en el marco de un planteo de nulidad del acto, si no hay vicio del consentimiento.

Tampoco la ausencia de exigencia de un seguro impuesto al tomador (entiendo, aunque no se lo dice, de vida por saldo deudor), pues bien pudo entenderse que la constitución del fideicomiso de garantía era seguridad suficiente para los prestamistas.

(i) Que el señor Perea Romero hubiera limitado su responsabilidad por la deuda generada por el préstamo hasta el límite del producido del bien fideicomitado (cláusula 10ª, fs. 62), tampoco es *per se* indicativo de la existencia de una simulación. En su caso, no indica el dictamen fiscal cuál sería la relación entre una y otra cosa, limitándose a reputar a dicha previsión como “no habitual”, lo que no es bastante para sostener conclusiones certeras (fs. 5479 vta.).

(j) Menos es posible derivar la presencia de una simulación del hecho de haber procedido el fiduciario a la venta extrajudicial del inmueble fideicomitado en garantía.

Más allá de que el dictamen fiscal tampoco aclara cómo esa enajenación extrajudicial sirve para acreditar la pretendida simulación del contrato del 13/2/1998, resulta poco feliz la cita que hace de la previsión contractual según la cual “...*para el caso de ejecución del préstamo...*” correspondía la intervención de este fuero comercial (cláusula 29ª, *in fine*, fs. 5480).

Ello es así, pues la liquidación extrajudicial del bien fideicomitado en garantía fue expresamente acordada para ser llevada a cabo por el fiduciario (cláusulas 6ª, 9ª y 12ª, fs. 58, 59/61 y 63/64 respectivamente), y es sabido que



la venta efectuada por dicho sujeto no implica ejecución forzosa (conf. Pérez Lamela, H. y Barreira Delfino, E., *Riesgo Crediticio*, Buenos Aires, 1997, p. 198).

En efecto, el fiduciario no “ejecuta” la garantía en sentido procesal, sino que al vender el bien fideicomitido cumple con lo que se convino en el *pactum fiduciae*: pagar la obligación garantizada en caso de incumplimiento de esta última (conf. Kiper, C. y Lisoprawski, S., ob. cit., t. I, p. 465; Márquez, J., *Notas sobre el fideicomiso con fines de garantía*, JA 2000-IV, p. 1225, nota n° 23; Vázquez, G., *El fideicomiso de garantía: certezas y vacilaciones*, LL 2006-A, p. 1169, texto y nota n° 31; Riva, J. y Álvarez Agudo, G., *Garantías modernas*, Buenos Aires, 2007, ps. 164/165; Molina Sandoval, C., *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, Buenos Aires, 2004, p. 369).

Así pues, la referida previsión contractual que da intervención a este fuero comercial, no guarda ninguna relación directa e inmediata con las alternativas fácticas del caso.

(k) En fin, en mi opinión, tampoco juega a favor de la pretensión del Ministerio Público sus expresiones de fs. 5480 vta./5481 según las cuales serían datos que abonan el carácter simulado del contrato del 13/2/1998: I) el hecho de que ninguno de los prestamistas financieros se interesó en comprar en la subasta extrajudicial el bien fideicomitido, ya que no se entiende por qué tal conducta posterior mostraría una *causa simulandi*; y II) la constitución de 60 Yardas S.A. en fecha posterior a la firma del boleto que documentó su adquisición en la subasta extrajudicial, pues tal constitución societaria, relacionada a persona jurídica que no fue otorgante ni del préstamo ni del fideicomiso, tampoco se entiende cómo puede contribuir a demostrar el carácter ficticio del negocio de concesión crediticia tomado por el señor Perea Romero mucho tiempo antes, sin prueba que demuestre lo contrario.

11°) Un aspecto de la litis sobre el cual reposa una parte importante de la argumentación del dictamen del Ministerio Público Fiscal (capítulo 6, fs. 5473 vta./5477 vta.) y correlativos agravios de los actores (fs. 5124 y ss. y fs. 5156 vta. y ss., punto 2.3), está dado por la afirmación de que el financiamiento comprometido el 13/2/1998 fue ejecutado mediante la “...



apariencia formal de registraciones contables...” que permitieron a los prestamistas financieros cobrarse lo que les debía Albayda S.A. (fs. 5475 vta.), ya que según resultaría de la prueba rendida: I) los fondos prestados fueron acreditados en cuentas bancarias del señor Gines Miguel Perea Romero, para ser debitados inmediatamente el mismo día; II) en el caso de Banco Macro S.A. la supuesta acreditación tuvo lugar el día 13/2/1998, es decir, antes de firmarse el “Contrato de Préstamo y Fideicomiso”; III) materialmente no hubo ingresos a Mediacom Equities S.A. por parte de Gines Miguel Perea Romero a cuenta de emisión de capital y que, en realidad, los pagos realizados por dicha sociedad para cancelar los pasivos de Albayda S.A., fueron hechos mediante débitos directos realizados en las cuentas del citado tomador a favor de los prestamistas financieros para cancelar las deudas que esta última sociedad mantenía con ellos; IV) no hubo verdadera “entrega” de fondos sino pasaje de ellos de forma meramente contable por un monto total coincidente con el del contrato del 13/2/1998 y con débitos parciales coincidentes con la participaciones crediticias que correspondía a cada prestamista; y V) no fue acreditado que Mediacom Equities S.A. hubiera aumentado su capital como consecuencia del aporte comprometido por Gines Miguel Perea Romero.

Corresponde observar, ante todo, que los aspectos precedentemente reseñados no fueron formal y claramente expuestos por el Ministerio Público Fiscal como sustento de su pretensión de invalidación por simulado del contrato del 13/2/1998 (capítulo 7 del dictamen de fs. 5465/5482). De ahí que este voto no los consideró al examinar y rechazar el correspondiente planteo de nulidad absoluta por ese motivo.

En rigor, los aspectos indicados se presentaron, antes bien, como vinculados o entrelazados con la pretensión de declaración de inexistencia del préstamo por razón de no haberse cumplido una entrega de fondos que se entendía necesaria para su perfeccionamiento (capítulo 6 del dictamen fiscal); pretensión que este voto también rechazó sobre la base de calificar al contrato del 13/2/1998 como consensual y no real, extremo que hacía, por ello mismo, innecesaria una especial indagación acerca de si hubo o no una ausencia total o parcial de efectivos desembolsos para entenderlo perfeccionado y existente.



Con todo, para dar la más amplia respuesta jurisdiccional, creo pertinente decir sobre el particular cuanto sigue.

(a) En el contrato bancario de préstamo, la entrega del dinero prestado se cumple válidamente con su acreditación en cuenta del tomador (conf. Barreira Delfino, E., en la obra dirigida por Martorell, E., *Tratado de los Contratos de Empresa*, Buenos Aires, 2016, t. IV, p. 2771).

En tal sentido, el asiento en los libros del banco equivale a la tradición “simbólica” de la cosa (arg. art. 463, inc. 5, del Código de Comercio; Giraldi, P., ob. cit., p. 13, n° 6).

Y tal acreditación en cuenta en la época que aquí interesa -febrero de 1998- era obligatoria en función de lo dispuesto por la entonces vigente Comunicación BCRA “A” 2213 del 24/5/1994 (“...*Establecer que, a partir del 1.6.94, los desembolsos por las nuevas financiaciones que otorguen las entidades financieras deberán ser efectivizados mediante su acreditación en la cuenta corriente o caja de ahorros de los demandantes...*”), cuyos términos, en este particular aspecto, dieron origen y se incorporaron, en forma sucesiva, a las Comunicaciones BCRA “A” 2814 (art. 3.1) y “A” 5223 (art. 1.7.), así como últimamente al art. 1.6 de la Reglamentación sobre Gestión Crediticia del BCRA, texto ordenado al 19/6/2018 (“...*Los desembolsos por las financiaciones superiores a \$ 50.000 deberán ser efectivizados mediante su acreditación en cuentas de depósitos, conforme a lo previsto en la Sección 3. de las normas sobre prevención del lavado de activos, del financiamiento del terrorismo y otras actividades ilícitas...*”).

De tal suerte, la “entrega” a la que hacen referencia los actores y el Ministerio Público Fiscal, no podía tener otra materialidad que no fuese la de su anotación contable en la cuenta del tomador y concomitante puesta a disposición suya.

(b) Así las cosas, no sólo desde el punto de vista fáctico sino particularmente desde el jurídico, fueron no aparentes “entregas” todas y cada una de las acreditaciones en cuentas pertenecientes al señor Gines Miguel Perea Romero que resultaron constatadas por el peritaje contable como relacionadas a la ejecución del contrato del 13/2/1998 por parte de las



siguientes entidades: Banco Bansud S.A., hoy Banco Macro S.A.; Tutelar Compañía Financiera S.A.; Banco Comafi S.A.; Banco Piano S.A.; y Banco Roberts S.A., hoy HSBC Bank Argentina S.A. (fs. 4063, punto 2; fs. 4067, punto 2; fs. 4071, punto “a”; fs. 4077, punto “a”; fs. 4083, punto 2).

(c) Obviamente, esas “entregas” a medida que fueron realizándose se incorporaron al patrimonio del tomador y, desde la consiguiente posición jurídica de dueño de los fondos, debe entenderse fueron cumplidos por él los actos de disposición ulteriores.

En otras palabras, las aludidas “entregas” permitieron al tomador Gines Miguel Perea disponer como propietario efectivamente de los fondos prestados, según el peritaje contable, sea mediante extracciones “en efectivo” (fs. 4067, punto 2; fs. 4068, punto 4; fs. 4071, punto “a”; fs. 4073, último párrafo del punto “a”), sea mediante débitos que, obviamente, no pudieron tener lugar sin su autorización (Banco Bansud S.A., fs. 4063/4064, punto 3; fs. 4077, punto “a”; y fs. 4083, punto 3).

Y habiendo el tomador, en tal carácter, utilizado las sumas prestadas, ninguna trascendencia tiene si ello fue el mismo día en que se cumplió cada acreditación, toda vez que, aun en tal caso, la disposición mediante extracciones o débitos no puede reputarse aparente o artificial.

(d) Corresponde observar, a todo evento, que tanto el préstamo del 13/2/1998, como las entregas, extracciones o débitos referidos, fueron registrados en todos los casos en libros contables llevados en legal forma (fs. 4063/4064, puntos 1 y 6; fs. 4067, punto 1; fs. 4072; fs. 4078; y fs. 4083, punto 1); y que de los mismos registros resulta, en algunos casos, la cancelación en fecha concomitante de las deudas bancarias que mantenía Albayda S.A. mediante pagos por subrogación efectuados por Mediacom Equities S.A. (fs. 4072; fs. 4078, punto “d”; y fs. 4084), lo que, obviamente, fue de acuerdo con el programa de ejecución contractual resultante del instrumento suscripto en la fecha indicada.

Por cierto, no empaña el asunto que en el peritaje contable se hubiera indicado que el Banco Macro S.A. hizo su acreditación de fondos un día antes de la firma del “Contrato de Préstamo y Fideicomiso”, toda vez que la fecha



del 12/2/1998 indicada a fs. 4063 parece más bien un error de tipeo, ya que en fs. 4064 se dice que la acreditación por parte de esa entidad tuvo lugar precisamente el 13/2/1998.

(e) No dejo de apreciar que el peritaje contable no tuvo acceso a la contabilidad de los otros demandados “prestamistas financieros” (fs. 4086/4087, 4088, 4089, 4090 y 4091) y que lo exhibido por Scotiabank Quilmes S.A., hoy Banco Quilmes S.A., y por Agmafin S.A. no fue esclarecedor (fs. 4357/4359).

Sin embargo, juzgo que ello no es determinante para concluir, como se pretende, que el financiamiento dado al señor Gines Miguel Perea Romero tuvo una existencia aparente y meramente contable, pues a todo evento, como lo destaca el propio dictamen del Ministerio Público Fiscal, en los autos “Albayda S.A. s/ quiebra” obran la totalidad de los instrumentos comprobatorios de los pagos por subrogación hechos por Mediacom Equities S.A. a favor de dichos “prestamistas financieros” (ver detalle en fs. 5475 vta./5476); abonos que no es razonable pensar fueron extendidos por mera complacencia y sin reconocer contrapartida en aportes a cuenta de emisión de capital comprometidos por el causante de los actores.

(f) Con relación afín a esto último e interpretando que la expresión “... *emisión de capital...*” contenida en el instrumento del 13/2/1998 (fs. 48) equivale a su “aumento”, todavía cabe observar que la ausencia de prueba directa referente a que Mediacom Equities S.A. hubiera efectivamente incrementado su capital social (fs. 5476 vta.), no predica necesariamente nada a favor de la alegada inexistencia de los referidos aportes a cuenta.

Es que siendo la citada una sociedad extranjera, son las leyes del lugar de su constitución las que rigen todo lo atinente al aumento del capital social, desde que se trata de un aspecto vinculado a la existencia del ente (art. 118 de la ley 19.550; Cabanellas de las Cuevas, G., ob. cit., t. 9, p. 292).

Y, al respecto, la investigación oficiosa de esa normativa hecha por el suscripto según lo autoriza el art. 2595, inc. “a”, del Código Civil y Comercial de la Nación (conf. Uzal, M., *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 2016, ps. 124/125; Lorenzetti, R., ob. cit., t. XI, p. 493; Alterini, J., ob. cit., t.



XI, p. 94), no ha podido establecer que la legislación sobre sociedades anónimas panameñas fije plazos para proceder al aumento de capital por causa de aportes hechos por terceros en forma irrevocable a ese fin (conf. Código de Comercio de Panamá, arts. 249 a 296 y 417 a 459; y ley n° 32 de 1927). En su caso, la presencia de una previsión legal o contractual diversa debió ser objeto de prueba, lo que no ha ocurrido.

En otras palabras, no es certero que una eventual pendencia del referido aumento de capital se deba a que los aportes para su aumento comprometidos por Perea Romero nunca se hubieran hecho. Al menos, en ese sentido nada concreto se ha probado en autos.

12°) La demanda también involucró una pretensión de resarcimiento de daños.

En efecto, en ella reclamaron los accionantes “...*la indemnización de los daños y perjuicios que les fueran causados como consecuencia de los variados incumplimientos en los que incurriera el fiduciario y los prestamistas respecto de las obligaciones contraídas bajo el Contrato de Préstamo y Fideicomiso...*” (fs. 148 vta.).

Como se ve, los sujetos pasivos de la pretensión resarcitoria son dos, por una parte el fiduciario y por la otra los prestamistas.

Por razón de mejor exposición, comencemos por los últimos.

(a) Al postular su reclamo los actores fueron contradictorios pues, por un lado afirmaron que el resarcimiento era demandado “...*independientemente de la circunstancia de que los préstamos hayan sido o no desembolsados...*” (fs. 148 vta), es decir, independientemente del planteo de inexistencia fundado en la ausencia de la entrega que perfeccionaría un reputado contrato real, pero por otro, páginas después, siguieron sosteniendo como no perfeccionado y, por ende, inexistente el préstamo (fs. 151 y vta./152).

Esa contradicción, empero, luce actualmente despejada en los agravios de los actores, pues en ellos aclaran que la indemnización que persiguen está ligada a la previa declaración de inexistencia antes referida (fs. 5141 vta./5142 y 5161 vta.).



Pues bien, aunque en abstracto puede ser admitida la posibilidad de reclamar daños y perjuicios derivados de los efectos cumplidos por un acto posteriormente declarado inexistente (conf. Trigo Represas, F. y López Mesa, M., *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 2004, t. II, ps. 876/877), lo cierto y concreto es que, como ya se sabe, esta última premisa no se ha concretado en autos, por lo que, lógicamente, cae en saco roto la pretensión resarcitoria intentada contra los prestamistas financieros quienes, según ya se ha concluido, cumplieron efectivamente con la concesión crediticia que comprometieron.

A todo evento, no está de más destacar que la demanda contuvo un capítulo titulado “Descripción de los incumplimientos en los que habrían incurrido el Fiduciario y los Prestamistas”, pero la detenida lectura de esa parte del escrito de inicio sólo evidencia imputaciones relacionadas a la actuación cumplida por Sud Inversiones y Análisis S.A. (fs. 151 y ss.).

(b) En cuanto a la demanda por daños contra esta última sociedad anónima que actuó como fiduciario del fideicomiso de garantía, no creo sin embargo que ninguno de los reproches de los actores se justifique.

Sostuvieron estos últimos que el fiduciario procedió a la ejecución de un préstamo inexistente (fs. 151 vta./152 vta). Sin embargo, ya fue explicado por qué no debe entenderse inexistente el préstamo, y por qué la venta extrajudicial del bien fideicomitido no puede calificarse como una ejecución.

Asimismo, postularon los demandantes en el escrito de inicio que el precio obtenido en dicha venta extrajudicial (U\$S 1.000.000) fue “vil” pues resultó sustancialmente más bajo que el valor de enajenación fijado en el Contrato de Fideicomiso (U\$S 24.000.000; fs. 60) y que, consiguientemente, no alcanzó sino para desinteresar parcialmente al acreedor hipotecario Grobocopatel S.A., extremo que, dijeron, fue llamativamente consentido por los prestamistas financieros. Afirmaron, en sustancial síntesis, que el fiduciario no actuó con la diligencia de un buen hombre de negocios que le era exigible (fs. 152 vta./155 vta.). De un modo acaso mínimo este tema es retomado por los recurrentes en sus respectivos memoriales (fs. 5146 vta. y 5162) y en términos que no rebaten expresamente los argumentos



desestimatorios de la sentencia apelada basados en el escaso poder de convicción de la tasación efectuada en autos (fs. 5080 vta.), por lo que no puede en este aspecto entenderse presente la crítica razonada y fundada que exige el art. 265 del Código Procesal. Mas haciendo abstracción de esto último, no puede dejar de ser observado todavía lo siguiente: I) la responsabilidad del fiduciario no podía ser otra que la de conducir la venta del bien fideicomitado de una manera “comercialmente razonable”, pero puesto que la suya no era, en tal aspecto, una obligación de resultado, la no obtención del mejor precio no hace que la venta no pueda considerarse razonable si, como ocurre en la especie, no ha sido demostrada la omisión por aquel de los pasos necesarios para la obtención de un precio justo teniendo en cuenta la naturaleza del bien que constituye la garantía, las particularidades del caso, el mercado, etc.; es que el fiduciario no está obligado a obtener el mayor valor posible, sino a realizar sus mejores esfuerzos y arbitrar los medios necesarios para obtener tal fin (conf. Huertas Buraglia, L., *El fideicomiso de garantía: características y ventajas*, en la obra dirigida por Cabanellas de las Cuevas, G. y de Reina Tartièrè, G., “El fideicomiso de garantía”, Buenos Aires, 2008, ps. 309, 311/312); y II) la subasta del inmueble fideicomitado en garantía no fue realizada personalmente por el fiduciario sino que fue encargada a un martillero que, cuanto más, actuó por cuenta de aquél (conf. Fontanarrosa, R., *Derecho Comercial Argentino*, Buenos Aires, 1979, p. 553, n° 413), y que por ser ello así, para responsabilizar al comitente, esto es, a Sud Inversiones y Análisis S.A., debió la actora probar que el rematador obró antijurídicamente (conf. CNCom. Sala C, 24/11/2016, “Zentrum S.R.L. c/ Bari Negocios Inmobiliarios de N. & I. S.R.L.”), esto es, con dolo, culpa o negligencia con que pueda haberse desempeñado en el cumplimiento de la comisión (conf. CNCom. Sala A, 18/12/1985, “Condal Industrial y Comercial S.A. c/ César Estevarena”), nada de lo cual ha ocurrido en autos, menos con referencia a maniobras que por acción u omisión hubieran conducido a la obtención de un precio vil.

También en el escrito de inicio los actores reprocharon al fiduciario haber enajenado el bien fideicomitado sin previamente haber enviado al



constituyente del fideicomiso una comunicación indicativa de cuál o cuáles eran los supuestos extraordinarios que, de acuerdo a la cláusula 13ª del contrato del 13/2/1998, habían habilitado la venta extrajudicial (fs. 156/157). El tema es retomado por aquellos en las expresiones de agravios (fs. 5142 vta. y ss.: y fs. 5162), mas sin provocar convicción. La ley 24.441 no imponía la obligación de proveer ninguna comunicación al fiduciante con carácter previo a la enajenación del bien fideicomitado por parte del fiduciario; antes bien, el fiduciario legalmente podía enajenar dicho bien cuando lo requerían los fines del fideicomiso, sin que para ello fuese necesario el consentimiento del fiduciante (art. 17). Y si bien quedaba a salvo la posibilidad de que, sobre la base de la autonomía de la voluntad, acordasen las partes algo distinto (conf. Freire, B., *El fideicomiso*, Buenos Aires, 1997, p. 154), lo cierto y concreto es que en el contrato de fideicomiso del 13/2/1998, nada se estipuló sobre el particular (véase fs. 59/65, cláusulas 9ª, 10ª, 12ª y 13ª). De ahí que, consiguientemente, bien pudo Sud Inversiones y Análisis S.A. ejercer el *ius vendendi* que le competía sin siquiera comunicarlo previamente al fiduciante, por lo que, en tales condiciones, la falta de indicación precisa en la carta documento transcripta a fs. 102/103 de cuáles fueron los “supuestos extraordinarios” que la fiduciaria consideró habilitante de la enajenación extrajudicial, no es elemento de juicio que pueda comprometer la responsabilidad civil por omisión de esta última. A lo que cabe añadir, todavía, que las referencias que los actores hicieron en su demanda con relación al régimen de la constitución en mora en las obligaciones recíprocas (fs. 157 y vta.), carece por completo de relación directa e inmediata con el régimen propio del mencionado *ius vendendi* del fiduciario.

Como otra diferente omisión por la que debería ser responsabilizada civilmente, los actores achacaron a la fiduciaria el no haber rendido cuentas de acuerdo a lo previsto por el art. 7º de la ley 24.441 (fs. 158/160). Frente a ello, Sud Inversiones y Análisis S.A. se defendió afirmando que nunca fue demandada para rendir cuenta alguna (fs. 1044 vta./1045). Sobre el particular juzgo lo siguiente. Si bien la obligación de rendir cuentas por el fiduciario puede parecer innecesaria en el fideicomiso de garantía (conf. Villegas,C.,



Las garantías del crédito, Buenos Aires – Santa Fe, 1998, t. II, p. 55), no debe ser descartada pues ella fue impuesta por el citado precepto para todo tipo de fideicomiso (sobre el tema, véase: Camerini, M., *El fideicomiso de garantía y la rendición de cuentas*, LL 2011-E, p. 552, nota al fallo de esta Sala D, 9/5/2011, “Corbelli, Claudio Piero Agustín c/ Banco Hipotecario S.A. s/ ordinario”). Ahora bien, aun partiendo de lo anterior, la omisión de la fiduciaria en rendir cuentas, no puede tener la consecuencia indemnizatoria pretendida por los actores. Esto es así, pues rigiendo para el caso, por analogía, lo dispuesto por el Código de Comercio de 1862 y Civil de 1869, así como el Código Procesal (conf. Kiper, C. y Lisoprawski, S., ob. cit., t. I, p. 305; Molina Sandoval, C., ob. cit., ps. 129/130, n° 44), frente a la inejecución de la obligación de rendir cuentas puede el acreedor de ellas reclamar el cumplimiento directo por la vía del juicio de rendición de cuentas (art. 68 y ss. cit. código mercantil; art. 652 y conc. de la ley de rito), pero no puede pretender una indemnización de daños y perjuicios sustitutiva a modo de ejecución forzada indirecta, pues en este ámbito resulta improcedente lo dispuesto por el art. 629 *in fine* del citado Código Civil (conf. Rouillón, A. y Alonso, D., *Código de Comercio, comentado y anotado*, Buenos Aires, 2005, t. I, p. 130, n° 8, apartado “B”). Con lo que va dicho, entonces, que la responsabilidad endilgada tampoco tiene cabida desde esta especial perspectiva.

En fin, en el marco de todo lo expuesto en esta parte del voto, resulta de abstracta consideración la afirmación de ser inaplicable el pacto de indemnidad contenido en la cláusula 18ª del contrato del 13/2/1998 (fs. 160 vta. y ss.), toda vez que no se han demostrado incumplimientos de la fiduciaria que la responsabilicen frente al fiduciante (o sus herederos).

13°) La nulidad de la subasta extrajudicial del inmueble fideicomitado es también reclamo cuyo rechazo debe confirmarse.

La sentencia recurrida no hizo lugar a tal nulidad teniendo en cuenta para ello, fundamentalmente, que en un juicio de desalojo el aquí actor Álvaro Gines Perea había prestado su conformidad para que Sud Inversiones y Análisis S.A. enajenara el inmueble referido; que la señora Felisa Elena Llano



de Perea había observado silencio frente a la comunicación que se le cursó para que entregara el inmueble a la fiduciaria como consecuencia de la cesación del comodato; y que otro tanto hicieron los coactores Juan Antonio y Gines Gonzalo Perea (fs. 5076/5078).

Los memoriales de agravios de los demandantes no ensayaron una crítica concreta y razonada de tales específicas aserciones del fallo apelado por lo que los actores, en este punto, han fallado en el ejercicio de una adecuada técnica recursiva.

Por el contrario, las apelaciones de los actores transitan otros argumentos que no son sino reiteración de temas ya examinados (inexistencia del negocio; identificación de los casos en los que el fiduciario quedaba habilitado para ejercer el *ius vendendi*; presencia de una ejecución que requeriría una omitida intervención judicial; etc.), con sólo unos pocos agregados nuevos.

Una vez más, para dar una mayor respuesta jurisdiccional, me parece adecuado resaltar lo siguiente, teniendo en cuenta asimismo los fundamentos esbozados en la demanda para articular la nulidad de que se trata.

(a) Tal como lo que reguló el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 1680), la ley 24.441 bajo cuya vigencia se pactó el fideicomiso de que se trata, no reprobaba la posibilidad de la liquidación extrajudicial por el fiduciario del inmueble fideicomitado en garantía siguiéndose, a ese fin, lo que estableciera el acto constitutivo con relación a la forma, base y condiciones de la venta (conf. Freire, B., ob. cit., p. 158; Molina Sandoval, C., ob. cit., p. 372, n° 169), e igualmente con relación a cuáles son los incumplimientos habilitantes de la liquidación misma o, como en el caso, los supuestos aptos para la actuación enajenante del fiduciario, incumbiendo a este último apreciar si los contractualmente previstos se hallan cumplidos o no (conf. Kelly, J., *Fideicomiso de garantía*, JA 1998-III, p. 782, cap. X; Huertas Buraglia, L., ob. cit., p. 307).

Estos aspectos ya han sido considerados antes con resultado adverso a los actores y, por tanto, no podría de los mismos derivarse ningún fundamento apto para fundar la nulidad de la subasta.



(b) Contrariamente a lo argumentado en fs. 243 vta. y ss., el *ius vendendi* del fiduciario y, por tanto, la facultad de hacer rematar extrajudicialmente el bien fideicomitado en garantía no afecta el derecho de defensa o del debido proceso del fiduciante -o sus herederos- tal como lo ha explicado con reiteración la doctrina mayoritaria (conf. Kiper, C. y Lisoprawski, S., ob. cit., t. I, p. 465; Fernández, R. y Gómez Leo, O., ob. cit., t. IV, ps. 354/356; Rouillón, A. y Alonso, D., ob. cit., t. II, p. 661, n° 5; Alterini, J., ob. cit., t. VII, p. 1062; Riva, J. y Álvarez Agudo, G., *Garantías modernas*, Buenos Aires, 2007, ps. 158/159, n° 2; Carregal, M., *El fideicomiso de garantía ante el derecho concursal y la concurrencia entre acreedores*, en la obra dirigida por Cabanellas de las Cuevas, G. y de Reina Tartièrre, G., “El fideicomiso de garantía”, Buenos Aires, 2008, ps. 451/452; Márquez, J., ob. cit., JA 2000-IV, p. 1225, cap. VI; Molina Sandoval, C., ob. cit., p. 369; Álvarez, G., *Algunas notas sobre un tipo de garantía autónoma: el fideicomiso de garantía*, Doctrina Judicial, t. 2003-1, p. 295, cap. IV).

Cabe insistir, asimismo, en que el fiduciario no ejecutó la garantía en sentido procesal, sino que al hacer vender el bien fideicomitado cumplió con el *pactum fiduciae*, razón por la cual la cláusula 29ª *in fine* reiteradamente citada en el escrito de fs. 239/249 y en los memoriales, no tiene relación alguna con los extremos examinados.

(c) El principio *favor debitoris* invocado por los actores (fs. 5146 vta./5148 vta.) solamente juega en materia de exégesis o interpretación contractual como un precepto residual que debe ser entendido en el sentido de la protección de la parte más débil del contrato (conf. Borda, G., *La regla “favor debitoris” en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, LL 1985-D, p. 896; Casiello, J., *La regla de interpretación “favor debitoris”*, LL 1985-C, p. 1227; Gianfelici, M., *La interpretación de una regla de interpretación: la regla “favor debitoris”*, LL 1985-D, p. 1133).

Pero en el caso su eventual aplicación no conduce a ningún resultado interpretativo como el propiciado por las apelaciones en relación a la citada



cláusula 29ª *in fine*, habida cuenta, como se dijo, que ella no guarda relación con el ejercicio del *ius vendendi* acordado al fiduciario.

(d) A la subasta extrajudicial no corresponde aplicarle las normas que regulan la subasta judicial (conf. CNCom, Sala C, 10/9/1997, "Billote, Federico c/ Banco de Crédito S.A."; íd. Sala C, 14/8/2009, "Pereira, Marcelo c/ Klein, Enrique s/ ordinario") y su invalidez debe ser perseguida en función de no haberse observado las previsiones contenidas en la ley 20.266 para el acto de remate, o bien en las leyes locales que resulten aplicables (conf. Etcheverry, R., *Derecho Comercial y Económico – Parte General*, Buenos Aires, 1987, ps. 452/454, n° 155).

Sin embargo, no hay en la ampliación de demanda de fs. 239/249 ninguna mención de ninguna normativa como la indicada, ni invocación de causales invalidantes que deriven de ella.

(e) Las ventas en remate público, ya sea extrajudicial o judicial, quedan sometidas a las contingencias propias de esa clase de operaciones, sin que el bajo precio y hasta el vil sea por sí solo suficiente para decretar su nulidad. Es necesaria la concurrencia de otras circunstancias, vgr. colusión entre martillero y comprador, deficiencias o irregularidades notorias del acto del remate, falta de la publicación de ley, etc. (conf. CNCom. Sala A, 15/9/1969, "Banco de la Provincia de Tucumán c/ Maderera Argentina Industrial, Comercial y Agropecuaria S.A.").

No obstante, nada de ello se adujo en fs. 243 y ss., como tampoco en los memoriales.

A todo evento, como no lo oculta el dictamen del Ministerio Público, la suma que finalmente se obtuvo por la venta, fue la que resultó de un remate "sin base" realizado después de dos vanos intentos de subastas "con base" (fs. 5480, último párrafo). Y ello, cabe observarlo, estuvo completamente de acuerdo con la previsión contractual correspondiente que, precisamente, habilitaba la subasta "sin base" si el bien salía a remate por tercera vez (cláusula 13ª, fs. 64).

(f) En fin, si lo anterior se creyera insuficiente todavía correspondería decir que la nulidad de la subasta requiere que sea oído el martillero (que en el



caso lo fue la inmobiliaria Narvárez Subastas), ya que integra un litisconsorcio pasivo forzoso conjuntamente con el adquirente y con los beneficiarios del remate (art. 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; Palacio, L., *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1987, t. VII, p. 620; Rivas, A., *Tratado de las Tercerías*, Buenos Aires, 1996, t. 2, ps. 346/348, n° 507).

Los actores, empero, han omitido traer a juicio al martillero, por lo que la correlativa falta de integración de la litis es también motivo autónomo para el rechazo de la pretensión (conf. Fenochietto, E. y Arazi, R., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado*, Buenos Aires, 1993, t. 1, p. 368, n° 4, texto y nota n° 19; Highton, E. y Areán, B., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, concordado con los códigos procesales – análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, 2004, t. 2, p. 363, texto y nota n° 69; Morello, A. y otros, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, La Plata – Buenos Aires, 1985, t. II-B, p. 354).

14°) La exigencia establecida en el art. 265 del Código Procesal de efectuar una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que se estiman equivocadas, se cumple mediante la indicación detallada de los errores, omisiones y demás deficiencias que pudiera reprochar al pronunciamiento recurrido el apelante, así como la refutación de las conclusiones de hecho y de derecho en que fundó el juez su decisión. De tal suerte, la mera discrepancia o disconformidad con la solución, sin aportar razones que la desvirtúen o sin dar bases jurídicas a un distinto punto de vista, no es expresar agravios en los términos de la citada norma ritual (conf. Alsina, H., *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, 1942, t. II, p. 680, ap. “e”; Acosta, A., *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, Buenos Aires, 1950, p. 156, n° 93; Ibáñez Frocham, M., *Tratado de los recursos en el proceso civil*, Buenos Aires, 1963, p. 193; Colombo, C., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado*, Buenos Aires, 1976, t. I, ps. 445/446; Fassi, S., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, 1978, t. I, ps. 719/720, n° 1642; Palacio, L., ob. cit. t. V, ps. 266/268, n° 599; Acosta, J.,



Procedimiento civil y comercial en segunda instancia, Santa Fe, 1981, t. I, p. 211/212; Rivas, A., *Tratado de los recursos ordinarios*, Buenos Aires, 1991, t. 2, ps. 473/475, n° 208; Highton, E. y Areán, B., ob. cit., t. 5, p. 241).

Bajo tal entendimiento, corresponde declarar desierto el recurso de apelación presentado por la sindicatura designada en la quiebra del patrimonio del fallecido Gines Miguel Perea Romero, de conformidad con lo previsto por el art. 266 de la ley de rito. Es que el memorial de fs. 5165/5167 lejos está de constituir una crítica concreta y razonada del fallo de primera instancia habida cuenta la extrema generalidad de sus planteos, que más bien lucen como el simple resumen de los argumentos de los actores; la total ausencia de citas de fojas; la no menos total ausencia de citas legales; la aserción de haberse violado el orden de prelación concursal, sin explicar de qué modo ello ocurrió; etc. Y todo ello, valga señalarlo, en el marco de una dudosa o, tal vez ausente convicción de la propia sindicatura en la procedencia de la demanda, pues de otro modo debió haber sido ella misma la promotora, cuanto menos, en defensa del interés de los acreedores del mencionado proceso falencial, de las declaraciones de inexistencia y/o nulidad por simulación tratadas en autos.

15°) Por lo expuesto, habiendo prestado atención solamente a los contenidos que resultan pertinentes para la correcta composición del litigio (conf. CSJN, Fallos 258:304; 262:222; 272:225; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970; etc.) y oído el Ministerio Público Fiscal, propongo al acuerdo rechazar las apelaciones de los actores, con costas; y declarar desierto el recurso interpuesto por la sindicatura designada en la causa “Sucesión de Perea Romero, Guines Miguel s/ quiebra”, con costas a cargo del patrimonio fallido.

Así voto.

Los señores Jueces de Cámara, doctores Vassallo y Garibotto adhieren al voto que antecede.

Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan:

(a) Rechazar las apelaciones de los actores, con costas.



(b) Declarar desierto el recurso interpuesto por la sindicatura designada en la causa “Sucesión de Perea Romero, Guines Miguel s/ quiebra”, con costas a cargo del patrimonio fallido.

(c) Diferir la consideración de los honorarios hasta tanto sean regulados los correspondientes a la anterior instancia.

Notifíquese y una vez vencido el plazo del art. 257 del Código Procesal, devuélvase la causa al Juzgado de origen.

Cumplase con la comunicación ordenada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15/13 y 24/13).

Gerardo G. Vassallo

Juan R. Garibotto

Pablo D. Heredia

Julio Federico Passarón
Secretario de Cámara

