

Viedma, de julio de 2017.-

VISTOS: Los presentes autos caratulados "SOLAIMAN ROLANDO RUBEN C/ CICCONE HUGO Y OTRA S/ DESALOJO (Sumarísimo)" Receptoría B-1VI-59-C2014 - Expte. N° 0010/2014, traídos a despacho para resolver; y

RESULTA:

1.- Que a fs. 10/11 se presenta el Sr. Rolando Rubén Solaiman, por derecho propio, e inicia demanda de desalojo por falta de pago contra el Sr. Hugo Ciccone y la Sra. María de los Ángeles Catalina Yanca, y/o cualquier otro ocupante del inmueble sito en la calle Manuel Álvarez N° 334 de Carmen de Patagones.-

Sostiene que el 12/06/12 celebró un contrato de locación con el Sr. Ciccone y la Sra. Yanca sobre el inmueble situado en calle Manuel Álvarez N° 334 de Carmen de Patagones. Afirma que desde enero de 2.013 los locatarios no pagan el canon pactado, motivo por que el ya pasados diez meses de la fecha de vencimiento se comunicó telefónicamente a fin de dar solución al retraso, circunstancia que no se produjo, por lo que envió una carta documento interpellando al pago a las demandadas para dar viabilidad a la acción.-

Manifiesta que pasaron más de diez meses -al momento de interponer la demanda- sin que Ciccone y Yanca paguen los meses adeudados de locación y que estos aún se resisten a entregar la llave del inmueble incrementándose la deuda.-

Acompaña documental, destacándose entre ellas, además del contrato de locación, un boleto de compraventa con pacto de retroventa, ofrece prueba y concreta su petitorio.-

2.- Que a 43/55 se presentan el Sr. Hugo Ciccone y la Sra. María de los Ángeles Catalina Yanca, ambos por derecho propio y con patrocinio letrado, oponen excepciones que denominan de litispendencia, de defecto legal y falta de legitimación activa. Asimismo, interponen reconvenición por nulidad del boleto de compraventa por lesión subjetiva y por ser éste de objeto prohibido. Subsidiariamente contestan demanda. Niegan por imperativo procesal los hechos expuestos en la demanda y relatan su propia versión de los mismos.-

Manifiestan que desde el año 2011, el Sr. Hugo Ciccone atravesaba por un grave estado de salud a raíz de una insuficiencia renal que requería atención médica, por lo que - debido a su situación económica- solicitaron un préstamo de veinte mil pesos (\$20.000) al Sr. Solaiman para atender los gastos médicos. Dicen que firmaron, sin tener real dimensión de sus efectos, un boleto de compraventa sobre el inmueble donde viven que sirvió de garantía por el crédito tomado, acordando dejarlo sin efecto una vez devuelto

el dinero.-

Sostienen que también firmaron con Solaiman un contrato de locación sobre su casa, como un acto formal para concederles el préstamo, y por ello nunca lo pagaron, ya que fue un acto totalmente simulado. Afirman que los contratos fueron celebrados aprovechándose Solaiman de la situación personal y la necesidad por la que transitaban, de un modo abusivo y con su voluntad viciada.-

Explican que es ilógico creer que un locador espere el transcurso de 10 meses de falta de pago para realizar recién allí una llamada telefónica a su deudor. Mucho menos creíble aún resulta el hecho de que el contrato se formalice en junio de 2.012 y que el presunto locador espere hasta abril de 2.015 para iniciar una acción por falta de pago.-

Agregan que cuando restituyeron la totalidad de \$ 20.000, le solicitaron la devolución de los documentos firmados en garantía a Solaiman, pero que aún así los contratos firmados no les fueron devueltos. Explican que ante esa situación interpusieron una denuncia penal por usura contra el accionante, la que se encuentra en el Ministerio Público Fiscal.-

Plantean además, excepción que denominan de defecto legal por entender que aunque el actor denuncia la existencia de cartas documento intimando el pago de arriendos, los mismos no fueron adjuntados a la presente, por lo que dicho incumplimiento en base a las previsiones del art. 5 de la Ley 23.091 torna procedente la excepción.-

Oponen también excepción de falta de legitimación activa en función de considerar que el boleto de compraventa es simulado y fue celebrado con un fin de aprovechamiento por parte del Sr. Solaiman y que por ello es nulo. Y al ser nulo el boleto de compraventa, el actor no es propietario del bien y por ello carece de legitimación activa para petitionar el desalojo. Asimismo, citan jurisprudencia, y ponen especial énfasis en que el actor nunca poseyó el inmueble que intenta desalojar dado que no hubo tradición. Sostienen además, que en su calidad de propietarios actuales y en ejercicio de su dominio sobre el inmueble, continúan abonando hasta el día de hoy las cuotas debidas al Instituto de la Vivienda.-

Con relación a la reconvención interpuesta se explayan sobre como ocurrieron los hechos. Enuncian que al firmar el boleto de compraventa y el contrato de alquiler no comprendieron realmente que dichos contratos eran abusivos ya que el valor del inmueble supera desproporcionadamente el valor de lo prestado. Que en su entendimiento limitado no comprendieron que en realidad se trataba de una supuesta venta y hacen referencia al estado de necesidad que atravesaba el demandado Ciccone

por su condición de salud lo cual configura el supuesto de lesión subjetiva del art. 954 del Código Civil. Citan jurisprudencia en apoyo de sus afirmaciones.-

También plantean la nulidad del boleto de compraventa por considerar que el objeto es prohibido, ya que versa sobre la venta de una vivienda adjudicada en el marco del programa del Instituto de la Vivienda de la Provincia de Bs As, cuya cláusula séptima (fs. 21 vta) prohíbe la transmisión del bien sin el consentimiento previo y escrito del Instituto referido. Citan jurisprudencia en apoyo de sus afirmaciones.-

Realizan otras consideraciones, acompañan documental, ofrecen prueba, hacen reserva federal y concretan su petitorio.-

3.- Que a fs. 62 no se hace lugar a la reconvenición deducida por los Sres. Hugo Ciccone y la Sra. María de los Ángeles Catalina Yanca, conforme art. 486 inc. 1 C.P.C.C.-

4.- A fs. 63/66 el Sr. Solaiman contesta el traslado que le fuera conferido, y se manifiesta respecto de las excepciones que los demandados denominaron como de litispendencia, defecto legal y falta de legitimación activa.-

5.- Que ante la existencia de hechos controvertidos a fs. 84 se fija la audiencia prevista por el art. 361 del CPCC de cuya celebración da cuenta el acta obrante a fs. 88, se abre la causa a prueba y a fs. 89 se provee la que resultara útil y conducente. A fs. 100 se celebra la audiencia prevista en el art. 368 del CPCC, y previa certificación por Secretaría respecto del vencimiento del plazo probatorio y su resultado a fs. 117 se procede a la clausura de dicho período. A fs. 119/120 se agrega el alegato de la parte actora y a fs. 121/124 el de la demandada. A fs. 129 llama autos para sentencia, providencia que se encuentra firme y motiva la presente.-

CONSIDERANDO:

I.- Que de acuerdo con los términos en que la litis ha quedado planteada, la cuestión a resolver consiste en determinar la procedencia o no de la acción de desalojo interpuesta por el Sr. Rolando Rubén Solaiman contra Hugo Ciccone y María de Los Ángeles Catalina Yanca. Para ello, en primer término; me expediré sobre la ley aplicable para resolver el caso, y con posterioridad sobre la denominadas excepciones de litispendencia, defecto legal planteadas al contestar la demanda como así también respecto de la falta de legitimación activa endilgada al actor y así determinar si quien intenta la acción de desalojo está legitimado para accionar -legitimación activa- y si contra quien se intenta es aquél o aquellos que tienen el deber de restituir -legitimación pasiva, y en función de los planteos defensivos y el tenor de la posición asumida por las partes, determinaré si el proceso de desalojo es la vía para debatirlas en este caso.-

II.- Corresponde precisar entonces qué normas aplicaré para resolver la cuestión traída a examen. Así, la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci ha planteado dos reglas para determinar la ley aplicable conforme a las previsiones del art. 7 del CC y C y las enseñanzas de Roubier. La primera de ellas consiste en la de aplicación inmediata de la nueva ley, pero según como se encuentren la situación, relación o las consecuencias, al momento de entrada en vigencia de la misma. En ese sentido, observo que la relación jurídica existente entre las partes no fue constituida ni sus efectos se produjeron con la nueva ley. La segunda regla es que la ley es irretroactiva, sea o no de orden público. Regla que está dirigida al juzgador, no al legislador que puede establecer carácter retroactivo de la norma de modo expreso.- (Kemelmajer de Carlucci, Aída. La Aplicación del Código Civil y Comercial a Las Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes. Rubinzal Culzoni. 1era edición. Santa Fé. 2015.-

En orden a esa determinación he de aplicar el Código Civil (Ley 17.711), la Ley 23.091 (Abrogada por el artículo 3° inciso a) de la ley 26.994, suplemento B.O.. 08/10/2014, pagina 1. vigencia: 1° de agosto de 2015, texto según ley N° 27.077 B.O. 19/12/2014.) y la formalidades impuestas a los contratos para su celebración, los efectos de sus formas -en especial el boleto de compraventa de fs. 5/6- y sus normas particulares. Ello, en tanto surge que la relación jurídica se constituyó y sus efectos se produjeron durante la vigencia de la normativa citada, lo cual también se encuentra en armonía con las previsiones actuales del art. 963 del CCyC.-

Asimismo, y conforme surge de las previsiones del art. 7 del CCyC no encuentro que lo debatido en estas actuaciones refiera a consecuencias de relaciones y situaciones jurídicas existentes sino a cuestiones que se han constituido y consumado con la anterior normativa. Por otro lado, tampoco entiendo aplicable las nuevas leyes supletorias en función del mismo parámetro fijado por el artículo citado.-

En tal sentido, la nueva ley tiene sobre la fase de una situación en curso de constitución un efecto inmediato y no retroactivo, en el sentido de que la nueva ley no puede volver sobre los elementos de la formación contractual que constituyen ya hechos que se han cumplido; pero la ley nueva puede modificar los elementos que restan reunir, o imponer nuevas condiciones de validez, en tanto el contrato no se encuentre perfeccionado. (ROUBIER, P., Les conflits de lois dans le temps (théorie dite de la non-rétroactivité des lois), Librairie de Recueil Sirey, Paris, 1933, t. II, ps. 64/65, n° 83. citado por Heredia, Pablo D. "El derecho transitorio en materia contractual"; RCCyC 2015-07-30).-

III.- Sentado ello, debo decir que el Sr. Solaiman pretende desalojar a los Sres. Ciccone y Yanca en virtud de un contrato de locación (fs. 3/4) celebrado el día 12 de junio de 2012 con un día de posterioridad a la suscripción de un boleto de compraventa (fs. 5/6) cuyas firmas han sido certificadas por ante escribano público. Asimismo, previo al inicio de demanda, el actor cursó intimación conforme art. 5 de la Ley 23.091 (fs. 8).-

Por otro lado, los demandados, como planteo defensivo a los fines de repeler la acción de desalojo en su contra, explicaron que en realidad no fue una compraventa en la cual le vendían su propiedad al Sr. Solaiman y luego en virtud de un contrato de alquiler quedaron habitando en la misma vivienda, sino que en realidad fue una operación de préstamo de dinero, surgiendo de los términos de su planteo defensivo que no reconocen en Solaiman la propiedad, que nunca hubo tradición del inmueble y que incluso siguieron pagando la cuota del Instituto Provincial de la Vivienda de Provincia de Buenos Aires.-

A fin de comenzar a determinar las cuestiones sobre las que habré de expedirme debo decir que a fs. 62, tercer párrafo, no se hizo lugar a la reconvención por no ser procedentes en el juicio sumarísimo.-

Asimismo, las demandadas no recurrieron dicha providencia ni sostuvieron que esos planteos podían pervivir como defensas de fondo por lo que solamente se dio traslado de las denominadas excepciones de "defecto legal", "litispendencia", y "falta de legitimación activa", las que fueron contestadas a fs. 63/66 por el actor.-

De este modo, veo vedado que me expida sobre los planteos de nulidad del boleto de compraventa por lesión subjetiva conforme art. 954 del Código Civil -Ley 17.711- y por objeto prohibido conforme cláusula séptima de la escritura entre los demandados y el Instituto de la Vivienda de Provincia de Bs As (fs. 19/23), los que han quedado fuera de discusión en estas actuaciones.-

Entiendo que de introducirme oficiosamente en el estudio de los planteos de nulidades estaría vulnerando el principio de defensa en juicio y la garantía del debido proceso, e inclusive estaría supliendo la inactividad de la demandada al respecto, cuestión que en función de un adecuada valoración del principio dispositivo observo como prohibida a mi actuación.-

Por otro lado, tampoco advierto conforme a lo que surge de la documental acompañada en autos que esté compelido a actuar oficiosamente de conformidad a las previsiones de los arts. 1044 y 1047 del Código Civil (Ley 17.711).-

Despejada la cuestión relativa a nulidades de actos jurídicos, la primera cuestión sobre

las que he de detenerme son los planteos que califico de prejudicialidad aunque los demandados lo han denominado "litispendencia", y el de falta de intimación previa (Art. 5, Ley 23.091) que han denominado "defecto legal". Por último, abordaré la defensa denominada de "falta de legitimación activa" introducida por los Sres. Ciccone y Yanca.-

Planteo denominado "Litispendencia": Debo decir que no se trata estrictamente de Litispendencia lo que los demandados han enunciado sino más bien de la advertencia de existencia de un trámite en el fuero penal relacionado con las presentes actuaciones, aunque dicho trámite no fue identificado en contestación de demanda. Normalmente esto se califica como una cuestión prejudicial y no como litispendencia.-

Así, recién en oportunidad de la presentación de su alegato los demandados, ya con un nuevo asesoramiento jurídico, identificaron esa denuncia como "Ciccone Hugo y Yanca María de los Ángeles Catalina C/ Solaiman Rolando Rubén s/ Usura" Expte N° 1VI-27812-MP2913, y de acuerdo a lo manifestado a fs. 121 vta., la misma se ha archivado.-

No obstante, dicho expediente tampoco fue ofrecido como prueba instrumental, conforme surge de fs. 89, por lo que no observo configurada la pretendida prejudicialidad, y mucho menos "litispendencia" en función del incumplimiento de las previsiones del art. 349 Inc. 2 del CPCC.-

En consecuencia, tampoco advierto obstáculos para expedirme sobre el fondo de la cuestión por lo que rechazo la excepción que los demandados denominaron, a mi entender erróneamente como de "litispendencia". Con costas.-

Planteo de "Defecto Legal": Las demandadas sustentan esta defensa en la falta de preaviso previsto en el art. 5 de la Ley 23.091 (hoy art. 1222 del CC y C) vigente al momento de desarrollarse la relación jurídica. Si bien el cumplimiento o no de ese requisito exigido para intentar un proceso de desalojo de viviendas tiende a dar una oportunidad a los locatarios para que cumplan sus obligaciones en caso de que sean exigibles y en definitiva dicho recaudo es en garantía de los derechos de los inquilinos, se trata de una diligencia preparatoria de la demanda de carácter formal necesaria para la apertura de la instancia. Salgado, Alí Joaquín. Locación Comodato y Desalojo. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26944 1 ed. revisada - Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 2016. Pág. 366/367.

Entonces, el cumplimiento o no de esa formalidad nada tiene que ver con cuestiones de "defecto legal" en el modo de haber confeccionado la demanda por parte de Solaiman.-

De todos modos, he de tratar la afirmación que las demandadas hacen respecto de la falta de cumplimiento de ese recaudo previo. Dicha afirmación choca de plano con la constancia de intimación de pago librada por el actor a los demandados mediante carta documento de fs. 8. Así y todo, no puedo soslayar que fue desconocida por los demandados y que la prueba de la parte actora consistente en el reconocimiento ante el Correo Argentino fue declarada negligente conforme surge de fs. 116.-

No obstante, la jurisprudencia se ha dividido al valorar la ausencia de cumplimiento de la referida intimación previa. Por un lado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en función del carácter de orden público de esa intimación, ha considerado que es un requisito cuyo cumplimiento está vedado obviarlo. CSJN, 13-8-81, Rep.ED 16-572-94. Por otro lado, también se ha dicho que la intimación fehaciente del art. 5 Ley 23.091 es suplida por la notificación de la demanda, extremo que cumple adecuadamente en dar una nueva oportunidad al locatario para manifestarse respecto del reclamo, ya sea cuando dicha notificación es defectuosa o aún en caso de su ausencia. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SALA K Cengi S.A v. Callobre S.A • 14/06/2010 Cita Online: 70063696 Thomson Reuters CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SALA E Pareja de Andrade, Argentina v. Durand, Ricardo A. • 21/07/1995 Cita Online: 1/19405 Thomson Reuters.-

También se ha considerado que "El rechazo de la demanda de desalojo por falta de pago con fundamento en la omisión de la intimación previa configura un exceso ritual, cuando se ha acreditado que el locatario dispuso de las oportunidades adecuadas para cumplir y no lo hizo (...) Si la locataria contestó la demanda de desalojo planteando el incumplimiento de la intimación previa, sin mencionar la falta de pago de los períodos adeudados, ni su situación de mora, ni siquiera intentar -al menos- alguna explicación de su atraso en el cumplimiento de sus obligaciones, rechazar la demanda en estas condiciones configuraría un exceso ritual con apartamiento de la verdad objetiva" Salgado, Alí Joaquín. Locación Comodato y Desalojo. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26944 1 Ed. revisada - Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 2016. Pág. 374.-

Encuadrada la cuestión, debo rechazar la defensa denominada como de "defecto legal" en función de que aunque siendo dicha calificación errónea, la intimación de pago previa ha sido acompañada como prueba documental con la demanda. Aún al haber sido declarada negligente la prueba de reconocimiento sujetarme a un exclusivo criterio formal basado en la falta de reconocimiento cuando dicha intimación ha sido agregada a fs. 8 y contestada conforme surge de fs. 9 por los propios demandados, configuraría un

exceso ritual que entiendo no permitido al actuar jurisdiccional. Con costas.-

Falta de Legitimación Activa del Sr. Solaiman: Observo que por el modo en que ha sido planteada la defensa y más allá del modo en que la han nombrado los demandados, para poder resolver el planteo que entiendo será dirimente del caso traído a examen, debo recordar que las demandadas en el desarrollo de su tesis excepcionante sostienen que el boleto de compraventa es simulado y fue celebrado con un fin de aprovechamiento por parte del Sr. Solaiman. Así, concluyen sin más que por ello resulta nulo y al ser ello así también es nulo el contrato de locación.-

Como antes lo señalé al circunscribir los temas sobre los que me expediría, veo vedado el análisis de la nulidad del boleto de compraventa por lesión subjetiva y objeto prohibido. Por otro lado, cierto es que conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación debo limitarme al tratamiento de las circunstancias existentes al momento de decidir, aunque sean sobrevinientes. Es por ello que al respecto no veo que se hayan efectuado comunicaciones en autos respecto de decisiones en la vía jurisdiccional con relación a eventuales declaraciones de simulación o nulidades del boleto de compraventa de fs. 5/7 que pudieran tener efecto en la resolución de estas actuaciones.-

En ese sentido, la Suprema Corte de Justicia ha dicho "(...) 2°) Que con posterioridad al dictado del pronunciamiento recurrido, el mismo tribunal admitió la demanda de simulación promovida por la recurrente y declaró la nulidad de la venta -efectuada por su esposo fallecido- del inmueble cuya restitución era reclamada en el proceso de desalojo y, en consecuencia, la invalidación de la respectiva escritura de dominio en favor de los presuntos compradores. 3°) Que es doctrina reiterada de esta Corte que sus sentencias han de ceñirse a las circunstancias existentes cuando ellas se dictan, aunque éstas sean sobrevinientes al recurso deducido (Fallos: 310:112; 311:787 y causa R.210. XXIV, "Rossi Cibils, Miguel Ángel y otros s/ acción de amparo", del 8 de septiembre de 1992). 4°) Que, en consecuencia, la situación vigente al momento de emitirse el presente pronunciamiento, es sustancialmente diferente de aquélla que motivó la presentación sub examine, pues -según surge de lo expresado- los actores en este proceso carecían de legitimación para requerir el desalojo de la demandada que, además, es la actual propietaria del inmueble (confr. declaratoria de herederos obrante a fs. 251 y artículo 3410 del Código Civil). "Recurso de hecho deducido por Amelia Elsa Bouheben en la causa Paoppi, Oscar Alberto y otra c/ Bouheben, Amelia Elsa" 8/11/1993.- Augusto C. Belluscio. -Enrique S. Petracchi. -Mariano A. Cavagna

Martínez. -Julio S. Nazareno. -Eduardo Moline O'Connor.-

Aclarada esa cuestión, observo que en apoyo de su reclamo la parte actora acompañó un contrato de locación y también un boleto de compraventa. Asimismo, el contrato de locación fue celebrado el día 12 de junio de 2.012, un día después del contrato de compraventa por el inmueble objeto de autos. Este último fue celebrado el día 11 de junio de 2012 por un monto de \$ 56.000 y con pacto de retroventa. Por otro lado, de lo expresado por los propios demandados surge que el contrato de locación fue firmado con posterioridad al boleto: "(...) Es así como luego de firmado el boleto de compraventa, firmó con nosotros un contrato de alquiler (...)". Así, la secuencia reconocida por los propios demandados, es que primero se firmó el boleto de compraventa por el inmueble de calle Manuel Álvarez 334 de Carmen de Patagones, Pcia, de Bs As y luego el contrato de locación por el mismo inmueble, todo ello en base a un préstamo que el actor les otorgó y a fin de garantizarlo.-

No obstante lo antes reseñado, los demandados sostienen que son propietarios y poseedores a título de dueños, y que no son tenedores en representación del actor sino a nombre propio. Es decir, afirman que siguen poseyendo como propietarios no reconociendo dicha posesión en representación del actor, sino en cabeza propia y a título de dueños. Interpreto ello de las propias enunciaciones realizadas por Ciccone y Yanca en título de punto V de su contestación y del desarrollo del mismo (fs. 47/48) cuando destacan que "el actor no es propietario, locador, ni tenedor del bien", "nunca hubo tradición de la cosa" y que ellos son "propietarios actuales".-

Respecto de la relación de poder que mantienen las partes sobre el inmueble debo preguntarme entonces si los demandados habrían descendido o no de la categoría de poseedores a la categoría de tenedores en virtud de los instrumentos acompañados por la propia actora -boleto de compraventa y contrato de locación- y en su caso, cómo se han manifestado y comportado con relación a su posesión o tenencia del inmueble.-

Para responder a esos interrogantes he de determinar si operó el constitutio posesorio y la respuesta jurídica que a ello se encuentre resolverá la cuestión bajo examen.-

La doctrina tiene dicho con relación al art. 2462 inc. 3 del Código Civil (Ley 17.711), aplicable a la fecha en que esta relación se consumó que "En esta figura se produce una situación inversa a la contemplada en la traditio brevi manu. Mientras en ésta el tenedor se convierte en poseedor, en el constitutio posesorio el poseedor desciende a la categoría de tenedor. Tampoco es necesario que se realice la tradición porque la cosa continúa bajo el poder de quien la poseía. Se trata de un modo de adquirir la posesión y

de perderla para el hasta entonces poseedor, en forma bilateral, sin que sea necesaria la realización de actos materiales, pues basta con la celebración del acto jurídico respectivo. La posesión se pierde y la tenencia se adquiere por el acuerdo de voluntades. Así, por ejemplo cuando el dueño de una cosa decide enajenarla a otro sujeto pero continúa usándola como locatario (tenedor), si se exigiese la realización de la tradición sería menester que dicho dueño le entregue la cosa al nuevo poseedor, y que después éste se la devuelva para transmitirle la tenencia. La figura del *constitutio posesorio* evita la realización de esta doble operación de entrega, incómoda y poco práctica". Código Civil y leyes complementarias, Comentado anotado y concordado. T. 10. Belluscio, Augusto. Director. Zannoni Eduardo. Director. Editorial Astrea. Bs. As. 2.005. Pág. 470. "El código admite el *constitutio* en "concreto" (no abstracto), pues para que la figura produzca efectos se requiere la existencia de dos actos jurídicos independientes: Uno por el cual se transmita la posesión al adquirente (v. gs. contrato de compraventa), y otro que justifique la tenencia de quien se desprende de la posesión (v. gr. contrato de locación); o sea, no es suficiente la "sola declaración" (art. 2378). Código Civil y leyes complementarias, Comentado anotado y concordado. T. 10. Belluscio Augusto. Director. Zannoni Eduardo. Coordinador. Editorial Astrea. Bs. As. 2005. Pág. 471.- Si bien hay jurisprudencia que sostiene que el *constitutio posesorio* para que resulte procedente no debe tener como antecedente un boleto de compraventa sino una escritura traslativa de dominio debidamente inscripta, ello se debe al alcance que se le ha dado a dicho acto jurídico. Así, si el boleto de compraventa se considera un contrato preparatorio procederá la tesis que indica que para que se configure el *constitutio posesorio* debe haber escritura pública. Por el contrario, si el boleto de compraventa se considera un contrato definitivo será suficiente éste para constituirlo. La primera tesis ha sido sostenida por la Suprema Corte de Provincia de Bs As. La tesis de validez del boleto de compraventa para constituirlo es sostenida, entre otros, por Belluscio y Zannoni. (Ob. citada pág. 471).-

Efectuadas estas referencias debo decir que la compraventa como contrato no necesita de la escritura pública pero la transmisión del dominio sí. Es en ese sentido que ha interpretado la Suprema Corte de Bs. As. que el *constitutio posesorio* no se produce si no ha habido escritura traslativa de dominio debidamente inscripta conforme art. 1184, inc. 1 y 2505 del Código Civil. "(SCBsAS, 9/8/88, LL, 1988-E-200; AS, 1988-III-53; DJBA, 1988-171, y ED, 131-360). No se produce el *constitutio* si la persona que transmite el derecho no estaba en "real posesión" del inmueble al momento de

celebrarse el acto jurídico de transmisión, ni con posterioridad a él (CCiv Y Com Noroeste Chubut, 12/3/98, LL, 1998-D-569, y DJ, 1998-3-295) Belluscio y Zannoni. (Ob. citada. Cita N° 18, pág. 471).-

Me encuadraré en esta última tesis por entender que el constitutio posesorio debe ser admitido con severos recaudos: "La queja no alcanza a desvirtuar la conclusión de la alzada pues el "constituto posesorio", conforme al invocado art. 2462, inc. 3° del Cód. Civil sólo comprende a aquel que "transmitió la propiedad de la cosa". Y esa transmisión sólo se perfecciona a través de la respectiva escritura traslativa de dominio, y su inscripción (arts. 1184, inc. 1°, 2505, Cód. Civil) resultando ineficaz para ello el boleto que acompañara el demandante. En tal sentido esta Suprema Corte ha tenido oportunidad de señalar que el constituto posesorio exige en todos los casos dos actos jurídicos distintos e independientes: el acto de enajenación en virtud del cual la posesión debe pasar al adquirente y el acto anexo, en virtud del cual el enajenante debe ocupar la cosa como simple tenedor, sea este acto un contrato de locación, sea una constitución de usufructo, etc. (Salvat, "Derechos reales", núms. 161 y sigtes. con cita de Ihering: "Le role de la volonté dans la possession", ps. 182 y 183, párr. 10) única manera de respetar la presunción de coherencia que reina en el sistema de normas y de reducir los peligros de constituto posesorio..." Eiman, Mauricio c. Ercoli, Humberto R. y/o cualquier ocupante -SCBAS Ac. 39.213, 09/08/1988, LA LEY1988-E, 200 - DJBA135, 171 - DJ1989-1, 305 Cita Online: AR/JUR/1184/1988.-

En síntesis, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, el constitutio posesorio es un modo excepcional de obtener la posesión y debe valorarse de modo estricto, siempre ha de ir acompañado de dos actos, uno de transmisión del dominio (escritura pública e inscripción registral) y un contrato de locación, comodato, etc. O en su caso, como en la actualidad lo plantea directamente el CCyC en sus artículos 1706 y 1968, como constituto posesorio creado por virtualidad de la ley.-

No obstante y aunque en el caso examinado esos elementos se dan en apariencia, tengo para mí que en función de todo el marco probatorio desarrollado en autos, el constitutio posesorio no ha operado con sus efectos propios, que consiste en un descenso en la relación de poder con la cosa.-

Ello, en tanto el actor si bien ha introducido un boleto de compraventa en su demanda, éste no resulta instrumento suficiente, pues ha de requerirse una escritura traslativa de dominio debidamente inscripta para que los demandados en virtud del contrato de locación descendieran de poseedores a tenedores.-

En función de lo expuesto no ha sido necesario siquiera intervertir el título al contestar la carta documento enviada como intimación de pago cuya copia luce a fs. 9.-

Pero aún enrolando la decisión en la tesis más flexible que enuncia que para que el constitutio posesorio se produzca no es necesaria la escritura traslativa de dominio debidamente inscripta sino un boleto de compraventa, lo cierto es que al contestar demanda y en oportunidad de desarrollar argumentos que hacen a su planteo defensivo, los Sres. Ciccone y Yanca sostienen, conforme surge de fs. 47, que no han dejado de poseer, y tampoco reconocen en el actor calidad de propietario.-

Expresamente, también refieren a fs. 48 de su contestación que ellos "en su calidad de propietarios actuales y en ejercicio de nuestro dominio sobre el inmueble, continuamos abonando hasta el día de hoy las cuotas debidas al Instituto de la Vivienda".-

Además de ello, y en apoyo de que no ostentan la calidad de tenedores sino de poseedores, los demandados han acompañado a autos documentación que tenían en su poder: escritura celebrada entre estos y el Instituto Provincial de la Vivienda de Bs. As. (fs. 19/25), constancia de pagos de cuotas del plan de vivienda (fs. 33/35) de fecha posterior a los contratos de compraventa y locación acompañados en demanda, planos del inmueble (fs. 39/42). Asimismo, produjeron la siguiente prueba: informe del Instituto de la Vivienda de Provincia de Bs As en el que se manifiesta que el inmueble objeto del desalojo de autos se encuentra escriturado con hipoteca y que en caso de poseer deuda se deberá requerir la autorización de dicho organismo para transferirla (fs. 106/108) e informe de dominio de donde surge que el inmueble objeto del desalojo está a inscripto a nombre de Ciccone (fs. 113/114).-

Por otro lado, de la prueba testimonial a la que se le dio curso en auto de apertura de fs. 89 el testigo Jorge Ricardo Montiel, sabe que los demandados viven en el Barrio Bicentenario de Patagones y que nunca dejaron de vivir en ese lugar; y a su turno, la Sra. Silvia Gladys Castro expresó que los demandados viven en el Barrio Bicentenario, desde hace más de veinte años, y que nunca se mudaron.-

Tampoco puedo soslayar, como indicios con relación a que los demandados nunca dejaron de poseer como dueños, que inclinan mi convicción junto con la totalidad de la prueba reseñada, la importante cantidad de tiempo entre la presunta falta de pago y su intimación (fs. 8) y el boleto de compraventa con pacto de retroventa (fs. 5/6) que al decir Lorenzetti es frecuentemente utilizado para encubrir operaciones de préstamo. Lorenzetti, Ricardo Luis. Tratado de los Contratos. Rubinzal Culzoni- Editores. Bs. As. Pág. 314.-

En función de las pruebas descriptas que hacen a la posesión de los demandados, de su alegación como poseedores, las cuales considero serias y verosímiles con base en la doctrina del plenario “Monti, Atilio, Suc. c/ Palacios de Buzzoni, Danila” (CNPaz, en pleno, L.L. 101-932y 922) y teniendo en cuenta que el constitutio posesorio no se ha producido, siendo así que los actores han seguido poseyendo a título de dueños desde siempre, es que veo que se torna inviable el presente proceso de desalojo en cuanto a su idoneidad como vía debiendo desarrollarse esa discusión por otras distintas a la de este trámite.-

Ello, en tanto, el cauce del desalojo sólo procede contra quienes son meros “tenedores” que reconocen en otro la titularidad del dominio (art. 2460 y s.s. del Cód. Civil) o intrusos, sobre quienes pesa una obligación de restituir el bien frente al accionante.-

Es sabido que contra quien se manifieste como poseedor no tiene cabida la acción de desalojo. Así, se ha planteado que "como principio general cabe destacar que la acción de desalojo no procede contra el inmueble de quien se dice poseedor cualquiera que sea el vicio de su posesión; el afectado debe recurrir a las acciones reales o personales. No procede discutir dentro de la órbita del procedimiento sumario el mejor derecho de poseer ni la posesión misma” (conf. Juicios Sumarios, pág. 261, Ed. Platense).-

Vale recordar que el juicio de desalojo es una acción personal -no real- que no interesa ni discute sobre la titularidad dominial, ya que la naturaleza jurídica de la acción es, en suma, un acto de administración y no de disposición. Tal es así que la pretensión del desalojista sólo implica la invocación de un derecho personal que busca la restitución del bien; y puede ser cualquier sujeto a los que la ley reconozca con facultad de transmitir la tenencia de la cosa, pues, es el reintegro de dicha tenencia lo que se reclama. Como principio general, el juicio de desalojo no es el ámbito natural para debatir el derecho de poseer. (Conf. STJRNS1 Se. 6/07 “Ogilvie”).-

Por los fundamentos expuestos y en base a la particularidad del caso, la prueba producida y las argumentaciones de las partes, considero que la acción de desalojo no es la vía con aptitud procesal suficiente para esclarecer los derechos que éstas invocan en orden al desalojo y ocupación del inmueble, objeto de autos.-

Asimismo, debo dejar aclarado también que la decisión no implica abrir juicio sobre eventualidades que puedan surgir por vía de otros cauces procesales relacionados con la posesión o títulos que las partes se disputen.-

En consecuencia, debo hacer lugar a la denominada defensa de falta de legitimación activa planteada por los Sres. Hugo Ciccone y María de los Ángeles Catalina Yanca y

sin perjuicio del modo en que ha sido denominada, por lo que rechazaré la acción de desalojo interpuesta por el Sr. Rolando Rubén Solaiman respecto del inmueble identificado como Casa 147 designado en plano características 79-103-81 como Parcela 6 de la Manzana 52c , Nomenclatura Catastral: Circunscripción I Sección D, Manzana 52c Parcela 6 Partida N° 19822 sito en de la ciudad de Carmen de Patagones, Pcia. de Bs. As. Con costas.

IV.- Las costas del presente se imponen a la actora en función del resultado general del litigio y conforme al principio objetivo de la derrota (art. 68 del CPCC), excepto las generadas por las sustanciaciones de las denominadas excepciones de "litispendencia" y "defecto legal" que por el mismo principio deberían ser impuestas a los demandados.-

No obstante, no puedo soslayar que las defensas referidas precedentemente han sido interpuestas y tramitadas de un modo precario, no sólo desde su denominación sino también desde su aspecto argumentativo y probatorio, lo cual ha generado costas claramente evitables a los demandados, que entiendo, en función del estándar profesional desplegado por el letrado responsable de su ideación han de ser impuestas al Dr. Ignacio Javier Galiano, eximiendo a los Sres. Solaiman y Yanca de soportarlas.-

Ingresando a la merituación en sí de los estipendios profesionales, aún regulándose el 11 % no se supera el mínimo previsto en el art. 9 de la ley G 2.212 para el caso de procesos de conocimiento. Ello, teniendo como base la sumatoria de un año de alquileres lo cual arroja un monto base de \$ 18.000 (\$ 1500 x 12) conforme art. 27 de la Ley G 2.212, por lo que me ceñiré a los mínimos de la ley arancelaria.-

Asimismo y conforme a etapas previstas por el art. 40 de la Ley G 2.212 para los procesos sumarísimos tendré en cuenta que el letrado de la parte actora se desempeñó en las dos etapas previstas, mientras que las demandadas fueron asistidas por distintos letrados en cada una de dichas etapas (Primera etapa: Dres Ignacio J. Galiano y Nicolás Lamas y Segunda etapa: Dres. Cirilio Bustamante y Fernando Lenschow). En consecuencia, es de aplicación el art. 11 de la Ley G 2.212 para el caso de representaciones conjuntas y sucesivas.-

En función de las precisiones expuestas regulo y distribuyo los honorarios profesionales de los letrados intervinientes en este proceso del siguiente modo, conforme arts. 6, 9, 10, 11, 40 y concordantes de la Ley G 2.212: al Dr. Armando A. Salazar en 9 jus por dos etapas para tareas de interposición de demanda, ofrecimiento de prueba y demás diligencias hasta la sentencia definitiva y en 3 jus para las contestaciones de las defensas denominadas de "litispendencia" y "defecto legal"; a los Dres. Ignacio J.

Galiano y Nicolás Lamas en forma conjunta en 7 jus por una etapa para tareas de contestación de demanda y ofrecimiento de prueba y en 2 jus por las tareas de interposición de defensas denominadas de "litispendencia" y "defecto legal" considerando en esas medidas incluido el 40 % conforme a poder agregado a fs. 70/71; a los Dres. Fernando Lenschow y Cirilo Oscar Bustamante en 7 jus en forma conjunta por una etapa por tareas de producción de prueba y demás diligencias hasta sentencia definitiva.-

Destaco que en ninguno de los casos el honorario está por debajo de los mínimos legales teniendo en cuenta el juego armónico de los art. 9 y 11 de la Ley G 2.212. Asimismo, para efectuar dicha regulación he considerado las pautas previstas en el art. 6 de la Ley G 2.212 merituando en especial el desempeño profesional de los letrados intervinientes en cuanto a la calidad de su actuación, como así también la complejidad y trascendencia del asunto puesto a examen.-

Por los fundamentos expuestos;

RESUELVO:

I.-Rechazar la demanda de desalojo intentada por el Sr. Rolando Rubén Solaiman contra los Sres. Hugo Ciccone y María de Los Ángeles Catalina Yanca respecto del inmueble identificado como Casa 147 designado en plano características 79-103-81 como Parcela 6 de la Manzana 52c, Nomenclatura Catastral: Circunscripción I Sección D, Manzana 52c Parcela 6 Partida N° 19822 sito en la ciudad de Carmen de Patagones, Pcia. de Bs. As.-

II.- Imponer las costas a la actora en función del resultado general del litigio y del principio objetivo de la derrota (art. 68 del CPCC), excepto las generadas por las sustanciaciones de la denominadas excepciones de "litispendencia" y "defecto legal" que se imponen al Dr. Ignacio Javier Galiano, eximiendo a los Sres. Solaiman y Yanca de soportarlas.-

III.- Regular y distribuir los honorarios profesionales de los letrados intervinientes en este proceso del siguiente modo conforme arts. 6, 9, 10, 11, 40 y concordantes de la Ley G 2.212.: al Dr. Armando A. Salazar en 9 jus por dos etapas para tareas de interposición de demanda, ofrecimiento de prueba y demás diligencias hasta la sentencia definitiva y en 3 jus para las contestaciones de las defensas denominadas de "litispendencia" y "defecto legal"; a los Dres. Ignacio J. Galiano y Nicolás Lamas en forma conjunta en 7 jus por una etapa para tareas de contestación de demanda y ofrecimiento de prueba y en 2 jus por las tareas de interposición de defensas denominadas de "litispendencia" y

"defecto legal" considerando en esas medidas incluido el 40 % conforme a poder agregado a fs. 70/71; a los Dres. Fernando Lenschow y Cirilo Oscar Bustamante en 7 jus en forma conjunta por una etapa por tareas de producción de prueba y demás diligencias hasta sentencia definitiva. Notifíquese y cúmplase con la Ley D 869.-

IV.- Regístrese, protocolícese y notifíquese.-

Leandro Javier Oyola

Juez