

Desalojo Por Falta De Pago Contrato De Locacion Prorroga Opcion De Compra Regimen De Mejoras Y Compensaciones

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Desalojo por falta de pago. Contrato de locación. Prórroga. Opción de compra- régimen de mejoras y compensaciones

En el marco de un juicio de desalojo, se revoca la sentencia apelada rechazándose la demanda interpuesta.

En la ciudad de Mendoza, a los veintinueve días del mes de Mayo de dos mil diecisiete se reúnen en la Sala de Acuerdos de la Excm. Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, las Sras. Juezas titulares de la misma Dras. María Teresa Carabajal Molina, Silvina del Carmen Furlotti y Gladys Delia Marsala, y traen a deliberación para resolver en definitiva la causa N° 252.535/ 52.193 ?GARCIA GARCIA HNOS. S.C.C. C/MATHON, LUIS P/DESALOJO? originaria del Séptimo Juzgado de Paz Letrado de la Primera Circunscripción Judicial, venida a esta instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 291 por la parte demandada contra la sentencia de fecha 23/06/16 obrante a fs. 282/88 la que fue admitida, impuso costas y practicó la regulación de honorarios. Habiendo quedado en estado los autos a fs. 316, se practicó el sorteo que determina el art. 140 del C.P.C., arrojando el siguiente orden de votación: Dras. Carabajal Molina, Marsala y Furlotti. De conformidad con lo dispuesto por el art. 160 de la Constitución de la Provincia, planteándose las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿Es justa la sentencia apelada? En su caso ¿qué solución corresponde? SEGUNDA: Costas. SOBRE LA PRIMERA CUESTION, LA DRA. CARABAJAL MOLINA DIJO: I. Se alza a fs. 291 la parte demandada contra la sentencia de fecha 23/06/16 obrante a fs. 282/88. La resolución impugnada admitió la demanda por desalojo interpuesta por García García Hermanos contra el Sr. Luis Silvano Mathon, impuso costas y practicó la regulación de honorarios. II. PLATAFORMA FACTICA: Los hechos más relevantes para la resolución del recurso en trato son los siguientes: 1) A fs. 2/21 compareció García García Henos S.C.C., mediante apoderado y promovió demanda de desalojo por falta de pago en contra del Sr. Luis Silvano Mathon y/o contra cualquier otro ocupante del inmueble sito en Ruta Provincial N° 50 -Frente Sur de la Rotonda existente entre calles Neuquén y Costa Canal Montecaseros del Departamento de San Martín, Mendoza (en adelante ?el Inmueble?). Sustentó su pretensión en las siguientes circunstancias: - Que era propietaria del Inmueble y suscribió un contrato de locación con el accionado el día 3/07/12, mediante el cual se prorrogaba una relación locativa precedente. - Que el nuevo contrato tenía una vigencia de tres años desde esa fecha, pactándose un canon de \$ 5.000 para el primer año, con un incremento del 20 % anual para cada uno de los años siguientes. - Que en la cláusula 4° se pactó la facultad de realizar mejoras por parte del inquilino, las cuales requerían previa autorización del locador expresada por escrito, mejoras que no podían exceder la suma de \$ 400.000. Asimismo, en la cláusula 5° se convino una opción de compra a su favor, determinándose en la misma las condiciones para su concreción. Por su parte, en la cláusula 8°, se estableció que el locatario no tenía obligación de abonar los cánones en caso de no firmarse el boleto instrumentando la opción de compra referida, supuesto en el cual el valor de las mejoras expresamente autorizadas y realizadas por el locatario se compensarían con el monto de los alquileres correspondientes, sin derecho a indemnización, quedando en beneficio del locador propietario del inmueble. En caso contrario, se pactó que el tenedor pagaría los cánones adeudados quedando en su beneficio las mejoras. - Que a la fecha de suscripción del instrumento referido el locatario adeudaba los cánones devengados desde el origen de la vigencia del contrato primigenio, a partir de aquel correspondiente al mes de junio de 2010. - Que en el mes de noviembre de 2013 su parte comunicó verbalmente al locatario que se encontraba en condiciones de escriturar el inmueble a efectos del ejercicio de la opción de compra pactada. Dicha comunicación se concretó en forma fehaciente el día 29/04/14. - Que el inquilino, a su vez, notificó que ejercía la opción de compra el día 24 de julio de 2014 mediante la carta documento que obra en copia obra a fs. 14. Dice que, tras la serie de comunicaciones e intercambios epistolares a fin de determinar las condiciones del boleto de compraventa, se fijó el día 6/10/14 a efectos de concretar su firma. - Que en dicha oportunidad se suscitaron desacuerdos en torno a la cotización de la moneda de pago en que debía cancelarse el precio; ya que el actor pretendía el pago de \$ 276.500, a razón de \$ 14,95 por dólar, en tanto que la hoy accionada ofrecía cancelar mediante la entrega de un valor que representaba el 50% del precio acordado, según la cotización del dólar oficial más un 20%. Ante tal desacuerdo, el representante de la locataria se retiró del lugar, quedando plasmadas las circunstancias referidas en el acta notarial que se ofrecía como prueba. - Que su parte comunicó el día 9/10/14 a la locataria que se encontraba resuelta la opción de compra, dando por decaído el derecho de ejercer la misma y emplazándola al pago de los cánones cuyo valor no había resultado compensado con las mejoras autorizadas. Detalló que el valor de éstas ascendían a la suma de \$ 200.000, por lo que su parte reclamó las sumas devengadas desde el mes de agosto de 2013 a octubre de 2014, por un monto de \$ 81.800. - Que la misiva fue rechazada por la inquilina según la C.D. que

obra en copia a fs. 17, cuyos términos fueron a su vez rebatidos por su parte según surgía de las constancias obrantes de fs. 18.

- Que la falta de pago de los cánones detallados autorizaba a impetrar el desalojo del Inmueble por la causal invocada. Ofreció pruebas y fundó en derecho. 2) Corrido el traslado de ley, a fs. 31/60 se presentó el Sr. Luis Silvano Mathon y contestó demanda. Adoptó la siguiente postura procesal: - Efectuó una negativa general y especial de los hechos. - Relató que la intención primigenia de su parte fue adquirir el inmueble, la cual no pudo concretarse debido a la inhibición general de bienes que pesaba sobre su titular y la existencia de ocupantes en un sector del mismo, razón por la cual se formalizó el contrato de locación con la opción de concretar la compra una vez subsanados esos impedimentos. - Destacó que el Inmueble entregado carecía de servicios y construcciones, siendo un terreno baldío; pactándose que su parte podía realizar mejoras por un monto máximo de \$ 400.000. - Resaltó que se previó el modo de solucionar la situación de los intrusos mediante la escrituración de una fracción de 65 m2 en su favor por parte del propietario, corriendo por cuenta de su mandante la construcción de una casa habitación para ellos. - Afirmó que su representada concretó mejoras cuyo valor excedía holgadamente el máximo pactado con la expresa anuencia del representante de la locadora, quien suscribió la totalidad de la documentación necesaria para obtener la autorización municipal pertinente, tomando cabal conocimiento de la envergadura del proyecto y sus costos reales, que cuantificó en la suma de \$ 2.300.000. Paralelamente, expuso que la firma Ayfra S.R.L. concretó a su requerimiento la construcción de la vivienda en favor de los ocupantes. - Relató, las desavenencias en torno al ejercicio de la opción de compra; remarcando que ésta no se concretó por la pretensión de la locadora de recibir el precio pactado en dólares conforme la cotización de la moneda extranjera en el mercado negro, parámetros en base a los cuales había sido redactado el boleto de compraventa elaborado por el letrado de la hoy actora que en el acto se exhibió. - Expuso que tal pretensión contravenía la pauta fijada en la cláusula 5° del contrato, que establecía el pago de la suma de U\$S 37.000 en esa moneda, o la suma de pesos suficiente para adquirir la cantidad de dólares convenidos, siendo evidente que esto implicaba -según su entender- tomar como base la cotización oficial al día del pago, con el porcentaje adicional del 20% previsto en la resolución RG. AFIP Nro. 3583 vigente a esa fecha. - Sostuvo que tal proceder frustró injustificadamente la operación, por lo que su parte se retiró del lugar haciendo reserva de accionar por consignación y cumplimiento contractual, dejándose constancia en el acta notarial que acompañaba. - Concluyó que su mandante nada debía y no se encontraba configurada la causal de desalojo impetrada. En subsidio, señaló que el valor de las mejoras realizadas en el inmueble superaban ampliamente el monto de los cánones eventualmente devengados, por lo que planteó la defensa de compensación. Ofreció prueba y fundó en derecho. 3) A fs. 70/71 contestó el actor el traslado conferido, solicitando el rechazo de las defensas planteadas. 4) Luego de sustanciada la causa, la juez a quo admitió la demanda por desalojo impetrada con fecha 23/06/16 (fs. 282/88). Argumentó de la siguiente manera: - Que tal como había quedado trabada la litis, debía tenerse por cierta la existencia de un vínculo contractual entre la firma García García Hnos. S.C.C. y Luis Silvano Mathon, en virtud del cual la primera entregó al segundo la tenencia del Inmueble. Tampoco se discutía que en el contrato obrante en copia a fs. 8/9 se pactó una opción de compra a favor del inquilino, detallándose las condiciones para su ejercicio (cláusula 5°); conviniéndose asimismo un régimen de mejoras (cláusula 4°) y la incidencia de ambas cuestiones en el tema de los cánones (cláusula 8°). - Que el actor afirmó que el locatario no concretó el ejercicio de la opción de compra, en tanto nunca pagó su precio ni los cánones correspondientes; en cuanto a la alegada compensación con las mejoras, sostuvo que en el contrato se convino un tope máximo de \$ 400.000, habiendo su parte conferido autorización solamente por un monto de \$ 200.000 según documentación obrante en poder del accionado, de modo tal que detrayendo tales sumas de la totalidad del monto de alquileres devengados, surgía una deuda de \$ 81.800, argumentando el desalojo por la causal de falta de pago. - Que el accionado solicitó el rechazo de la demanda invocando su calidad de poseedor y la inexistencia de deuda alguna. En particular sostuvo que envió oportunamente notificación haciendo uso de la opción de compra, por lo que a partir de ese momento mutó su carácter de tenedor por el de poseedor animus domini. Resaltó que las cuantiosas y onerosas mejoras realizadas en el inmueble demostraban la interversión de su título, argumento en base al cual planteó, en subsidio, la defensa de compensación. - Que tanto el art. 8 de la ley parcialmente derogada como el art. 1234 del C.C.C.N. exigían la instrumentación por escritura pública cuando la contratación versara sobre inmuebles -formalidad que en el caso en análisis no se cumplió- sin embargo, se ha admitido la demanda por desalojo incoada por el dador de un contrato de leasing contra el tomador, en un supuesto en el cual, aun cuando el acuerdo no se instrumentó por escritura pública, resultó acreditada la relación contractual y la falta de pago de las sumas adeudadas. - Que en el caso, no resultaba discutido que el propietario comunicó a su contraparte que se encontraba en condiciones de concretar la opción pactada, notificación que se formuló en forma fehaciente el día 29/04/14. Por su parte, el demandado, a su vez, notificó que ejercía la opción de compra el día 24/07/14 mediante la carta documento que obraba a fs. 14. - Que tampoco resultaba controvertido que en la reunión fijada a efectos de la firma del boleto ésta no se concretó ante el desacuerdo en torno a las modalidades relativas al precio. Por otra parte; la actora pretendía el pago en efectivo de \$ 276.500, a razón de \$ 14,95 por dólar, en tanto que la locataria ofrecía cancelar mediante la entrega de un valor por la suma equivalente al 50% del precio

acordado, según la cotización del dólar oficial más un 20%, por lo cual el representante de la locataria se retiró del lugar. - Que las actas labradas por las escribanas que acompañaban a cada uno de los hoy contradictores resultaban contestes en éstos aspectos. Sin embargo, diferían en el monto por el cual se habría librado el valor -que nunca se exhibió-, consignando la notaria Domínguez en su diligencia que el accionado ofreció pagar mediante un valor por la suma de \$ 192.400, en tanto la escribana Scaramella consignó que la oferta de Mathon habría sido instrumentada en un valor por la suma de \$ 187.590. (fs. 11 y 47/50). Ambas coincidían, por lo demás, en que ante la falta de acuerdo las partes decidieron no suscribir el boleto. - Que tres días después la actora remitió al tenedor la C.D. obrante en copia a fs. 16, comunicándole la resolución (sic) del ejercicio de la opción de compra, y emplazándolo al pago de los cánones no compensados con las mejoras autorizadas por escrito. La misiva fue contestada por éste insistiendo en el ejercicio de la opción de compra y alegando que demandaría judicialmente su cumplimiento a través de la consignación del precio pactado. La epístola fue a su vez rebatida por el accionante según surge de las constancias de fs. 18. - En lo que aquí interesa, el accionado no empleó temporáneamente los medios a su alcance a fin de concretar el pago ofrecido. - Que la ley 25.248, aplicable al caso preveía el procedimiento de desalojo en caso de inmuebles, otorgando al tomador la posibilidad de paralizar el procedimiento mediante el pago si antes no hubiese recurrido a esta alternativa. Que más allá de la omisión de la utilización de tal remedio previsto por la ley a fin de paralizar el desalojo, el único acto positivo del accionado a tal fin ha sido la iniciación de la demanda por consignación y cumplimiento contractual en contra del aquí actor -más de un año después de iniciada la causa - que tramitaba ante ese mismo Tribunal bajo el Nro. 254.293. De sus constancias surgía que aún no había sido corrido el traslado de ley. - Que más allá del desacuerdo que pudiera existir acerca de la cotización de la moneda pactada, la opción pretendida no podía quedar circunscripta a un simple anuncio, por lo que en caso de haber tenido serias intenciones de realizar el pago, el hoy accionado contó con alternativas concretas para efectivizarlo en las condiciones que consideraba adecuadas. Su omisión resultaba determinante para rechazar sus argumentos defensivos; reconozco que no siempre es fácil determinar cuál es exactamente el comportamiento debido en situaciones complejas como las del caso, sin embargo creo que a tal fin debe tenerse siempre en cuenta la directiva prevista en el art. 9 C.C. C.N. - art 1198 CC-, tomando como parámetro la buena fe que debe imperar en todo negocio jurídico. - Que al no haber ejercido válidamente la opción de compra, el hoy accionado continúa revistiendo la calidad de tenedor, toda vez que mal pudo, por sí mismo, modificar la causa de su relación con la cosa; sus argumentos en cuanto a que habría mutado tal carácter por el de poseedor animus domini resultan inadmisibles conforme las reflexiones apuntadas. - Que respecto a las mejoras, el demandado fundamentó su carácter de poseedor en las cuantiosas y onerosas mejoras realizadas en el inmueble, argumento en base al cual planteaba, en subsidio, defensa de compensación. - Que si bien un análisis integral de la prueba rendida permitía advertir que el demandado efectivamente realizó tareas edilicias de gran envergadura en el Inmueble, la autorización por el propietario no podía juzgarse conferida. - Que el tema de las mejoras fue objeto de expreso tratamiento en el contrato celebrado, autorizándose al tenedor a su realización por un monto máximo de \$ 400.000, requiriéndose en cualquier caso el consentimiento del propietario expresado por escrito. Además se convino que en caso de ser necesario contar con la autorización de la Municipalidad de San Martín para realizar construcciones, el representante del titular debía firmar los planos y permisos correspondientes, quedando expresamente establecido que sólo se podría avanzar en las construcciones hasta el monto señalado (cl. 4°). - Que las partes reconocieron en el instrumento, además, la existencia de una deuda correspondiente a una vinculación anterior a la suscripción del contrato, desde el mes de junio de 2010 en adelante, determinando que en caso de no concretarse la compra que el monto de la misma sería aplicado al valor de las mejoras, que quedarían en beneficio del inmueble (cl. 8°). - Que la cláusula 4° transcrita no dejaba dudas acerca de la voluntad del propietario de vedar en forma absoluta la realización de innovaciones edilicias en el inmueble más allá del límite pactado. Por tanto; quedaba claro, además, que las que se realizaran respetando dicho tope debían contar con autorización expresa por escrito de su representante. Al respecto el actor reconoció haber autorizado construcciones por un monto de \$ 200.000 mediante documentación que se encontraría en poder de la locataria; ésta, por su parte, dice que la rúbrica por parte del representante de la locadora de los planos y permisos correspondientes al expediente municipal ofrecido A.E.V. implicaba la autorización requerida puesto que el firmante no pudo desconocer los alcances de la construcción que se autorizaba. - Que no correspondía otorgar valor a la firma de los planos municipales, pues ello suponía una abierta contradicción no sólo con la normativa y la doctrina reseñada, sino también con la convención al respecto plasmada en el contrato, perfectamente válida en tanto se trata de un aspecto plenamente sometido al principio de la autonomía de la voluntad. Por otra parte, la mera compulsión de las constancias que glosan en copia certificada a fs. 180/242 permite advertir que los elementos allí obrantes no proporcionan para quien no sea experto en la materia una perspectiva concreta de los valores involucrados en la obra, los cuales sin duda están sujetos a grandes variaciones según las características constructivas y los tipos de materiales utilizados. De tal modo, considero que la signatura de tal documentación en modo alguno puede equipararse a la autorización expresa y por escrito pactada, por lo que, en el mejor escenario para el demandado, debe considerarse que el asentimiento fue otorgado para la realización

de construcciones por un monto de \$ 200.000. - Que detrayendo las sumas correspondientes a las mejoras que debían juzgarse autorizadas de los cánones devengados desde el mes de junio de 2010 en adelante -que resultaban compensados solamente con ese alcance- la operación arrojaba un saldo insoluto en base al cual debía tenerse por configurada la causal invocada. - Que resultaba claro que la realización de mejoras en el inmueble por encima de las sumas autorizadas configura un obrar completamente unilateral, y por ende sin virtualidad jurídica alguna para fundar la calidad de poseedora que la accionada invocó. III. LOS AGRAVIOS DE LA PARTE APELANTE Y SU CONTESTACIÓN: 1) Se alza la parte demandada a fs. 291 y expresa agravios conforme el memorial obrante a fs. 314/23 el que puede ser sintetizado de la siguiente manera: - Que la juez a quo ha considerado aplicable al caso lo dispuesto por la ley 25248 de leasing; no siendo tal contrato el pactado en el caso que nos ocupa pues la cesión de uso y goce se hizo con la finalidad primordial de celebrar un contrato de compraventa. - Que se trata de un contrato mixto o complejo, cuyo fin económico consistía en celebrar una compraventa. Ello surge de lo pactado y de la conducta posterior de las partes. - Que el error del fallo radica en la aplicación del procedimiento previsto en el art. 20 de la ley 25.248 cuando no resultaba aplicable al contrato celebrado ya que la cláusula octava dispone que no debían abonarse los cánones locativos. - Que la juez a quo lo ha considerado como un mero tenedor cuando ello no surgía de la prueba rendida ya que desde que hizo uso de la opción de compra ya que efectivamente existió una promesa de venta. Desde que se ejerció la opción de compra era un verdadero poseedor. - Que el fallo yerra al analizar el monto de las mejoras autorizadas hasta 200.000 pesos y que hasta allí debían compensarse los alquileres ya que no se ha considerado que esa compensación está prevista cuando no se concretó la opción de compra. En efecto, no se ha considerado la actitud de la contraparte frente a la realización de mejoras que excedían tal monto. Por ello, la actora incurre en la teoría de los actos propios pues alega que existe un tope pero firma los planos ante la Municipalidad con mejoras que superaban tal límite. 2) Corrido el traslado de ley, contesta la parte actora a fs. 326/32 y propicia el rechazo del recurso por los argumentos que se tienen por reproducidos en mérito a la brevedad. IV. SOLUCION DEL CASO: A) Aclaración previa: Teniendo en consideración que la pretensión esgrimida consistía en el incumplimiento de un contrato celebrado con fecha 3/07/12, es decir, que la relación jurídica originaria que ha dado motivo a este proceso ha acaecido con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación. Por tanto, la relación jurídica se ha consumado antes del advenimiento del actual Código Civil y Comercial de la Nación; en consecuencia, debe ser juzgada en sus elementos constitutivos de acuerdo con el sistema del anterior Código Civil (art. 7 del C.C. y C.N. Ver en este sentido, Moisset de Espanés, Luis "Irretroactividad de la ley", Universidad de Córdoba, 1975, en especial p. 22 y 42/43, p. IV, apartado "b"). La queja de la demandada apelante en esta sede se centra en el error en la apreciación de la prueba en cuanto a lo expresamente pactado, aplicando el procedimiento de desalojo del contrato de leasing y soslayando que se ha acreditado que el demandado era poseedor, en consecuencia, sostiene que no se ha interpretado correctamente lo pactado. B) El caso concreto: En primer lugar, estimo que resulta oportuno analizar previamente cuál es la interpretación que correspondía otorgar a la norma del art. 399 bis apartado B del C.P.C., pues el resto de las cuestiones involucradas en la apelación, dependen de ella. (i) La facultad de iniciar el juicio de desalojo y la interpretación del art. 399 bis del C.P.C.: Cabe destacar que tanto el Código Civil Veleziano como el Código Civil y Comercial de la Nación disponen que es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular (art. 2513 C. C., art. 1941 del C.C.C N). Por su parte, el propietario puede excluir a terceros del uso o goce, o disposición de la cosa (art. 2516 C. Civil, 1944 del C.C.C N.). En este aspecto, está la facultad de solicitar el desalojo del inmueble. El objeto de dicho proceso consiste en dejar libre el uso de los bienes materia del litigio, sustrayéndolos, con el auxilio de la fuerza pública, si fuese necesario, a la acción de sus detentadores (Alsina, Hugo ?Tratado Teórico Práctico de Derecho Civil y Comercial?, Ediar, Buenos Aires, 1963). Circunscribiéndonos a la cuestión de los sujetos implicados, el art. 399 bis I apartado B del C.P.C. establece que el juicio de desalojo tiene lugar entre el propietario, usufructuario y usuario contra todo tenedor precario, intruso o cualesquiera otros ocupantes cuya obligación de restituir sea exigible, siempre que éstos no invoquen título alguno a la posesión. Ello así, por cuanto si la acción de desalojo es personal y se pretende con ella el recupero de la tenencia dada o perdida, el juicio de desalojo será la vía apropiada contra los meros tenedores, pero no procederá: a) contra los poseedores animus domine o aquellos que invoquen derechos reales: usufructuarios, usuarios, etc. y b) contra quienes recibieron la posesión en virtud de un contrato: boleto de compraventa, sociedad, etc. En tal sentido, la doctrina ha resaltado que: ?si lo discutido en el pleito rebasa el objeto del juicio de desalojo- el recupero de la tenencia- la pretensión no puede prosperar, y debe discutirse la cuestión en el proceso adecuado a la relación de fondo debatida y extraña a la simple tenencia?. (Ramírez Jorge Orlando, ?El juicio de desalojo?, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1991). Diverso es el problema de la prueba que debe incorporarse en el proceso cuando se invoca la posesión como así también quién debe soportar las consecuencias de la falta de acreditación de los hechos discutidos, vale decir sobre quien pesa la carga de la prueba. Estas cuestiones han sido resueltas en el sentido de que: ?No basta con que el demandado por desalojo alegue la calidad de poseedor para que el actor se vea precisado a recurrir a las acciones reales o posesorias para recuperar el inmueble, sino que aquél

deberá probar, por lo menos prima facie, esa posesión que invoca como defensa? (SCBA, A y S, 1965-I-599; 1970-I-35; D.J.J.B.A., t. 90, p. 85; t. 117, p. 337; A y S, 1959-II-632; 1964-IU-189; t. 90, p. 85; t. 117, p. 337; A y S, 1959-II-632; etc. cit. por Ramírez, Ob. cit. p. 19). Por otra parte y a los fines de la resolución de la cuestión planteada, resulta necesario reseñar algunos criterios sentados por nuestra Suprema Corte de Justicia Provincial respecto a la exclusión de la vía del desalojo. En tal sentido ha expuesto:

- ? El art. 399 inc. 2 del C.P.C. se refiere a dos tipos de legitimados pasivos: el tenedor precario, es decir, aquél que se encuentra en relación con la cosa en virtud de un título que, por su precariedad, engendra la obligación de restituir, pero la cosa comenzó siendo usada con el consentimiento de quien tenía sobre ella un derecho de uso y goce; y el intruso, o sea, aquél que entró a detentar el inmueble por un acto unilateral suyo y no por la entrega voluntaria de la cosa por quien tenía un derecho sobre ella. El desalojo procede contra los tenedores, tanto en el caso de intrusión -esto es, acceso al inmueble en forma clandestina y contra la voluntad del titular- como en el de comodato precario, en el que no existió fijación de tiempo para el uso. La invocación del demandado de ser poseedor de la cosa no basta detener el proceso de desalojo iniciado en su contra, toda vez que es derecho del actor poder demostrar la precariedad del título que ha alegado al demandar.? (Expte N 55743 - OROZCO OSVALDO NIEVES EN J: OROZCO OSVALDO NIEVES PABLO ORTUVA DESALOJO - CASACION, sentencia de fecha: 02/03/1995 -L.S.253-383). - "La acción específica de desalojo no puede prosperar desde que la discusión no versa sobre la obligación de restituir el inmueble conforme a la causa expresada en la demanda sino respecto del dominio y posesión del mismo, lo que es materia propia de las acciones petitorias y posesorias" (4/11/1959, ?Guiñazú, Ana María? LS 72-317; 21/8/1968, ?Comisso D. c/ Dolores Castazo de Pereyra p/ Desalojo - Casación?, LS 107-160). - ?La mera invocación de la calidad de poseedor no impide la continuación del juicio de desalojo, permitiéndose al actor probar la calidad invocada. Si el demandado invoca estar en posesión de la cosa cuyo desalojo se persigue, corresponde que, en la sentencia, se rechace la acción instaurada, a menos que el actor hubiese acreditado, acabadamente, la calidad de tenedor precario o intruso atribuido al demandado?. (28/10/1976, ?Mazeo Calabro en j: Iriarte c/ Luis Mazeo Calabro p/ Desalojo?, LS 145-473; 23/10/1978, ?Ordoñez Pantaleón en j: Ordoñez c/ Juan Rojas?, LS 155-341). A mayor abundamiento, este Tribunal, con anterior integración ha resaltado que ?No basta la sola mención del hecho posesorio para la oposición a la acción de desalojo, sino que la ley exige algo más: la invocación de un título a la posesión, lo que conlleva la obligación y derecho del Tribunal de analizarlo, sin que ello implique discutir o decidir sobre el ius possidendi o el ius possessionis, sino la posibilidad de determinar o comprobar si prima facie se justifica la pretensión del accionado esgrimida como única y esencial defensa. De otro modo, la sola invocación de posesión o de derechos posesorios sería suficiente para obligar al actor a recurrir al ejercicio de acciones reales o posesorias, restringiendo el ámbito de aplicación del proceso sumario por desalojo, haciendo imposible su realización en los casos de intrusión o precariedad.? (LS 80-499). Asimismo ha puntualizado que ?Si bien es cierto que no basta la sola invocación de la posesión, pero tampoco es exigible una prueba acabada y definitiva que dirima la cuestión posesoria o petitoria, sino que a la aseveración que formula el demandado por desalojo, debe adunar prueba suficiente que haga verosímil su derecho distinto y más amplio que el del tenedor, de tal manera que el juzgador llegue al convencimiento, no pleno de la posesión, pero suficiente para remitir a las partes a concluir con su controversia en el ámbito del proceso que corresponda, ya sea petitorio o posesorio, por no ser el continente del desalojo apto para tal finalidad, razón por la cual se determina procesalmente una legitimación sustancial pasiva acotada al simple tenedor, tal como quedó visto de la lectura del art. 399 bis. ap. B del C.P.C.? (L.S. 107-016).

(ii) La aplicación al caso de autos: En el caso, el núcleo de la impugnación de la demandada apelante se centra en la falta de consideración de que la actora no podía iniciar el desalojo contra él, por su carácter de poseedor y afirma que existió una errónea valoración de las pruebas rendidas, de las que surgía -sin hesitación- que el contrato no era un leasing sino subyacía una promesa de venta. Entiendo que corresponde admitir el recurso de apelación interpuesto por las siguientes consideraciones de hecho y de derecho. De una atenta lectura del contrato celebrado el 3/07/12 (fs. 8/9) surge:

- Que la actora dio al demandado en locación el Inmueble, el que cuando fue entregado en locación era en su mayor parte un baldío y el depósito que figuraba en el plano habitaba una familia (cláusula primera). - Que el término del contrato era de tres años (cláusula segunda). - En cuanto al pago del precio existen dos cláusulas que se refieren a éste expresamente: a) La cláusula Cuarta que dice textualmente: ?El canon del alquiler se estipula en pesos cinco mil mensuales durante el primer año, en el segundo año, el canon de alquiler mensual se incrementará en un 20% y durante el tercer año, el canon mensual de alquiler se incrementará en otro 20%. Dicho monto deberá abonarse por mensualidad adelantada del 1 al 10 de cada mes en el domicilio legal de la locadora. En el caso que el locatario no abonare el canon del alquiler pactado del 1 al 10 de cada mes, y b) deberá pagar el 1% del monto del alquiler por día de atraso, sin que su cobro signifique novación. El alquiler se pacta por período de mes entero y aunque el locatario se mude antes de finalizar el mes, deberá pagar íntegramente el alquiler correspondiente en curso?y b) La cláusula Octava que establece: ?Las partes convienen que el Locatario no abone el canon mensual de alquiler y que para el caso de no celebrarse el contrato de compraventa, los mismos serán aplicados al valor de las mejoras realizadas en el inmueble y por lo tanto quedan a beneficio del inmueble sin derecho a

indemnización alguna. Se deja constancia que el Locatario no abonó los alquileres pactados en el contrato de fecha 6/06/10 y para el caso que no se realicen las mejoras dentro del término estipulado, el Locatario deberá pagar los meses de alquileres adeudados del anterior contrato de locación, del presente y los que se devenguen. - En relación al destino: el inmueble iba a ser destinado para instalar un depósito para la comercialización de materiales de construcción y no podrá ser cambiado el destino (cláusula cuarta, primera parte) - En cuanto a las mejoras autorizadas, en la cláusula cuarta se dispone entre otras cuestiones: "...El locatario podrá realizar mejoras en el inmueble por un monto máximo de pesos cuatrocientos mil, debiendo contar para ello el consentimiento del Locador expresado por escrito. En caso de ser necesario contar con la autorización de la Municipalidad de San Martín para realizar construcciones, el representante del Locador debe firmar los planos y permisos correspondientes, quedando expresamente establecido que sólo se podrá avanzar en las construcciones hasta el monto señalado en la cláusula...?" - En relación a la opción de compra: las partes pactaron una opción para la compra del inmueble arrendado sujeto a la condición que la Locadora estaba jurídicamente habilitada para realizar la venta. El Locador se obliga a realizar todas las diligencias necesarias para poder transferir el Inmueble. La opción deberá ser ejercitada dentro de los noventa días contados a partir de la notificación que efectúe el Locador al Locatario que se encuentra en condiciones jurídicas de transferir el Inmueble y deberá ser comunicada de modo fehaciente al Locador. En caso de ejercer la opción de compra se establece como precio la suma de dólares treinta y siete mil que será pagado en moneda o en pesos en cantidad suficiente para adquirir los dólares convenidos... (cláusula quinta primera parte). Luego de celebrado el contrato, las partes no controvierten que la actora comunicó que ya estaba en condiciones de escriturar ni tampoco existe discusión en que la demandada ejerció la opción de compra (ver cartas documentos obrantes a fs. 13, 14, 15). Además, no existe controversia en que el demandado concurrió a la calle Espejo 178 oficina 7 de Ciudad de Mendoza el día 6/10/14 y se le exhibió el boleto de compraventa el que se consignaba no el precio pactado de la opción de compra conforme la cláusula quinta (US\$ 37.000) sino una suma de pesos de quinientos ochenta mil. Asimismo del acta notarial obrante a fs. 47/49 labrada en dicha oportunidad surgen las diferencias que tienen las partes en cuanto a la cotización del dólar. Es decir, que activado el mecanismo de la opción de compra y ante la convención expresa de que el Locatario no debía abonar el canon mensual de alquiler, no resulta admisible que el desalojo impetrado sea admitido fundado en la causal de falta de pago tal como surge del escrito de demanda presentado. En efecto, el actor solicita el desalojo principalmente por entender que se adeudaban 53 meses de lo efectivamente convenido cuando contrariamente a su postura se autorizó el no pago de los cánones conforme surge de la cláusula Octava y la opción de compra fue válidamente ejercida. Más allá de que las partes no se hayan puesto de acuerdo en la cotización del dólar, lo cierto es que la opción de compra fue manifestada por el demandado sobre todo teniendo en cuenta que su negativa a firmar un boleto que no consignaba el precio pactado (US\$ 37.000) no se advierte prima facie como algo abusivo ni irrazonable. El alcance y complejidad que tiene tanto el contrato referido como la conducta de las partes con posterioridad, demuestra de que en estos autos existen elementos probatorios que, "prima facie", acreditan la "verosimilitud" de lo alegado por el demandado, en el sentido de que, a partir de la "opción de compra" (que él manifiesta haber ejercitado y que la actora no discute), dejó de revestir la calidad de inquilino y se transformó en poseedor del inmueble en cuestión (sin perjuicio de lo que se resuelva al respecto en definitiva); por lo cual, no puede admitirse, la demanda de desalojo intentada por la actora porque evidentemente excede el ámbito de esta acción y además la causal de falta de pago no surge debidamente acreditada. No puede soslayarse que el proceso de desalojo no es la vía adecuada para debatir y dilucidar cuestiones que desbordan su objeto como son las relativas al mejor derecho y a la posesión misma, propias de acciones petitorias, posesorias o contractuales, ajenas al ámbito del desalojo (Palacio, Lino E -Alvarado Velloso, Adolfo, ob. y t. cits., n° 699.3 ps. 547/548; CNCiv., sala G, 05-04-95, LA LEY, 1995-D, 231; Sup. Corte Bs. As., 08-03-73, LA LEY, 150-587 y ED, 50-554; 10-04-73, ED 50-554; Cam. Civ. y Com. Cba. 5ª, 03-04-95, "Arévalo de Chávez c. Del Valle Pérez"). Tampoco está discutido que se efectuaron mejoras en el Inmueble, y de las tasaciones obrantes surge que tales mejoras superan ampliamente el valor del terreno (fs. 173/74) y que los planos presentados a la Municipalidad de San Martín fueron visados por la parte actora y luego aprobados por la Comuna; los que eventualmente corroborarían el efectivo ejercicio de la opción de compra. En definitiva, los conflictos entre las partes se centran principalmente en la interpretación del contrato, ya que surgieron desavenencias entre las partes en cuanto al precio a abonar por la opción de compra principalmente por la moneda pactada (dólar) y la cotización que correspondía aplicar. Este es el núcleo del conflicto, y ello ha sido corroborado por las partes en las audiencias celebradas en este Tribunal (ver especialmente constancias de fs. 358). A mayor abundamiento, cabe precisar que surge de los autos N° 13-03850868-1 que el demandado ha iniciado una demanda por cumplimiento de contrato y que se ha depositado en dichos autos la suma de pesos cuatrocientos quince mil quinientos once que representaban más del 50% de lo que se debía pagar al momento de la firma del boleto de compraventa. Estimo que el fallo admite la acción, haciendo apreciaciones en torno a todos los aspectos involucrados en el contrato celebrado pero que claramente exceden el acotado marco que el desalojo permite y además avanza sobre cuestiones que justamente demuestran que el contrato no es típicamente una locación de cosas con opción de compra

y/o un leasing sino que el negocio que liga a las partes es mucho más complejo y que a partir de la opción de compra ejercida, prima facie puede considerarse que el demandado legítimamente puede entender que tiene un derecho a retener la cosa. En la especie, la actora ha acreditado la calidad de propietaria del Inmueble con la copia de la matrícula obrante a fs. 10 y reclama el desalojo por falta de pago soslayando que por un lado se lo autorizó al locatario a no pagar el canon y para el caso de no celebrarse el contrato de compraventa, los mismos serán aplicados al valor de las mejoras del inmueble y por lo tanto quedaban a beneficio del inmueble. Si consideramos los cánones del contrato que nos ocupa, evidentemente el monto de las mejoras exceden el monto de tales cánones. La redacción confusa de las cláusulas implicadas evidentemente ha generado la controversia que nos ocupa y las partes han reconocido que es la parte Locadora quien ha redactado el contrato. Como contrapartida, no existe claro que el demandado tenga el carácter de mero tenedor justamente por las especiales circunstancias que se presentan en la causa. En efecto, de toda la prueba rendida, se observa que existen elementos convictivos que permitan avalar lo expuesto por la parte demandada en cuanto a su eventual derecho a poseer, cuestiones que evidentemente no han sido abordadas por la juez a quo en razón de la naturaleza del proceso que nos ocupa.

No puedo dejar de destacar que el desalojo es un procedimiento tendiente a que restituya un tenedor el bien por falta de pago pero justamente, este procedimiento breve y simple no puede ser usado en forma anómala donde las cuestiones que corresponde ventilar exceden el acotado margen de un proceso de desalojo. En efecto, del contrato surge que se lo facultó al locatario a no pagar los cánones y además a realizar mejoras hasta cuatrocientos mil. La cláusula existe y está escrita, prueba de ello, es que el Locador sabía que el inquilino realizaba las mejoras y no decía nada sino que le firmaba los planos para presentar, aceptaba. En el caso, evidentemente existe una situación más compleja y prueba de ello es que existen otros procesos implicados. El principio de buena fe que debe primar en las relaciones contractuales me persuade que la opción de compra, que ambas partes reconocen haber ejercido y la actitud posterior a tal opción de compra revela que no es un mero tenedor. En el caso subyace un problema de interpretación contractual que eventualmente debe ser dirimido a través del proceso que corresponde. Por lo que se admite la queja del demandado en cuanto el fallo yerra al considerar que el actor puede válidamente interponer la demanda por un desalojo por falta de pago; cuando de las constancias de la causa no surge en forma clara y concreta que haya existido falta de pago a tenor del monto de las mejoras realizadas, pues aún admitiendo. IV. CONCLUSIONES: Por los motivos expuestos, corresponde admitir el recurso de apelación interpuesto a fs. 291 y, en consecuencia, revocar la sentencia obrante a fs. 282/88 y disponer el rechazo de la acción de desalojo ASI VOTO. Sobre la misma cuestión la Dra. Marsala dice que adhiere al voto que antecede. LA DRA FURLOTTI DIJO (POR SUS FUNDAMENTOS): Comparto la solución propiciada por la Sra. jueza del primer voto pero por fundamentos distintos de los allí expresados. Que la causal de desalojo invocada por la actora es la falta de pago de más de dos periodos de alquiler. En primer lugar entiendo que la relación que une a las partes es un contrato de locación con opción de compra y un particular régimen de mejoras y compensaciones, pero no es ni un leasing ni un comodato. Que las partes celebran un contrato de alquiler con opción a compra (fs. 6/9) en virtud del cual la locadora da en locación un inmueble descripto en la cláusula primera por un plazo de tres años que vence el día tres de julio de 2015 (clau. N. 3). En la cláusula tercera se pacta un canon de alquiler de \$5.000 el primer año, el segundo año se incrementará un 20% y el tercer año en otro 20%. En la cláusula cuarta se pacta el destino y que el locatario podrá hacer mejoras en el inmueble por un monto máximo de \$400.000, debiendo contar para ello el consentimiento del acreedor por escrito. En caso de ser necesario contar con autorización municipal el representante del locador deberá firmar los planos, etc. Hasta el monto señalado. En la cláusula quinta se pacta a favor del locatario una opción de compra del inmueble arrendado, estableciendo el precio a pagar en moneda extranjera. En la cláusula octava las partes convienen que el locatario no abone el canon mensual de alquiler y para el caso de no celebrarse el contrato de compraventa los mismos serán aplicados al valor de las mejoras realizadas en el inmueble y por lo tanto quedan a beneficio del inmueble sin derecho a indemnización alguna. Además, dejan constancia que el locatario no abonó los alquileres pactados en un contrato de fecha 6/6/2010. Ahora bien, entiendo que en autos la actora no ha probado la causal invocada de falta de pago de más de dos cánones de alquiler. Ello así porque en la cláusula octava las partes convinieron que el locatario no abone el canon mensual de alquiler. Es indudable que se pactó que no se abonara el canon mensual porque el locatario se había comprometido a realizar mejoras por \$400.000 y que, en virtud del art. 1542 CC las partes pueden indicar ¿los alquileres o rentas que deban aplicarse a ese objeto?. Es decir que las partes aplicaron a las mejoras autorizadas los tres años de cánones locativos. El canon pactado para el primer año es de \$60.000 (\$5.000 x 12 meses), para el segundo año de \$72.000 (\$6.000 x 12 meses) y para el tercer año \$ 86.400 (7.200 x 12 meses). Lo cual arroja un monto total por tres años de alquiler de \$218.400. La actora reconoce que autorizó mejoras, en forma expresa y por escrito (art. 1542 CC) por \$200.000 (pero que el comprobante está en poder de la demandada). En este orden de análisis, cabe tener en cuenta que la demanda por desalojo se interpuso en el mes de noviembre de 2014, es decir que habían transcurrido 27 meses desde la celebración del contrato. De tal modo, según ya dije, los primeros doce meses el monto del alquiler ascendía a la suma de \$60.000, el segundo \$72.000 y desde julio de 2014 a octubre del mismo año la suma de \$ 28.800. Es decir que el monto de los cánones pactados por

estos periodos arrojaba la suma de \$ 160.800. Ello así, si expresamente la actora reconoce mejoras por \$200.000 y hasta el momento de interponer la demanda se habían devengado alquileres por \$160.800, la actora no probó la falta de pago que invoca como base de su demanda. Entiendo que la cláusula quinta (opción de compra a favor del locatario) y todo lo relativo a si se ejerció válidamente o se dejó sin efecto o si las partes no están de acuerdo con el precio es una cuestión ajena a la relación estrictamente locativa entre actor y demandado, que no cabe ventilar en un proceso de desalojo por falta de pago. Así mismo tampoco cabe discutir, atento la causal de desalojo invocada, las consecuencias que puede acarrear para las partes la no celebración del contrato de compraventa en virtud de lo pactado en la cláusula octava. También ello deberá discutirse en otro ámbito. Es decir que el complejo y alambicado argumento de si es válida o no la opción de compra y, por ello, entonces se estarían adeudando alquileres y/o en virtud de esa opción el demandado es poseedor, escapa al objeto del juicio de desalojo por falta de pago y no puede aquí discutirse. Por último, teniendo en cuenta que el actor no probó la falta de pago que invocó como base de su demanda no corresponde ingresar en el análisis de las demás defensas planteadas. ASI VOTO. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN LA DRA. CARABAJAL MOLINA DIJO: Las costas de la Alzada deben ser soportadas por la actora apelada vencida (art. 36, I del CPC). ASI VOTO Sobre la misma cuestión las Dras. Marsala y Furlotti dicen que adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo procediéndose a dictar la sentencia que se inserta a continuación: SENTENCIA Mendoza, 29 de mayo de 2017 Y VISTOS: Por lo que resulta del acuerdo precedente, el Tribunal RESUELVE: 1º) Admitir el recurso de apelación interpuesto por el demandado a fs. 291 y, en consecuencia, disponer la revocación de la sentencia dictada a fs. 282/88, la que queda redactada de la siguiente manera: ?I.- Rechazar la demanda de desalojo interpuesta por GARCIA GARCIA HNOS. S.C.C. contra Luis Silvano Mathon. II.- Imponer las costas a la parte actora, en virtud de su calidad de vencida (arts. 35 y 36 ap. I del C.P.C.). III.- Regular honorarios profesionales a los Dres. AUGUSTO GUEVARA, DIEGO MONTELEONE Y OSCAR PORTABELLA en la suma de pesos CINCO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CUATRO (\$5.544) a cada uno de ellos y Dres. MAURICIO MATHON y DANIEL URRUTIA en la suma de pesos SIETEMIL NOVECIENTOS VEINTE (\$7.920) y QUINCE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA (\$ 15.840) respectivamente, sin perjuicio de la regulación complementaria que pudiera corresponder (art.2, 3, 9 inc., e y 31 de la ley 3.641). IV.- Regular los honorarios diferidos correspondientes a la resolución de fs. 122/123, de los Dres. AUGUSTO GUEVARA y DIEGO MONTELEONE, en las sumas de PESOS DOS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS (\$ 2.376) y de PESOS CUA-TRO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS (\$ 4.752) respectivamente, y de los Dres. MAURICIO MATHON y DANIEL URRUTIA en la suma de PESOS DOS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO CON 80/100 (\$ 2.494,80) a cada uno de ellos (art. 14 y 31 de la Ley 3641). V.-Regular honorarios del perito martillero Jorge Luis Bottini en la suma de pesos SIETE MIL NOVECIENTOS VEINTE (\$ 7.920) (art. 1255 C.C.y C.) VI.- Dejar expresamente establecido que al momento de practicarse liquidación deberá adicionarse el impuesto al valor agregado (I.V.A.) a los profesionales que acrediten su calidad de responsables inscriptos VII.-EMPLAZAR a las partes para que en CINCO DIAS DE QUEDAR FIRME la presente RETIREN LA DOCUMENTACIÓN ORIGINAL acompañada bajo apercibimiento de dejar sin efecto su reserva en Caja de Seguridad del Juzgado y ser archivada.? 2º) Imponer las costas de la Alzada a la parte actora apelada por resultar vencida. 3º) Regular los honorarios profesionales de la siguiente manera: Dres. Mauricio Mathon en la suma de pesos dos mil ochocientos cincuenta y uno con 20/00 (\$2.851,20), Daniel Urrutia en la suma de pesos nueve mil quinientos cuatro (\$9.504), Augusto Guevara en la suma de pesos mil trescientos treinta con 55/00 (\$1.330,55) y Oscar N. Portabella en las sumas de pesos cuatro mil cuatrocientos treinta y cinco con 20/00 (\$4.435,20). (art. 2,3,15 y 31 de la L.A) NOTIFÍQUESE. REGÍSTRESE. BAJEN Dra. Silvina Del Carmen FURLOTTI Dra. Gladys Delia MARSALA Dra. María Teresa CARABAJAL MOLINA 024065E