

## Incumplimiento Contractual Boleto De Compraventa Escrituracion

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Incumplimiento contractual. Boleto de compraventa. Escrituración En el marco de un juicio por incumplimiento de contrato, se confirma la sentencia que hizo lugar a la excepción de prescripción deducida por el demandado y desestimó la demanda de escrituración promovida. En la Ciudad de Azul, a los 17 días del mes de Mayo de 2016 reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelaciones Departamental -Sala I- Doctores Esteban Louge Emiliozzi, Lucrecia Inés Comparato y Ricardo César Bagú, para dictar sentencia en los autos caratulados: "FRANCHINI, SERGIO JOSE C/ CALAMANTE, JORGE ARMANDO Y OTRA S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO ", (Causa N° 1-60156-2015), se procedió a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: Doctores BAGU - LOUGE EMILIOZZI ? COMPARATO. Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes: -CUESTIONES- 1ra.- ¿Es justa la sentencia de fs. 520/531 vta. con su aclaratoria de fs.540? 2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? VOTACION A LA PRIMERA CUESTION: el Señor Juez Doctor BAGU dijo: I.- El Sr. Juez titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial número Dos de Tandil, dictó sentencia a fs. 520/531 vta., que luego aclaró a fs. 540, haciendo lugar a la excepción de prescripción deducida por el demandado, desestimando la demanda de escrituración promovida por Sergio José Franchini contra Jorge Armando Calamante y Virginia Haydee Ramírez de Calamante, imponiendo las costas a la actora vencida, con excepción de las generadas por la citación de Benito Jorge Vicente que se imponen a su cargo, difiriendo la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes. A fs. 532 apeló Benito Jorge Vicente, y a fs.533 la actora, concediéndoles los respectivos recursos libremente a fs. 534, expresando agravios a fs. 557/565 el primero y a fs. 567/575 la segunda, recibiendo réplica de la contraria a fs. 582/613. A fs. 617 se llamaron Autos para Sentencia providencia que se encuentra consentida. II.- Antecedentes de la Causa A fs. 114/137 se presenta Sergio José Franchini con el patrocinio de la Dra. María Marta Vicente promoviendo formal demanda por cumplimiento de obligaciones contra Jorge Armando Calamante y Virginia Haydee Ramírez de Calamante. En tal sentido indica que Armando, Jorge y Armando Pascual Calamante habían adquirido el 7 de noviembre de 1974 el 74,015% de una fracción de terreno y el mismo día los derechos posesorios sobre el 25.885% del mismo bien. Todo ello se puede verificar a través de las escrituras públicas Nro. ... y ... respectivamente que pueden observarse a fs.10/20 de estas actuaciones. El 2 de octubre de 1975 los nombrados le venden por boleto de compraventa a Benito Jorge Vicente el 50% tanto del derecho de propiedad de aquéllos como de los derechos posesorios antes indicados. Destaco que como apoderado de aquéllos actuó en las escrituras el Dr. Benito Jorge Vicente. Luego del fallecimiento tanto de Jorge (24/9/1992) Armando Pascual (7/10/1993) y Armando Calamante (2/8/1995) fueron declarados herederos respecto del primero Jorge Armando Calamante y su cónyuge Virginia Haydee Ramírez; Armando Calamante y su madre Juana Elorriaga para el segundo; y su cónyuge Juana Elorriaga y su nieto Jorge Armando Calamante -en representación de su padre prefallecido Jorge- para el tercero. Con fecha 28/6/2001 Benito Jorge Vicente se presenta como acreedor en las sucesiones de Armando Pascual Calamante, Jorge Calamante y Armando Calamante pidiendo reconocimiento de su crédito como de legítimo abono con la pretensión que se le autoricen los actos escriturarios indicando que desde la fecha del boleto se encuentra en posesión pública, pacífica y continua del bien. Respecto de las mismas se obtiene como resultado que en la de Armando Pascual Calamante la heredera Juana Elorriaga preste conformidad; en la de Jorge Calamante sus herederos Jorge Armando Calamante y Virginia Haydee Ramirez guardan silencio y en la de Armando Calamante Juana Elgorriaga presta conformidad, guardando silencio los mismos anteriores. Como consecuencia de ello se resolvió hacer lugar al pedido de legítimo abono efectuado por Benito Jorge Vicente respecto de la obligación escrituraria de Armando Calamante y rechazar el pedido respecto de la obligación escrituraria del causante Jorge Calamante con relación al inmueble matrícula ... de Tandil. El 10 de enero de 2004 Benito Jorge Vicente cede a favor de Sergio José Franchini (aquí actor) los derechos y acciones derivados del boleto de compraventa celebrado el día 2/10/1975. Este último celebra contrato de comodato con Raúl Federico Aguirre sobre dos hectáreas de la fracción de terreno cedido, continuando de este modo las que venía realizando Benito Jorge Vicente desde 1984. Sergio José Franchini se presenta como acreedor en las sucesiones de Jorge, Armando y Armando Pascual Calamante. Juana Elgorriaga y Roberto Luciano Alvarez (cesionario) ratifican la conformidad respecto de la pretensión oportunamente entablada por Vicente y reconociendo que éste se encontraba en posesión pacífica, pública, continua e ininterrumpida desde 1975. También posteriormente celebra contrato de uso gratuito con Alcides Ernesto Bellido concediendo el uso precario de una franja de terreno que forma parte de la chacra ... para la realización de un sendero para ingresar a terrenos contiguos. En abril de 2009 el actor formula

denuncia penal por usurpación contra Jorge Armando Calamante indicando que personas encomendadas por el mismo derribaban postes y alambrados que cercaban su terreno, con intenciones de vulnerar la posesión. Cursa intimación en su calidad de cesionario de los derechos que Vicente adquiriera a Jorge, Armando Pascual y Armando Calamante, carta documento intimando a Jorge Armando Calamante y Virginia Haydee Ramírez a otorgar escritura traslativa de dominio a su favor bajo apercibimiento de accionar judicialmente y que a la vez se abstengan de realizar actos que pudieran perturbar la posesión pacífica que detenta. Dicha intimación fue respondida por los nombrados rechazando los términos y rechazando que se le haya entregado la posesión además de plantear la prescripción de la escrituración solicitada. Lo expuesto por los demandados se contradice con lo expuesto por Juana Elgorriaga y Roberto Luciano Alvarez quienes en los autos sucesorios reconocieron la posesión pública y pacífica desde el 2 de octubre de 1975 por parte de Benito Jorge Vicente comprometiéndose a celebrar la escritura pública. Dicen que nadie que pagara el total no recibiría la posesión. Al cederse los derechos posesorios de un bien resulta obvio que en la ocasión se hiciera la entrega material y efectiva de la posesión. Agrega que con relación al convenio de disolución y liquidación de sociedad de hecho de Armando, Jorge y Armando Pascual Calamante les corresponde el 50% de la chacra ... de la que sólo tienen la posesión cuyo uso y explotación asignan a Jorge, y refieren sólo ese 50% por cuanto del restante 50% no tenían la propiedad ni la posesión puesto que habían sido entregadas a Vicente. Asimismo a Vicente se le hicieron entrega de los títulos respectivos lo que involucra la entrega material y efectiva de la posesión. Aduna como distintos actos posesorios la celebración de contratos, cercado, reparación de alambrados, mensura, extracción de tierra y materiales para la venta a terceros, etc. Sin perjuicio de los realizados por Franchini como los contratos con Aguirre y con Bellido, presentación en causas sucesorias pidiendo reconocimiento de derechos, pagos de impuestos y denuncia penal. Solicita se dicte sentencia condenándose a los demandados a otorgar escritura traslativa de dominio de la mitad del bien objeto de autos. Fundó en derecho y ofreció prueba. Corrido el pertinente traslado se presentan los accionados con el auspicio letrado del Dr. Fernando Rodrigo López Santoro contestando demanda, oponiendo excepciones de falta de legitimidad y prescripción, atacando de nulidad la cesión de derechos y acciones litigiosas base de la demanda. Dice que la acción de escrituración se encontraba expedita desde el momento de la celebración del contrato (2/10/1975) y en atención a ello aplicándosele el plazo decenal de prescripción la misma se encontraba cumplida el 2/10/1985. La posesión nunca le fue entregada a Vicente y ratifica que Armando, Armando Pascual y Jorge Calamante nunca dejaron de ser poseedores, posesión que continuó en forma pacífica e ininterrumpida por sus herederos, y por otra parte Vicente es abogado con años de experiencia y la omisión de toda referencia a la posesión no pudo pasar desapercibida en el convenio. Vicente a fin de evitar las consecuencias de la prescripción concibió la cesión de los derechos a Franchini, pero aquella se encontraba cumplida, por lo que no podía transferir un derecho más extenso que el que tenía, y a la vez el último no podía recibir mejor derecho que el que Vicente tenía. Los reclamos efectuados por Franchini en los juicios sucesorios carecen de relevancia, y además al generarse una situación de controversia y litigiosidad en relación a los herederos que no se pronunciaron respecto del legítimo abono deducido por Vicente, la cesión efectuada por instrumento privado es nula de conformidad al art. 1455 C.C. Siendo a la vez inocuas las cesiones gratuitas llevadas a cabo por Franchini, las que resultan ineficaces e inoponibles. Tampoco corresponde atribuir relevancia al informe del Agrimensor Schang, el que fue realizado con posterioridad a que la acción se encontrara prescripta, sin nada aportar respecto de la posesión. Los impuestos abonados entre 2005 y 2007 tampoco nada agregan pues ya la acción se encontraba prescripta. Resulta de importancia destacar que las escrituras que fueran entregadas posteriormente habían sido llevadas a cabo por medio de apoderados tanto por la vendedora como por la adquirente. Interviniendo por ésta el Dr. Benito Jorge Vicente. Los Calamante se habían vinculado con los letrados Carlos Alberto Mercader y Benito Jorge Vicente mediante un convenio en el que éstos debían llevar adelante una serie de tareas profesionales, el que se suscribiera el mismo día en que se celebró el contrato de compraventa del 50% de la fracción de campo. La posesión y la escrituración quedaron diferidas para cuando el profesional cumpliera los trabajos encomendados, que nunca se realizaran, pues de lo contrario Vicente hubiese estado legitimado para lograr la posesión y escrituración. Sigue diciendo que los Calamante conservaron la posesión del 50% de la fracción de campo, realizando todo tipo de actos posesorios en forma pacífica, pública e ininterrumpida. Como contratos de comodato en 1988 con Alberto Ferrero; con José Osvaldo Terzano en 1990 y en 2000 a favor de Raúl Bernardo Arias y Ema Beatriz Ibarra. Como la exposición civil realizada frente al abandono que hiciera Ernesto Gallego de una vivienda cedida gratuitamente en la chacra .... Afirma que desde 1960 ocupan ininterrumpidamente y animus domini la chacra ... de Tandil. Y realizando la explotación del mismo criando animales para consumo y venta de terneros, alquilando a terceros, entre ellos a la Municipalidad de Tandil, que lo usara como basurero y extracción de arena. Se encontraba alambrado y forestado, con una pequeña vivienda, efectuándose mejoras y mantenimiento, autorizándose la colocación de postes de luz por la usina Popular y Municipal de Tandil. Actos que no fueron interrumpidos por Vicente. Ofrecieron prueba y fundaron en derecho. A su turno el actor contestó las excepciones opuestas, indicando que la posesión le fue entregada por Benito Jorge Vicente, respecto de la nulidad de la cesión realizada en 2004 dice que en dicho momento el derecho cedido no tenía la cualidad de litigioso.

Transitado por la etapa probatoria se dicta sentencia a fs. 355/367 la que fuera apelada y recibida en la Sala I departamental, se decide en atención a las defensas opuestas en especial relativo a la prescripción liberatoria vinculándose con el Dr. Benito Jorge Vicente, lo que adquiere un matiz especial, que conduce a declarar la nulidad de lo actuado en el proceso retrotrayendo el mismo a una etapa anterior a la apertura a prueba, a fin de que tome intervención el mismo confiriéndosele traslado de la demanda y la respectiva contestación. En tal sentido Vicente toma intervención reconociendo los hechos y documentación acompañada con la demanda, y por su parte niega valor probatorio al documento denominado ?promesa de realización de trabajos?, planteando eventualmente su nulidad al carecer de fecha cierta, negando a la vez que guarde directa o indirectamente vinculación con la compraventa del 2/10/1975. Pide se incorporen las pruebas producidas, haciendo lugar a la demanda. Se dicta sentencia a fs. 520/531 que hiciera lugar a la excepción de prescripción deducida y rechazando la demanda de escrituración incoada por Sergio José Franchini contra Jorge Armando Calamante y Virginia Haydee Ramírez de Calamante. Para así decidir el a quo tuvo en cuenta las escrituras públicas ... y ... agregadas a fs.10/16 y 17/20 pasadas ante el escribano Salvador María Viale y en las que en ambas actuara el Dr. Benito Jorge Vicente como apoderado de los adquirentes. Con fecha 2 de octubre de 1975 Armando Calamante, Armando Pascual Calamante y Jorge Calamante (vendedores) y Benito Jorge Vicente (adquirente) celebran boleto de compraventa agregado a fs. 21. El adquirente compra la mitad de la chacra objeto de autos vinculada a las escrituras antes mencionadas, expresando los vendedores que habían percibido el precio, estimándose que la escritura se confeccionaría dentro de los sesenta días siendo los gastos a cargo del comprador. Nada se menciona en el boleto acerca de la entrega de la posesión o que fuera a ser entregada en determinado momento. Benito Jorge Vicente el 10 de enero de 2004 cedió los derechos y acciones derivados del boleto a favor de Sergio José Franchini. La prescripción alegada por la demandada, se debe tomar en cuenta a partir de que la acción se encontraba disponible. Obsérvese en tal sentido que la acción de escrituración comienza a correr desde el momento de celebración del boleto y se extiende a lo largo de diez años con lo que quiere decir que la misma prescribió el 2/10/1985 (conf. art. 4023 C.C.), máxime teniendo en consideración que no se había otorgado la posesión. Esta última actúa como acto interruptivo de la prescripción, manteniendo viva la obligación de escriturar, por constituir un reconocimiento de la misma (conf. doct. art. 3989 C.C.). Ello obliga a considerar si Benito Jorge Vicente entró en posesión de la cosa antes del 2/10/1985. Pues bien analiza las formas por las que se adquiere la posesión, recayendo en la tradición como el medio bilateral por excelencia pues exige la concurrencia de trasmite y adquirente (art. 2377 C.C.). El art. 2378 C.C. juzga que la tradición debe realizarse conforme las formas autorizadas por el Código. Y referida a inmuebles el art. 2379 indica que la tradición debe ser hecha por actos materiales del que entrega o por actos materiales del que recibe con asentimiento del otro. Asimismo puede también hacerse la tradición de inmuebles, desistiendo el poseedor de la posesión que tenía, y ejerciendo el adquirente actos posesorios en el inmueble en presencia de él y sin oposición alguna. Destaca el a quo que el hecho de haberse abonado el total del precio no significa que se hubiera transmitido la posesión. Sumando que el adquirente resulta ser un abogado, y conforme se redactó el boleto se tiene que se pagara el precio, pero no se entregó la posesión del mismo. Vale decir que el cúmulo de pruebas (títulos de propiedad, testimonios, etc.) aportadas no alcanzan a acreditar la existencia de actos posesorios que fundaran la postulación de la demanda (art. 375 C.P.C.C.) y que ocurrieran entre el 2/10/1975 y el 2/10/1985. Sí por el contrario encuentra que los vendedores llevaron a cabo actos durante ese período manteniendo la posesión del bien. Ello conlleva a que decidiera el a quo que la excepción de prescripción ha de acogerse rechazándose la demanda impetrada. El a quo indica que lo resuelto no implica el juzgamiento acerca de la eventual adquisición de la posesión con posterioridad a esa fecha.

III.- De los agravios: A fs. 557/565 plantea Benito Jorge Vicente sus quejas respecto de la sentencia atacada, dividiéndolas según los agravios que indica del modo que sigue: Interpretación errada con relación a las pruebas aportadas con relación a la posesión desde el 2/10/1975 y las vinculadas a la posesión del inmueble con posterioridad al 2/10/1985. Manifiesta su disconformidad respecto a la no consideración de la posesión actual de Franchini desde el 10/1/2004 y la posesión que él detentó hasta dicha fecha. Dice que el a quo trasgredió las reglas probatorias. Estima que los demandados debieron probar todas las circunstancias fácticas como sustento de sus defensas y no la trajeron. Entiende que su posesión desde el 2/10/1975 hasta el 10/1/2004 en que la entregó a Franchini que la mantiene hasta la actualidad, se encuentra probada. Resulta increíble el proceder de los demandados luego de 33 años, 6 meses y 22 días en la que nada se dijera respecto de la posesión de Vicente y de la de Franchini, indicando que resulta contemporánea con la denuncia penal formulada por Sergio José Franchini que genera la IPP n° 01-01-001108/09. Que no se tomó en cuenta lo manifestado por Juana Elgorriaga y por Roberto Luciano Alvarez en los juicios de Armando Calamante y Armando Pascual Calamante quienes reconocen que Vicente se encontró en posesión pública y pacífica desde el 2/10/1975 y que le fuera entregada por Armando Calamante, Armando Pascual Calamante comprometiéndose a suscribir las escrituras traslativas de dominio. Dice que procedió al cercado y reparación de los alambrados de los terrenos, extracción de tierra y materiales para la venta a terceros y relleno de terrenos donde construyó cementerio privado, la autorización a Entel para construir un camino que atraviesa los terrenos de la chacra .... Cuestiona la interpretación del a quo respecto al convenio de

disolución y liquidación de sociedad de hecho del 20/11/1978. Agrega que a Armando, Jorge y Armando Pascual Calamante les correspondía el 50% de la chacra y esa proporción podía ser usada por Jorge Calamante, pues del otro 50% no tenían su posesión por haber sido vendido-cedido a Vicente. Dice que el a quo ignora la documentación aportada por Sergio José Franchini y que Vicente ante el ente recaudador figura como contribuyente. No se valoró que al momento del contrato le entregaron las escrituras ... y ..., y que al transferirse una parte indivisa del bien y transfirieron derechos posesorios, en dicho acto se hace entrega material de la posesión. Agrega que así como el a quo acepta ciertas pruebas como demostrativas de la posesión de Vicente y la de Sergio José Franchini las considera insuficientes para acoger la demanda, no siendo posible se rechace la posesión desde el 2/10/1975 sin considerar la posesión posterior al 2/10/1985 es la continuación de aquélla. A fs. 567/575 expresa agravios la Dra. María Marta Vicente como apoderada de Sergio José Franchini, cuyo contenido es sustancialmente similar al de Vicente, sin agregar ninguna crítica a la expuesta por éste. A fs. 582/613 contestan los agravios Jorge Armando Calamante y Virginia Haydee Ramírez de Calamante con el patrocinio del Dr. Fernando Rodrigo López Santoro, indicando especialmente que Armando Calamante, Armando Pascual Calamante y Jorge Calamante nunca dejaron de ser poseedores de la fracción rural n°.... Dicha posesión fue continuada por sus herederos. No por nada la entrega de la posesión se omitió en el contrato y que ella se encontraba supeditada a la realización de ciertos trabajos profesionales por parte de los Dres. Mercader y Vicente. Reitera que Vicente no ha logrado probar actos posesorios durante el lapso correspondiente al curso del plazo de la prescripción liberatoria. La acción está prescrita y básicamente el fundamento se encuentra en que nunca se concretó la tradición de la fracción rural chacra n°... en provecho de Vicente, quien no probó hechos que pudieran ser reconocidos con idoneidad interruptiva o suspensiva y que operen como tales en beneficio del cedente o de su ulterior cesionario. Agrega que asimismo Vicente y Mercader debieron cumplir y acreditar las conductas profesionales que actuaban como condición. Vicente quien cedió a Franchini no pudo ceder la posesión del bien, primero porque no gozaba de la misma y a la vez la acción se encontraba prescrita. Asimismo la cesión realizada por Vicente es nula al haberse hecho por instrumento privado (art. 1455 C.C.) dice que la litigiosidad era evidente y confirmada por los distintos elementos aportados: contrato de compraventa, sucesiones de los vendedores, pedido de legítimo abono, inexistencia de conformidad de todos los herederos y sustanciación proceso de escrituración. Por lo demás las cesiones que efectuara Franchini el 30/1/2004 y 15/1/2005 carecen de eficacia y son inoponibles pues si Franchini no podía adquirir un derecho mejor o más extenso que el que tenía Vicente, no habiéndose realizado la tradición de la cosa y no contando con la posesión, no pudo acordar el uso gratuito. Tampoco nada agrega el informe elaborado por el agrimensor Juan Manuel Slang, el que fuera realizado mucho tiempo después de haberse completado el curso de la prescripción. Destaca que Armando Calamante, Armando Pascual Calamante y Jorge Calamante se vincularon con los abogados Carlos Alberto Mercader y Benito Jorge Vicente a través de un instrumento no acompañado en la demanda y por el que se les encomendaban una serie de tareas profesionales y que fuera suscripto en la misma fecha en que se celebró el boleto de compraventa del 50% de la fracción de campo chacra n°...: 2/10/1975. Los letrados afirmaban haber recibido el importe total de los honorarios presupuestados. Agrega que la posesión y escritura quedaban diferidas para el cumplimiento de los trabajos comprometidos. Dichos trabajos no fueron llevados a cabo y por lo tanto Vicente no se encontraba legitimado para obtener la posesión y la escritura. IV) Antes de ingresar a la cuestión objeto de la elevación de los autos a esta Alzada considero necesario efectuar una aclaración previa. Es preciso señalar que se encuentra en plena vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, establecido por ley 26994 promulgada según Decreto 1795/2014 y publicado en el Boletín Oficial N° 32.985 del 7-10-2014; con la modificación introducida por la ley 27077 cuyo art. 1° sustituyó el art. 7° de aquella y dispuso su entrada en vigencia a partir del 1° de agosto de 2015. Precisamente, el art. 7° mencionado trata de la vigencia temporal de las leyes y así, dispone que ?A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes...?. Comentando dicho artículo el Dr. Lorenzetti dice al respecto que se trata de una regla dirigida al juez y le indica qué ley debe aplicar al resolver un caso y establece que debe aplicar la ley de modo inmediato y que no tiene efecto retroactivo, con las excepciones previstas. Entonces, la regla general es la aplicación inmediata de la ley (conf. Lorenzetti, Ricardo Luis, Director, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. T.I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2014 págs. 45/47). La ley fija una fecha a partir de la cual comienza su vigencia (art. 5°) y deroga la anterior, de manera que no hay conflicto de leyes. El problema son los supuestos de hecho, es decir, una relación jurídica que se ha cumplido bajo la vigencia de la ley anterior, tiene efectos que se prolongan en el tiempo y son la aplicación inmediata de la ley a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las que se constituyeron o se extinguieron cumpliendo los requisitos de la ley anterior no son alcanzadas por este efecto inmediato. La regla es la aplicación inmediata y en el sistema actual, la noción de retroactividad es una derivación del concepto de aplicación inmediata. De modo tal que la cuestión se vincula al tema de la aplicación de la ley en el tiempo: denominado derecho transitorio, colisión de leyes en el tiempo, conflicto de leyes en el tiempo, etc. La dificultad se plantea cuando se trata de hechos, relaciones o situaciones in fieri, que no se agotan instantáneamente, sino que duran en el tiempo o que su realización o ejecución, liquidación o consumación

demandan tiempo, por lo que, en parte, al inicio, al concertarse o al nacer, caen bajo el imperio de una norma y, en parte o partes (al realizarse las prestaciones o agotarse las consecuencias o los efectos de aquellas relaciones o situaciones jurídicas, de la o las siguientes o sucesivas), caen en otras (conf. Kemelmajer de Carlucci, ¿La aplicación de Código Civil y Comercial a las Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes?, Edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2015, págs. 20/21). Ante la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación a partir del 1/8/2015 (conforme ley 27077) se hace necesario determinar la cuestión relativa al derecho transitorio. Sobre el particular, y sin desconocer posturas en contrario adhiero a la tesis de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, en la que sostiene que el estadio procesal en el expediente se encuentra (primera o ulterior instancia) no afecta la aplicación de las normas de transición dispuestas al efecto por el nuevo Código Civil y Comercial (¿El art. 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en lo que existe sentencia firme? publicado en Revista La Ley del 22/04/2015, citado por esta Sala en causa n° 59.891, ¿Banco Patagonia S.A., del 11/08/2015, y subsiguientes en idéntico sentido). Ahora bien, no obstante que de lo dicho se desprende que el estadio procesal en el que el expediente se encuentra no es en sí mismo un obstáculo para la aplicación del nuevo texto legal, gravitan otras razones que tornan aplicable la ley anterior. En efecto ha de tenerse en cuenta que el contrato que vinculó a las partes se celebró antes de la vigencia del nuevo Código, y su incumplimiento también acaeció bajo la vigencia de los Códigos derogados. De modo que no se presenta en autos la situación que sí podría generar dudas en orden al derecho transitorio, como es la que podría plantearse en el caso de contratos celebrados bajo el régimen anterior pero cuyo incumplimiento se verifique bajo la vigencia de la ley nueva (Kemelmajer de Carlucci, ¿La aplicación...? cit., pág. 104, con cita de Moisset de Espanés). Del mismo modo, si bien anticipo al acuerdo que conforme la solución que propiciaré la resolución de la presente causa cursará andariveles distintos a los que acompañaran la decisión de la instancia anterior, las eventuales cuestiones atinentes a la prescripción liberatoria también deberían ser resueltas en base a los textos legales derogados, pues la cuestión del derecho transitorio sólo se presenta ante los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley (art. 2537 del Código Civil y Comercial de la Nación). V) Consideración de los agravios: Concluido el trámite que hace al sostenimiento de los recursos, a fs. 617 fueron llamados ¿Autos para Sentencia? y a fs. 619 se efectuó el sorteo de ley para el orden de los votos. Estas providencias firmes autorizan el abordaje de la causa. Habiéndose reseñado los antecedentes de la litis, me permito destacar una serie de documentos incorporados a la causa y que marcan una cronología de hechos y actos jurídicos que nos conducen al día de hoy y a decidir acerca del destino de esta causa, como lo son las escrituras nros. ... y ... del 7/11/1974 pasadas ante el escribano Salvador María Viale (fs.10/20); boleto de compraventa (fs. 21); cesión de derechos y acciones (fs.28) del 10/1/2004; disolución y liquidación sociedad de hecho de fs. 46/7 del 20/11/1978; promesa de realización de trabajos (fs. 194/5). Este último -que como se verá revestirá fundamental importancia para estructurar mi propuesta decisoria- fue desconocido en cuanto a su autenticidad tanto por el actor cuanto por el Dr. Benito Jorge Vicente, quien al tomar intervención en autos (fs. 487/494) niega valor probatorio al mismo, plantea su nulidad e inexistencia por carecer del requisito de la fecha y niega que tenga relación directa y/o indirecta con el boleto de compraventa del 2/10/1975 (esp. fs. 488). Ahora bien, es sabido que los requisitos de validez de los instrumentos privados son la firma y el doble ejemplar (arts. 1012 y 1021 del Código Civil), no así la fecha, ya que por regir en materia de instrumentos privados el principio de libertad de formas las partes pueden o no datar el instrumento, es decir, que pueden o no ponerle fecha (Julio César Rivera, ¿Instituciones de Derecho Civil. Parte General? T.II pág. 718 y 736). A ello cabe sumar que en el instrumento de fs. 194/195 se consignó el mes y año -que coinciden con los del boleto de compraventa de fs. 21 (octubre de 1975)- y sólo se omitió consignar el día, por lo que, sin perjuicio de lo antes señalado, la indeterminación de la fecha es sólo relativa. Ello nos permite concluir que, contrariamente a lo sostenido por el Dr. Vicente, el documento de fs. 194/195 -cuya firma no fue desconocida por el mencionado profesional- es plenamente válido entre las partes y tiene el mismo valor probatorio que los instrumentos públicos (art. 1026 del Código Civil; Rivera, ob. cit., pág. 759). Entiendo sin perjuicio de lo que se dirá más adelante que cuando se declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso retro trayendo a una etapa anterior a la apertura a prueba de la causa y dar intervención al Dr. Benito Jorge Vicente (anterior sentencia de esta Sala de fs. 468/474) resultaba de toda importancia que se expidiera respecto de dicha documentación. La importancia que adquiriría este documento radica en que los letrados Vicente y Mercader se comprometían a la realización de ciertos trabajos jurídicos entre los cuales se encontraba la iniciación de un juicio contra la Municipalidad de Tandil y la inscripción dominial de la operación registrada en la escritura n° ... donde constan los antecedentes de adquisición de los Calamante y en el mismo figura que los letrados declaran haber recibido el total de los honorarios. Previamente debo aclarar que no constituye sorpresa el vínculo entre el Dr. Vicente y los Calamante, puesto que si se observa en las escrituras ... y ... quien actúa como apoderado de los adquirentes (los Calamante) resulta ser el Dr. Benito Jorge Vicente no pudiendo desconocerse ello pues se trata de instrumento público (ver fs. 10/20) ambos pasados ante el escribano Viale el 7/11/1994. Ahora bien, en el boleto de Compraventa aparece Benito Jorge Vicente adquiriendo a los Calamante una de las fracciones correspondientes de las que él había adquirido para éstos. A la vez menciona que se abonó el total del precio. Vale decir que el inmueble en cuestión constituía el

pago por los trabajos que debían efectuarse. La crítica contestación efectuada por el Dr. Benito Jorge Vicente respecto a la ?Promesa de Realización de Trabajos? (fs.194/5) cuanto plantea la nulidad e inexistencia del mismo por falta de fecha (que como antes mencionamos no obsta a la plena validez del instrumento privado) que bien pudieron constituir conjuntamente con la Compraventa contratos conexos e indirectos instituyendo una especie de cuota litis, obliga a interpretar y descifrar la estrecha relación entre los Calamante y Vicente. Y entonces, teniendo en consideración lo anterior, el papel de apoderado de los Calamante asumido por Benito Jorge Vicente en las escrituras, a las que concurrió en nombre y representación de Armando Calamante, Jorge Calamante y Armando Pascual Calamante mediante poder especial otorgado el 3/10/1974 por escritura pasada al folio 626 del Registro n°6 de ciudad y partido de Tandil de la escribana Irma Alicia Daguzan, y a la vez el rol de abogado de los mismos permiten discurrir acerca de la posibilidad de adquisición por parte de Vicente de un bien perteneciente a aquéllos y si ello se encuentra alcanzado por la nulidad con que fulmina el art. 1361 inc. 6° C.C. por encontrarse incurso en la incapacidad de derecho para contratar que la misma regula. Considero oportuno señalar (con relación al boleto de compraventa esgrimido por el actor) que se encuentra alcanzado por la nulidad del art. 1361 inc. 6° C.C., al prohibir a los abogados la compra, aunque sea en remate público, por sí o por interpuesta persona, de bienes que estuviesen en litigio, ante el Juzgado ante el cual ejerciesen o hubiesen ejercido su ministerio. Se destaca que la expresión ?...bienes que estuviesen en litigio...? debe ser de interpretación amplia, asimilando la expresión ?litigio? a ?toda actuación judicial?. Advertimos que aunque la litis hubiera concluido ello no extingue las razones inhibitorias. Agrega, además, Gregorini Clusellas que si el abogado o el procurador hubiesen recibido mandato, su situación encuadraría también en el art. 1361 inc. 4°, además de las normas de ética profesional (ley 23187 en Capital Federal y normas similares en jurisdicciones provinciales) (Código Civil Análisis Doctrinal y Jurisprudencial T°3 C págs. 408 y sgtes.). Continuando esta línea de pensamiento transcribiré la resolución adoptada por esta Sala con otra composición que la actual, en la causa N°51736 del 17/10/2008 con primer voto del Dr. Guillermo Céspedes y que resulta de aplicación a este supuesto: ?Y más importante aún es que el fallo apelado ha considerado se trata de un acto nulo de nulidad absoluta aspecto que ha sido ignorado en el agravio salvo la expresión de considerarse inaplicable al caso la disposición del art. 1361 inc. 6° del Código Civil. Esta norma establece que ?es prohibida la compra aunque sea en remate público, por si o por interpuesta persona...a los abogados, procuradores de los bienes que estuviesen en litigio ante el juzgado o tribunal ante el cual ejerciesen o hubiesen ejercido su respectivo ministerio?. Como fuese mencionado en la causa n° 34.376 ?Zabalza Ricardo Enrique c/Arla Andrés Oscar. Búfalo Blanco Agroganadera s/Simulación?, -se trataba de la compra para sí por el corredor de comercio (mandatario) de los bienes encomendados vender por su mandante (art. 1361 inc. 4° Código Civil) sobre los pormenores, características y efectos de dicho tipo de nulidades ha explicado Moisset de Espanés (La nulidad absoluta y su declaración de oficio? JA, 1980-II-165). ?El principio dispositivo que rige nuestro proceso civil limita las facultades de los magistrados impidiendo -por regla general- que se pronuncien sobre aspectos que las partes no han sometido a su consideración así, por ejemplo, no les está permitido declarar la existencia de una prescripción no esgrimida, ni acordar al acreedor más de lo que solicitó, ni declarar la invalidez de un acto que no ha sido impugnado ...Pero esta regla reconoce una excepción importante, contenida en el art. 1047 C.C. para el caso en que el vicio ?aparece de manifiesto en el acto? y provoca una nulidad absoluta. Para que el juez pueda proceder de oficio es menester que se conjuguen ambas circunstancias, o sea que el vicio afecte el orden público (nulidad absoluta), y que aparezca de manifiesto en el acto (acto nulo), hipótesis en la cual creemos que el magistrado deberá ineludiblemente pronunciarse declarando la invalidez del acto. En el mismo sentido ha sido la Dra. Kemelmajer de Carlucci al votar como Jueza de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza (Sala 1ª.9-I-411) que: ?Aún la doctrina menos intervencionista ha sostenido desde siempre que cuando el magistrado se enfrenta con un contrato nulo, de nulidad absoluta, ineludiblemente debe declararlo así, aunque las partes contratantes o un tercero no lo hubiese pedido; procede de oficio y sin posibilidad de rehuir al mandato legal; no pueden permanecer estático o indiferente cuando se incorpora al proceso un acto incompatible con los términos del art. 953 y concs. C.C. (ver por todos, Risolía Marco A. ?Soberanía y crisis del contrato?, 2da. ed. Bs.As., Abeledo Perrot, pág. 251)?. Allí también se agregó ?Señala Cifuentes, comentando lo dispuesto por el art. 1047 del Código Civil y trayendo a colación del propio codificador, que las nulidades absolutas son aquellas que tienen por causa el interés público por lo que atienden al interés colectivo o general estando ello en juego más que el carácter de orden público de la ley afectada por el vicio; señalando como un supuesto así comprendido cuando está de por medio atender a la honestidad y rectitud en las funciones públicas, como las que enuncia el art. 1361, incs. 5° y 6° (Código Civil comentado, Belluscio-Zannoni, t. 4, págs. 713, 714 y 719 -nota 30)?. Y más adelante que ?con semejante criterio se expide el Dr. Cuartero al votar como integrante de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial analizando el supuesto de sociedades entre corredores prohibida por el inc. 1° del art. 105 del Código de Comercio al establecer que esa ?incapacidad específica? es en general de orden moral y más específicamente tiende a preservar los principios elementales de la institución del corretaje, dando cuenta que la prohibición le impone la incapacidad de derecho para realizar el acto y quien la transgrede realiza una actividad ilícita, asimilándola a la del

abogado que adquiere un bien en un proceso donde él mismo actúa (art. 1361 inc. 6° C.C.), concluyendo que se trata de un acto de nulidad absoluta (3-7-90 *Peamco*, JA 1991-I-415). Por su parte Zannoni, al analizar los supuestos de actos nulos de nulidad absoluta en relación a los sujetos considera tales los negocios concluidos por personas a quienes se prohíbe su realización por ejemplo compraventa entre quienes el art. 1361 las veda absolutamente? (*Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, pág. 206). Plantea dicho autor más adelante como un supuesto de nulidad absoluta el del abogado que compra un bien que pertenece a alguna de las partes de un litigio en el que él interviene en calidad de apoderado de ellas, sosteniendo que el juez *se limitará*, a la vista de las pruebas, a un mero control de legalidad y subsumirá el caso concreto en la prohibición legal, rígida y establecida a priori que consagra el citado art. 1361 inc. 6° del Código Civil. Todo indica que, en la hipótesis, el juez debe -y no sólo puede- declarar la nulidad con inteligencia del interés privado en juego pues la solución se toma a impulsos de un interés superior? (págs. 212 y 213).

Este autor agrega refiriéndose que la forma de aparecer la nulidad en el acto *tan manifiesta aparece* la nulidad cuando ella resulta del título o instrumento como cuando resulta de pruebas extrínsecas. Lo cual no significa que el juez haya debido realizar una *investigación de hecho*, ni que haga un control de mérito de hechos (estos, como tales). De ninguna manera: lo que el juez confronta es la prueba extrínseca del vicio sustancial de legalidad, que se le *aparece* manifiesto sin mediar su criterio o su valoración de circunstancias contingentes, variables, para la anulación de un negocio reputado por la ley válido en principio (art. 1046 C.C.). Esta es además, la solución que se compadece con un criterio axiológico valioso desde el punto de vista de la estimativa jurídica. No nos parece razonable que el juez debiera dar por válido, vinculante, un acto nulo de nulidad absoluta que se le manifiesta como tal -aunque los vicios que conllevan la nulidad resulten de prueba extrínseca y no del título mismo- por el mero hecho de que las partes del negocio se hayan abstenido de demandar su nulidad. Imagínese al abogado de nuestro ejemplo, demandando la escrituración del inmueble y al juez haciendo lugar a la demanda, sabiendo que compró un inmueble que estaba en litigio en la causa en que él actuó como apoderado: *¿no aparece manifiesta, acaso, la nulidad?* Vedarlo al ámbito de actuación que le confiere el art. 1047 C.C. significaría restringirle los poderes jurisdiccionales que la misma norma le confiere como depositario del control de legalidad que atañe a los intereses generales. Intereses, que, como tales, exceden los de los particulares y por ende las más o menos circunscriptas pretensiones controvertidas de las partes del pleito? (*Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, págs. 215/6). La misma solución se aplicó a un supuesto, semejante en cuanto a la finalidad moralizadora que procura salvar la nulidad absoluta, en que se habían hecho cesiones a abogados y procuradores en el proceso en que ejerciese (esta Sala, voto del Dr. Hernán Ojea, en causa n° 48663, *González Jorge Raúl c/Castellani Aldo Oscar s/Cobro de pesos* 31/8/2005). Considero apropiado traer al tapete otra jurisprudencia, en este caso a través de un voto del Dr. Mosset de Espanés, integrando el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Laboral (causa *Perelero Oscar c/Saker Nicolás*, 01.10.1996; publ. LLC 1997-574), cuando considerando de aplicación al caso que se le presentara lo dispuesto por el art. 1361, inc. 6° Código Civil, dijo *Sustento mi conclusión en la expresa prohibición que dicha disposición consagra, cual es la imposibilidad del abogado de adquirir, aún en remate público los bienes que estuvieren en litigio ante el juzgado o tribunal en el que ejerciesen o hubiesen ejercido su ministerio. La norma en cuestión, como tantas otras del Código Civil, establece una incapacidad de derecho, creada para proteger intereses distintos de los propios del incapaz, resultando indiferente la persona sobre la que recae. De ahí que la sociedad toda está interesada en que el acto prohibido no se ejecute. Tan es así que la norma en cuestión impide la adquisición del derecho aún por interpósito persona, pues están comprometidos el orden y la moral públicos. Así, en esa incapacidad específica se protege un interés superior: el recto ejercicio de la profesión de abogado, de quien se espera que no olvide la misión encomendada y aprovecha la actividad jurisdiccional y su posición en el pleito para obtener ventajas sobre su cliente, reñidos con la ética y cuya transgresión la ley recoge a modo de prohibición?* Sobre este último aspecto pongo a consideración conceptos vertidos en *Ética Profesional de los Abogados* de los autores Ofelia Rosenkraz, Roque J. Caivano y Gisela F. Mayer (ed. Abeledo Perrot), cuando enumerando los deberes de los profesionales con el cliente dice *Las normas de Ética de Buenos Aires aconsejan que el abogado no adquiera interés pecuniario ni de ninguna clase relativo al asunto que patrocina o haya patrocinado. Específicamente se recomienda no adquirir -ni directa ni indirectamente- bienes pertenecientes al juicio aunque sea por razón del cobro de sus honorarios y no aceptar en pago de éstos dación de bienes que hayan pertenecido a la causa (art. 34). El principio que encierran estas normas el denominado 'principio de desinterés' conforme al cual es dable exigir al abogado el sacrificio de sus aspiraciones personales, aun siendo legítimo, en protección del interés del cliente. Esta conducta encuentra íntima conexión con los principios de lealtad, probidad y buena fe y con el deber de guardar celosamente su independencia profesional...?* (pág. 178). *¿Puede en esos casos permanecer el orden jurídico dentro de un papel pasivo, como neutral espectador? La libertad está bajo el mandato de la justicia, y requiere que se niegue el reconocimiento a aquéllos contratos que por su manera de celebrarse o por su contenido contradicen los valores protegidos por el orden jurídico (conf. Raiser, 'Die Aufgabe des Privatrechts' pág. 42, citado por Juan Carlos Rezzónico en 'Principios Fundamentales de los Contratos' pág. 222). Agregando más adelante que 'el contenido moral que abriga el contrato no es algo*

místico o inasible, sino que se puede averiguar a través de distintos requisitos que confluyen en su nacimiento y en su desenvolvimiento, como la necesidad (entre otros) de un comportamiento leal, incluso en el tramo anterior al establecimiento mismo del contrato...? (ídem, pág. 231). ?No es admisible disociar la moral del derecho pues, no sólo carece de sustento en una real concepción integradora del hombre y su acción, sino que dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la moral forma parte del orden público? (CS Tucumán, Sala Crim. Y Penal, 31/5/1996 ?Bessero Antonio P. c/Elea S.A.? LL 1996-D-596). Adviértase que el inmueble que adquiere Benito Jorge Vicente por boleto de Compraventa (fs.21) lo constituye la mitad de la chacra designada según título como ... partido de Tandil cuya nomenclatura catastral Circunscripción ..., Sección ..., Chacra ..., partida origen ..., indicando que les pertenece a los vendedores (Armando Calamante, Armando Pascual Calamante y Jorge Calamante) por escrituras públicas números ... y ... y en los cuales Vicente actuó como apoderado de los mismos. Al mismo tiempo, como referencia, como indicio, en ?Promesa de realización de trabajos? en los puntos 2° y 3° se refieren a la chacra ... y a las inscripciones dominiales relativas a aquellas escrituras. Por ello es que considero que dicho boleto de Compraventa se encuentra alcanzado por la veda que norma el art. 1361 inc. 6° del C.C. al prohibir adquirir a los letrados por sí o por interpuesta persona bienes que estuviesen en litigio ejerciendo su ministerio y por lo tanto es nulo. En cuanto a la naturaleza de esa nulidad, atendiendo a las razones de moral judicial y -por ende- de orden público que fundamentan tal prohibición, así como se trata de una incapacidad de derecho, entiendo que la misma es de carácter absoluta (art. 1047 C.C., Spota Alberto ?Instituciones de Derecho Civil. Contratos?, ed. Depalma, 1974, T.II págs. 144/5; Salvat, Raymundo, ?Tratado de Derecho Civil Argentino, Fuentes de las Obligaciones, Contrato?, 2° edición actualizada por Arturo Anzorena, ed. Tipográfica Arg. 1950, T. I, pág.325 n°475; Llerena Baldomero, ?Código Civil Argentino?, 2da. edición, ed. Jacobo Peuser, T. V, págs.. 73/74, Suprema Corte de Tucumán, in re ?Zelarrayán de Serrano, Josefa c/Gutiérrez, Armando? LL 14-691 y Cám. Nac. Com. Sala C, in re ?Loico Eduardo c/Kazamech? LL 1991-D-481). Por lo tanto siendo de nulidad absoluta el boleto de Compraventa por el cual el Dr. Benito Jorge Vicente adquirió sus derechos sobre una fracción de terreno, también lo es la posterior cesión de derechos y acciones efectuada por aquél a favor de Sergio José Franchini (fs. 28) en relación a la mitad de la chacra ... de ejido de Tandil nomenclatura catastral: Circunscripción ..., Sección ..., chacra .... En el mismo sentido en esta Sala causa n° 56.219 con voto de la estimada Dra. Comparato se resolvió: ?La cesión, así como transmite al cesionario las garantías, privilegios y accesorios del derecho cedido, le transmite también las restricciones, cargas y vicios que lo acompañan, junto con las virtudes, sus imperfecciones como afirmaba Jossierand.- El deudor podrá oponer al cesionario todas las defensas y excepciones que puede oponer al cedente, entre ellas las de simulación, fraude, dolo o violencia, la resolución y la excepción de incumplimiento (conf. arts. 1469 y 1474 del C.C., Bueres-Highton ?Código Civil, T° 4-A?, pág. 115).-? Y en consecuencia, inoponible a los demandados, debiendo en este sentido confirmarse parte de la sentencia de primera instancia en cuanto dispone el rechazo de la demanda aunque por los argumentos dados. VI) En cuanto a las costas y su imposición debo destacar que el resultado de la litis que determina la nulidad del Boleto de Compraventa y consiguientemente de la cesión a favor del actor Franchini no pudiendo prosperar la demanda, y frente a ello asumen el actor (Franchini Sergio José) y Benito Jorge Vicente el rol de vencidos por lo que las costas de la misma resultan consecuencia de ella (conf. arts. 68, 274 y ccdtes. C.P.C.C.). En la forma anunciada dejo emitido mi voto por la confirmación de la sentencia de primera instancia pero por motivos sustancialmente distintos. Así lo voto. Los Señores Jueces Doctores LOUGE EMILIOZZI y COMPARATO adhirieron por los mismos fundamentos al voto precedente. A LA SEGUNDA CUESTION: el Señor Juez Doctor BAGU dijo: Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, propongo al acuerdo: 1°) Confirmar en cuanto decide la resolución de fs. 520/531 vta. y su aclaratoria de fs. 540, por motivos sustancialmente distintos; 2°) Con costas de ambas instancias al actor Franchini Sergio José y al Dr. Benito Jorge Vicente (arts. 68, 274 y conc. del C.P.C.C.) y difiriendo para su oportunidad la regulación de honorarios que corresponda efectuar (art. 31 ley 8904). Así lo voto. Los Señores Jueces Doctores LOUGE EMILIOZZI y COMPARATO, votaron en análogo sentido. Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente: SENTENCIA POR LO EXPUESTO, demás fundamentos del acuerdo, y lo prescripto por los arts. 68, 266 y 267 y concs. del Cód. de Proc.; SE RESUELVE: 1) Confirmar en cuanto decide la resolución de fs.520/531 vta., y su aclaratoria de fs. 540, por motivos sustancialmente distintos; 2) Con costas de ambas instancias al actor Franchini Sergio José y al Dr. Benito Jorge Vicente (arts. 68, 274 y conc. del C.P.C.C.). Notifíquese por Secretaría y devuélvase.

009408E