



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

NEUQUEN, 1 de julio de 2020.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"MARIANO GRACIELA Y OTROS C/ CUNNINGHAM GLEN NOEMI NILDA Y OTROS S/ SIMULACION"**, (JNQCIA4 EXP N° 513013/2016), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 470/484 vta., que hace lugar a la demanda, declarando simulada y nula la donación de las acciones que titulariza Nilda Cunningham Glen en la sociedad Royalro S.A. y que transfiriera a favor de María Valeria Montelpare y José Ariel Montelpare, con costas a los vencidos.

a) Las demandadas María Valeria Montelpare y Noemí Nilda Cunningham Glen se agravian porque entienden que no se ha acreditado la real intención que habrían tenido en orden a obstaculizar, con la transferencia de las acciones, el derecho al cobro de los actores acreedores.

Dicen que la intención de las recurrentes fue lícita, honesta y no se tuvo en miras el perjuicio a los actores.

Siguen diciendo que se encuentra acreditado que 1) el conflicto se daba entre la señora Nilda Cunningham Glen y su hermana Silvia, frente a sus hermanos Rodolfo y Susana, y que como la votación quedaba siempre empatada, ya que cada uno de los hermanos tenía el 25% de las acciones, y los conflictos

no podían destrabarse, por consejo de su abogado personal y del de la empresa, es que Silvia y Nilda cedieron las acciones a sus respectivos hijos; 2) la estrategia fue que cambiando los protagonistas se pudiera lograr cierto diálogo y acuerdos que pusieran fin a la batalla judicial, considerando la conveniencia que fueran los propios descendientes; 3) la posterior cesión de derechos patrimoniales de los nuevos accionistas a favor de Nilda se llevó a cabo también por sugerencia de su abogado particular, y tuvo como objetivo asegurarle la percepción de las ganancias de la empresa dada su condición de jubilada, con escasos ingresos y delicadas condiciones de salud, y a fin de que el ejercicio de los derechos políticos estuviera a cargo de Valeria y Ariel, circunstancia esta última que efectivamente sucedió.

Señalan que la cesión se realizó ante escribano público, con suma urgencia, en fecha 13 de abril de 2009, pues había una asamblea ordinaria fijada en sede judicial para el día 20 de abril de 2009, para tratar las responsabilidades y los balances pertinentes.

Manifiestan que en el expediente n° 358.669/2007 se denunció el cambio de accionistas y se dieron las explicaciones pertinentes, en fecha 20 de abril de 2009. Transcriben parte de este escrito.

Citan el testimonio del Dr. Pino Muñoz respecto de cómo se generó la cesión de acciones y la reserva de derechos patrimoniales; como así también el del Dr. Tomás Campenni, coincidente con su colega.

Destacan de este último testimonio que el supuesto contradocumento no dejaba sin efecto la donación de las acciones de Noemí Cunningham Glen a favor de sus hijos, sino que la primera se reservaba los derechos patrimoniales, y los hijos, los políticos.

También citan el testimonio del contador Darío Sánchez, y sostienen que ninguno de los declarantes habló de la supuesta intención de Nilda Cunningham Glen de insolventarse para no hacer frente a sus obligaciones.

Afirman que la jueza de grado no ha tenido en cuenta que la donación de acciones con reserva de los derechos patrimoniales es una herramienta frecuente y eficaz en las sociedades de familia, a la hora de suceder a los fundadores por lógica generación.

Reconocen que si bien se puede cuestionar la instrumentación, lo cierto es que el objetivo fue que Valeria y Ariel ejercieran los derechos políticos, y Nilda mantuviera los derechos patrimoniales.

Explican que la forma en que se instrumentó, obedece a las razones de urgencia ya señaladas.

Insisten que en modo alguno se tuvo en miras perjudicar a los acreedores.

Consideran que la imposición de costas en el orden causado por sentencia de fecha 28 de diciembre de 2006, dictada en el expediente n° 330.370/2005, no genera acreencia alguna a favor de los actores, la que recién nació con la regulación de sus honorarios en fecha 19 de junio de 2012, la que adquirió firmeza con fecha 31 de julio de 2014.

Sin embargo, agregan las apelantes, los instrumentos que impugnan datan del año 2009, o sea varios años antes que los actores resultaran acreedores de la señora Cunningham Glen, lo que echa por tierra, a criterio de las apelantes, cualquier objetivo ilícito, fraudulento o simulado, con el fin de perjudicar a los demandantes.

Destacan que los letrados actores iniciaron ejecución de honorarios, en atención a la imposibilidad de la

señora Cunningham Glen de afrontar su pago en atención a su elevado monto, por la exorbitante suma de \$ 598.500,00, en expediente n° 330.370/2005.

Relatan que en dicho trámite ejecutivo se embargó el alquiler de un departamento, además del 12,5% de las acciones de Royalro S.A., percibiendo mensualmente alrededor de \$ 39.000,00, y encontrándose en la actualidad totalmente desinteresados, ya que se le ha abonado cerca de \$ 1.000.000,00 en concepto de capital e intereses, por lo que no entienden que se les acuse de que se haya insolventado.

Cuestionan los dichos de la a quo referidos a que, de todos modos, Royalro S.A. se disolvió, por lo que la donación de acciones no cumplió con su objetivo.

Sobre este punto sostienen que la jueza de grado no ha tomado en cuenta que el acta de fecha 2 de diciembre de 2019, obrante en el expediente n° 358.669, da cuenta de la presentación de los nuevos accionistas Valeria y Ariel Montelpare; y Silvina, Cecilia y Mariana Bobeda, y con la presencia de Susana y Rodolfo Cunningham Glen se decide disolver la sociedad, pero también se acuerda por unanimidad una serie de cuestiones muy importantes, las que, de no ser por la presencia de los nuevos socios, no se habrían podido aprobar. Enumeran estas cuestiones.

Insisten en que la cesión de los derechos políticos fue real, en tanto que, desde que ella se instrumentó, la señora Cunningham Glen dejó de participar por completo en la vida societaria, conducta que fue confirmada por el Dr. Campenni en su declaración, al igual que con el testimonio del Cr. Darío Sánchez.

Se quejan de la afirmación contenida en la sentencia recurrida respecto a que se intentó que el

contradocumento permaneciera oculto, cuando de su texto surge precisamente lo contrario, ya que la cláusula tercera estableció que el instrumento de cesión debía ser notificado a la sociedad y/o a quién corresponda, para ser presentada ante organismos públicos o privados, a los fines que correspondan. Agregan que todos los socios, como el administrador de la sociedad y el abogado de la empresa, conocían esta circunstancia.

b) La parte actora contesta el traslado del memorial de su contraria a fs. 511/516.

En primer lugar señalan que los agravios no constituyen una crítica concreta, razonada y fundada del fallo apelado.

Dicen que la a quo consideró todas las pruebas producidas y que de ellas surge que: 1) no obstante la pretendida donación, y aún cuando los codemandados Montelpare no habían todavía cedido a su madre los derechos patrimoniales, la supuesta donante percibía la totalidad de los montos derivados de tales derechos patrimoniales, como si la donación no hubiese existido; 2) a la fecha en que se realizó la donación, la señora Noemí Nilda Cunningham Glen conocía que las costas habían sido impuestas en el orden causado y que, por tal razón, oportunamente debería cancelar los honorarios que quedaran a su cargo; 3) el instrumento privado de cesión (contradocumento) de los donatarios a favor de su madre fue suscripto muy poco después de instrumentada la donación, pero se lo mantuvo culto por más de cinco años; 4) más allá de ese contradocumento Noemí Nilda Cunningham Glen continuó percibiendo la totalidad de los montos correspondientes a los derechos patrimoniales derivados de las acciones; 5) el contradocumento fue traído a la luz por Noemí Nilda Cunningham Glen, quién dice que fue otorgado en

salvaguarda y garantía de su derecho patrimonial, lo que indica, evidencia y prueba la real naturaleza del contradocumento; 6) poco después de celebrada la supuesta donación, en el expediente n° 358.669/2007, en fecha 2 de diciembre de 2009, se convino en disolver la sociedad por acuerdo de los socios, lo que evidencia la falsedad de que el objeto de la donación haya sido honrar el esfuerzo de los antecesores de la donante para lograr la continuación de la empresa, respecto de lo cual los donatarios habrían manifestado su profundo anhelo de seguir desarrollando y ampliando la actividad comercial de la misma; 7) el procedimiento implementado por los demandados para que la señora Cunningham Glen, a partir de la supuesta donación, continuara percibiendo las sumas correspondientes a los derechos patrimoniales derivados de las acciones supuestamente donadas; 8) para la intervención de una nueva generación en la gestión de la sociedad no era necesario que la donante resignara la titularidad de las acciones, ya que hubiese bastado con el otorgamiento de poderes suficientes a sus hijos; 9) cuando los actores intentaron avanzar en la ejecución de honorarios, María Valeria Montelpare rápidamente revocó la cesión realizada a favor de su madre; 10) simultáneamente a la donación de las acciones, Noemí Cunningham Glen donó dos inmuebles de su propiedad, ubicados en la ciudad de Cipolletti, lo que también importa provocar o incrementar la insolvencia patrimonial.

Entienden que de esa enumeración emergen presunciones graves, precisas y concordantes de que la donación de acciones fue simulada, y que el objeto subyacente en ese acto fue el de provocar o incrementar una situación de insolvencia patrimonial de la señora Cunningham Glen, que perjudica a sus acreedores.

Insisten que, en realidad, los derechos patrimoniales por las acciones nunca salieron del patrimonio de la donante, siendo palpable la deshonestidad, cuando frente a embargos reales o posibles, María Valeria Montelpare revocó su cesión de derechos patrimoniales.

Vuelven sobre la donación de los inmuebles y se refieren a los dichos de los testigos, como así también a la prueba de presunciones.

Manifiestan que tienen legitimación para accionar por simulación todos aquellos que tengan un derecho actual o eventual, bastando con que el acto impugnado entrañe un peligro de hacer perder un derecho, o de no poder utilizar una facultad legal.

Agregan que los acreedores de fecha posterior al acto pueden cuestionarlo por simulación.

Siguen diciendo que a la época en que se realizó la donación, ya se encontraba firme la resolución imponiendo las costas en el orden causado, lo que importa que la supuesta donante ya sabía que oportunamente debería afrontar el pago de los honorarios de los actores.

En cuanto a la ausencia de daño pretendida por las apelantes, afirman que la impugnación por simulación no tiene por objeto resarcir el perjuicio, sino hacer constar el verdadero estado del patrimonio de los simulantes, o la verdadera índole de los negocios realizados, para ejercitar después, sobre esa base, los derechos que normalmente competen al impugnante.

Destacan que en tal sentido este proceso fue útil para demostrar la situación, aunque luego de demostrada no tengamos el derecho a ejecutar una deuda cancelada. No

obstante ello, consideran los actores que la simulación les produjo daño.

Definen este perjuicio en que su derecho no fue extinguido ni abonado, aunque más no sea en forma parcial, ya que no se conocía el monto adeudado, pese a que Noemí Cunningham Glen continuó percibiendo utilidades y partes del capital de los bienes enajenados.

Dicen que del testimonio del Dr. Tomás Campenni surge que la sociedad en liquidación enajenó bienes inmuebles de su titularidad, habiendo declarado en igual sentido el Dr. Javier Pino Muñoz, quién afirma que desde el año 2009 liquidaron varios bienes menos el hotel, que por encontrarse alquilado seguía generando una renta.

II.- El memorial de la parte demandada reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, por lo que he de abordar su tratamiento.

III.- La sentencia de primera instancia ha hecho lugar a la demanda y, en consecuencia, ha declarado la nulidad del contrato de donación de acciones celebrado entre los demandados.

Las recurrentes plantean su argumentación recursiva en torno a la inexistencia de perjuicio en los actores, y menos aún de la intención de ocasionarles daño, por lo que, en su opinión, se encuentra ausente un elemento indispensable para que la simulación sea considerada ilícita, cuál es el perjuicio a terceros.

Juan Carlos Garibotto señala que el Código Civil de Vélez Sarsfield, normativa que rige el sub lite conforme lo ha determinado -correctamente- la a quo, no trae una definición de la simulación, sino que se limita a describir distintos supuestos en que este vicio del acto jurídico se configura. El

autor citado acude, entonces, a la opinión de distintos doctrinarios para determinar que debe entenderse por simulación: "...es posible partir de la noción que brinda Acuña Anzorena: "...hay simulación toda vez que exista una disconformidad intencional entre la voluntad y su declaración, acordada entre partes con el fin de engañar a terceros".

"Como ya ha quedado dicho, a grandes rasgos, la doctrina posterior, se ajusta a esta concepción. De manera más escueta, Borda enseña que "acto simulado es aquél que tiene una apariencia distinta de la realidad". Arauz Castex desarrolla esta concepción diciendo que "se llama simulación a la realización de un acto jurídico que las partes han querido solamente como apariencia de otro acto u omisión, que también han querido como realidad no aparente".

"En rigor de verdad, las definiciones pueden multiplicarse, pero lo que interesa señalar es que, en todas ellas, se parte de la existencia de una divergencia acordada entre las partes para celebrar un acto jurídico -acto ostensible o aparente-, querido solamente para encubrir otro acto u omisión -acto oculto o encubierto- con la finalidad de engañar a terceros.

"Con este punto de partida, es posible enunciar los elementos que siempre concurren cuando media simulación. Tales elementos son los siguientes:

"1) disconformidad intencional entre la voluntad real y la voluntad declarada. Existe un divorcio deliberado entre la voluntad interna y la manifestación de la voluntad, entre lo que realmente se quiere y lo que se expresa querer. Se trata de un divorcio consciente entre la voluntad real y su declaración, de manera que la simulación supone -siempre- la disconformidad intencional entre las partes del acto simulado en orden a la exteriorización de la voluntad. Así, se ha

establecido "la simulación exige como presupuesto la declaración de un contenido de voluntad no real, emitido conscientemente y de acuerdo entre las partes" (Rev. LA LEY, t. 143, p. 499);

"2) existencia de acuerdo entre las partes. Al decir de Acuña Anzorena "...no basta a los efectos de la existencia del acto simulado, que una persona manifieste su voluntad en sentido diverso al querido, sino que es menester la presencia de otra persona que acuerde con aquella, de otra declaración de voluntad, igualmente ficticia y formulada de acuerdo entre las partes del acto simulado". Es decir que la simulación supone una relación bilateral entre quienes efectúan el negocio, sujetos que cooperan entre sí para la creación del negocio aparente u ostensible. Esta es la posición de la unanimidad de la doctrina, con la sola discrepancia de Borda, quién considera que -en supuestos muy excepcionales- puede existir simulación unilateral. No compartimos la opinión de este jurista y pensamos que la simulación importa siempre la bilateralidad, habiéndolo entendido así la jurisprudencia: "el acuerdo simulatorio es la relación bilateral entre los que efectúan el negocio cooperando juntos en la creación del acto aparente" (Rev. LA LEY, t. 103, p. 164; t. 1975-B, p. 325; t. 1975-D, p. 359; t. 1976-D, p. 415; t. 1977-D, p. 606).

"3) finalidad de engañar a terceros. Quienes concurren con su voluntad a la concertación del acto simulado lo hacen con la finalidad de engañar al público en general, pero ello no significa, por necesidad, que el engaño persiga perjudicar a terceros, pues puede ser perfectamente inocuo. Esta característica va ínsita en la simulación, toda vez que la creación de una apariencia diversa de la realidad, la construcción de una ficción, necesariamente conduce al engaño

de quienes no participan en esa construcción” (cfr. aut. cit., “Simulación y fraude en los actos o negocios jurídicos”, LL 1990-D, pág. 1.106).

Es por ello que, conforme lo sostiene la recurrente, la existencia de simulación, por sí sola, no apareja que ella sea ilícita. El art. 957 del Código Civil de Vélez Sarsfield regla: *“La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito”.*

Daniel Crovi sostiene que el “disfraz” de un negocio jurídico no puede reprobarse si con él no se pretende ofender a la ley o al derecho de terceros; y agrega *“Los ejemplos de simulación lícita no son por cierto abundantes, pero es perfectamente posible que una persona, para no ser requerida como fiador o por motivos de modestia, haga figurar bienes a nombre de terceros, siempre que con ello no se pretenda, al mismo tiempo, perjudicar derechos del Fisco. También puede suceder que alguien aparente una venta de acciones a un amigo en vez de darle poder para que lo represente en la asamblea de una sociedad anónima.*

“La simulación es ilícita cuando perjudica a un tercero o tiene una finalidad ilícita. Para que la simulación sea ilícita basta con la intención de perjudicar a terceros, no siendo necesario que ese fin se haya consumado, precisamente porque la acción de simulación tiende muchas veces a evitar que el daño efectivamente se produzca” (cfr. aut. cit., “Código Civil Comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005, T. “Hechos y Actos Jurídicos”, pág. 423/424).

Ello nos lleva a la causa simulandi. Luis Alberto Valente explica que la causa simulandi es la razón o motivo determinante que han tenido las partes al concertar el acto ficticio, es el porqué del engaño, su finalidad (principio teleológico). *“Y atento que en el actuar humano, y más aún, en*

el mundo de los negocios jurídicos, no es verosímil un actuar sin causa, sin motivo determinante, es decir la comisión de un acto que no responda a una finalidad determinada, puede concluirse, que el engaño es de la esencia de la simulación, la que obedece siempre a una causa; y en tanto la simulación lícita se vincula a un interés justificado o no causando perjuicio a terceros; en la ilícita, el engaño sí produce ese perjuicio.

"Frente al fin genérico o abstracto y constante de la simulación -el engaño al público en general-, la causa simulandi viene a ser ese fin específico, singularmente aprehendido, o si se prefiere, el motivo o razón determinante, permitiendo la valoración del negocio desde el punto de vista de su licitud o ilicitud" (cfr. aut. cit., "Correspondencia intelectual o funcional entre la causa simulandi y el acuerdo simulatorio", LL on line AR/DOC/19529/2001).

No escapa a mi conocimiento que el mayor problema en este tipo de procesos es la prueba justamente de la causa simulandi. Quizás los restantes elementos de la simulación pueden ser de relativamente fácil comprobación, pero la intención de perjudicar a terceros es una prueba ardua, en tanto ella se encuentra en la interioridad de las personas otorgantes del negocio jurídico.

Esta dificultad probatoria determina que cuando se arriba a la conclusión de la existencia de un acto simulado que merece ser nulificado lo sea a través de indicios suministrados por otros medios de prueba, en tanto raramente ha de existir una confesión referida a la intención de perjudicar a terceros.

Este íter surge claramente de los distintos precedentes jurisprudenciales, en los que se ha concluido

sobre la existencia de un negocio aparente, con perjuicio de terceros.

En este sentido se ha resuelto que *"corresponde hacer lugar a la acción de simulación promovida a fin que se declare la nulidad de la donación de un inmueble efectuada por el demandado a favor de su hijo, a los pocos días de haber sido notificado de la sentencia que lo condenaba a abonar una suma de dinero al actor, pues la relación de parentesco entre donante y donatario, la cercanía entre la sentencia de condena y el inicio de los trámites de la donación sumado a la persistencia del transmitente en el uso y goce del bien donado, constituyen indicios demostrativos de la existencia de causa simulandi, consisten en el designio del deudor de sustraerse al pago de la acreencia"* (Cám. Nac. Apel. Civil, Sala D, "G.B. c/ D.B.P.", 5/3/2009, LL 2009-B, pág. 518).

De igual modo se ha dicho: *"Resulta simulada la donación de un inmueble que efectuó el codemandado a favor de su sobrino, ya que al existir una condena en costas a su cargo, ello permite presumir que intentaba engañar al beneficiario de tal condena, sacando el bien de su patrimonio para evitar que pueda ser atacado al ejecutarse la sentencia, siendo también indicios importantes de la simulación el vínculo de parentesco entre las partes otorgantes y la inexistencia de tradición del bien"* (Cám. Apel. Civ., Com. y Familia Villa María, "Martínez c/ Flores", 5/7/2006, LL on line AR/JUR/3041/2006).

En tanto que la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná sentenció respecto de la procedencia de la acción de simulación, declarando la nulidad de la donación de un inmueble efectuado por los demandados a favor de una hija, toda vez que el acto fue realizado poco tiempo después que el donante firmara un pagaré, siendo el

donado el único bien susceptible de ejecución. Y agrega la Cámara que la insolvencia del enajenante no es un requisito de procedencia de la acción de simulación, pero si es un indicio de su existencia a la vez que toma en cuenta la conducta procesal y extraprocesal de los demandados con el fin de determinar su voluntad de honrar sus deudas, como también el vínculo de parentesco ente los donantes y la donataria (padres e hija), que hace presumir que, lo que lógicamente puede entenderse como un acto de altruismo se convierte en un negocio aparente ante la existencia de deudas insolutas (Sala III, "Avataneo c/ Avataneo", 31/5/2013, LL on line AR/JUR/36381/2013).

IV.- Si aplicamos los conceptos antedichos al caso de autos, entiendo que las pruebas aportadas a la causa dan cuenta de la existencia de un acto simulado (donación de acciones), en tanto la donante nunca dejó de gozar de los derechos patrimoniales derivados del capital accionario donado, aunque sí resignó los políticos.

En efecto, los mismos demandados han reconocido que una vez celebrada la donación, la señora Silvia Cunningham Glen siguió percibiendo las utilidades generadas por la actividad de la sociedad. Señala la sentencia recurrida, y no se encuentra cuestionado en esta instancia, que el señor José Ariel Montelpare (donatario), al absolver posiciones, reconoció que nunca percibió utilidades de la sociedad, que cedió los derechos patrimoniales de esas acciones a su madre mediante documento privado, que los hijos tenían las acciones pero que la madre cobraba la renta del hotel, que su hermana recibía las utilidades de la sociedad y le entregaba las liquidaciones a su madre, que él revocó finalmente la cesión de los derechos patrimoniales y pidió que las utilidades que le correspondían le fueran entregadas a él.

Su hermana, también donataria, María Valeria Montelpare, al someterse a la prueba confesional, sostuvo que desde el momento en que su madre le donó las acciones, ella cobraba las utilidades de la sociedad y se las entregaba a su madre, y que esto ocurrió aún antes de suscribir la cesión de los derechos patrimoniales sobre las acciones, luego revocada.

La prueba confesional se ve corroborada por el documento suscripto entre donante y donatarios, por el cual los segundos cedieron los derechos patrimoniales correspondientes a las acciones donadas a la primera, en fecha posterior y cercana a la de celebración de la donación.

Los demandantes sostienen la ilicitud de la simulación en el entendimiento que con ella se ha querido perjudicar a terceros.

Actualmente la posibilidad de daño o el daño ya no existen desde el momento que los actores han cobrado sus acreencias con sus accesorios y costas del proceso, todo ello en el trámite de ejecución de honorarios al que refiere el incidente n° 63.158/2014, que tengo a la vista; y también se encuentra reconocido por los propios actores al contestar el traslado del memorial de su contraria.

Sin embargo, la cancelación de la deuda es posterior al inicio de estas actuaciones.

Al sentenciar la causa "Baum c/ Poder Ejecutivo de la Provincia del Neuquén" (expte. n° 503.699/2014, 12/4/2016) sostuve: *"Adolfo Alvarado Velloso enseña que para que la sentencia que se emita luego del proceso resulte esencialmente justa, lo que allí decida el juzgador acerca del litigio debe coincidir exactamente con lo acaecido en el conflicto. Agrega el autor citado, "De tal modo, si éste no existió o no se confirmó su existencia, o si quién demandó o fue demandado es*

o son personas distintas a las que hubieron de demandar o ser demandadas, la decisión del juzgador debe ser adversa a la pretensión del actor. Resulta así de la mayor importancia saber...si quién adoptó voluntariamente el carácter de parte (actor) o éste le fue impuesto (demandado) es la misma exacta persona que se encuentra en el conflicto llamado a ser heterocompuesto...se trata aquí de investigar si el actor o el demandado...si uno o los dos son las personas ante las cuales cabe emitir útilmente la sentencia" (cfr. aut. cit., "Lecciones de Derecho Procesal", Ed. Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2012, pág. 324/325).

"Se trata de la legitimación para obrar, o legitimatio ad causam, y ella es la que se encuentra ausente, hoy, en las partes que llegan a la segunda instancia, fundamentalmente en la demandada.

"Si bien la demandada no ha formulado cuestionamiento alguno a su legitimación, con base en la situación del recurrente, la importancia de dictar una sentencia válida y útil, evitando dispendios jurisdiccionales inconducentes, permite que la existencia o inexistencia de legitimación para obrar pueda ser revisada de oficio por el juzgador.

"Quienes integramos esta Sala II tenemos dicho que la legitimación de los litigantes para estar en el proceso, en cuanto titulares de la relación jurídica sustancial que se debate en el expediente, es una cuestión que puede y debe ser controlada de oficio por la magistratura (autos "González c/ Paglione", expte. n° 339.824/2006, Sala I P.S. 2011-III, n° 82, entre otros).

"...No dejo de advertir que la ausencia actual de legitimación pasiva de la parte demandada es consecuencia del tiempo transcurrido entre la interposición de la demanda y el

momento en que esta Cámara debe resolver, demora producida por las distintas instancias por las que transitó este amparo (Tribunal Superior de Justicia, justicia civil provincial, justicia federal local, Corte Suprema de Justicia de la Nación y nuevamente justicia civil provincial), pero, conforme reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando las circunstancias fácticas y jurídicas varían sustancialmente desde la interposición de la demanda, el fallo debe adecuarse a las circunstancias actuales (cfr. CSJN, "Ediciones La Urraca S.A. c/ Nación Argentina", 5/12/1983, Fallos 305:2.228; ídem., "María de la Cruz Rachid y otro c/ Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas", 24/8/2010, Fallos 333:1.474; Trib. Sup. CABA, "Gottschau", 11/4/2007, LL on line AR/JUR/2034/2007).

"Conforme lo dicho, cualquier resolución de la Cámara de Apelaciones sobre los agravios del apelante referidos a la cuestión objeto de la litis deviene hoy inoficiosa, por lo que, como se adelantó, no cabe sino confirmar la decisión adoptada en la instancia de grado, aunque por los motivos aquí señalados".

La doctrina es conteste en que cuando la acción de simulación es ejercida por terceros, ellos deben tener "un interés legítimo actual en que se declare la nulidad del acto simulado...Es preciso que el acto simulado les provoque una amenaza de daño o un perjuicio actual o futuro, derivado de una lesión a sus derechos, inclusive los de carácter litigioso, dudosos o condicionales" (cfr. Pizarro, Ramón Daniel, "Simulación y fraude en nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Su impacto en el Derecho del Trabajo" en Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2015-1, pág. 25).

Reitero, los actores de autos no tienen ya interés en la declaración de nulidad de la donación de acciones en

tanto su crédito -cuya frustración de cobro fue esgrimida en la demanda como base de su interés para accionar- ha sido satisfecho, por lo que no corresponde que esta Sala se expida respecto de la nulidad del contrato de donación de acciones.

Lo dicho determina que he de propiciar se revoque la sentencia de primera instancia y se rechace la demanda.

V.- En cuanto a la imposición de costas por la actuación en primera instancia, entiendo que debe ser a cargo de la parte demandada.

Más allá de la pérdida de la legitimación de los actores por la cancelación de la deuda, ésta existió, la deudora fue reticente en su pago y, de acuerdo con el desarrollo precedentemente realizado, existió simulación y ella obstaculizó la percepción de su crédito por parte de los demandantes.

Adviértase que la donación de acciones se lleva a cabo cuando la demandada Cunningham Glen ya conocía de la imposición de costas por su orden en el proceso en el cual fue asistida por los actores, y mientras el trámite se encontraba en instancia recursiva.

Y que una vez conocida la regulación de los honorarios y también mientras éstos se encontraban en instancia recursiva, la obligada al pago de los emolumentos profesionales de los demandantes también donó dos inmuebles a sus hijos con reserva de usufructo (fs. 18/22 del incidente n° 63.158/2014), hechos que si bien no prueban por si mismos una situación de insolvencia, dan cuenta de una disminución del patrimonio de la demandada Cunningham Glen, prenda común de sus acreedores.

Surge también del trámite ejecutivo ya citado los inconvenientes habidos para que los demandantes logaran

satisfacer su crédito, el que no fue pagado voluntariamente por la demandada Cunningham Glenn, obligándolos a promover un cobro ejecutivo, el que también se vió entorpecido justamente por las donaciones realizadas por los demandados. Aunque, a partir de la publicidad del contradocumento (cesión de derechos patrimoniales sobre el capital accionario objeto de la donación) los ejecutantes pudieron embargar parte de dicho capital.

Si bien la deuda fue pagada, entiendo que la promoción de la presente acción se encontró justificada por la conducta de la parte demandada, en tanto la señora Cunningham Glenn pudo evitar el juicio honrando su deuda en tiempo y forma.

Por ello, y conforme lo habilita el art. 69, segunda parte del CPCyC y como lo adelanté, las costas de primera instancia son a cargo de la parte demandada.

Se mantienen vigentes, entonces, la base regulatoria y las regulaciones de honorarios resueltas en la sentencia de primera instancia.

VI.- Por lo hasta aquí dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte demandada, revocar el resolutorio recurrido en cuanto decreta la nulidad del acto simulado y rechazar la demanda; confirmando la sentencia de grado en lo que hace a la imposición de las costas, base regulatoria y regulaciones de honorarios.

Las costas por la actuación en la segunda instancia, teniendo en cuenta el modo en que se ha resuelto la apelación, se imponen en el orden causado (art. 68, 2da. parte, CPCyC).

Regulo los honorarios por la labor ante la Alzada de los Dres. y en el 1,57% de la base regulatoria (art. 15, ley 1.594).

El Dr. José I. NOACCO dijo:

Por compartir los fundamentos expuestos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Revocar la sentencia del 23 de agosto de 2019 (a fs. 470/484vta.), en cuanto decreta la nulidad del actor simulado y rechazar la demanda; confirmando la imposición de costas, base regulatoria y regulación de honorarios allí decidida.-

II.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado (art. 68, 2da. Parte, CPCyC).

III.- Regular los honorarios por la labor ante la Alzada de los Dres. y en el 1,57% de la base regulatoria (art. 15, ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ I. NOACCO

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria