----En la ciudad de Trelew, a los 05 días de febrero del año dos mil veintiuno, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Raúl Adrián Vergara y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Aldo L. De Cunto, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“M., H. W. c/ T., N. Y. y Otro s/ Desalojo” (Expte. Nº 53 – Año 2020 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? ; y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 229.----------

---------**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Vergara dijo:----------

-------1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 189, que fuera concedido libremente a fs. 191, contra la sentencia definitiva de la anterior instancia dictada a fs. 187/188 vta. que hizo lugar a la demanda de desalojo promovida por H. W. M. y condenó a N. Y. T. y P. D. T. y demás ocupantes al lanzamiento del inmueble sito en la calle Lezana N° X. de Playa Unión, Rawson, inscripto en la matrícula (01-30) 12680, en el plazo de diez días de notificada la decisión, con imposición de costas a los codemandados vencidos. ----------

------La expresión de agravios del codemandado P. D. T. luce a fs. 197/199 vta., el traslado conferido a fs. 200 fue contestado por su contraria a fs. 201/203, a fs. 205 se requirió el Legajo de Investigación Fiscal Caso N° 12.140 caratulado “T., N. Y. s/Denuncia”, y las actuaciones “T., P. D. c/T., B. A y otros s/Simulación” (Expte. N° 493 – Año 2015), este último recibido según constancia de fs. 211 vta. y agregado por cuerda según providencia de fs. 214, en tanto que en esta última foja y posteriormente a fs. 221 se requirió el referido Legajo Caso N° X., que fuera recibido a fs. 227 y reservado conforme providencia de fs. 228.----------

---------Formula queja el apelante ya que el fallo rechazó la cuestión prejudicial planteada al contestar demanda. Señala que se formuló ante la justicia penal denuncia por “abuso defraudatorio” previsto y reprimido por el art. 173, inciso 7, del Código Penal, causa que fuera caratulada “T. N. Y. s/Denuncia” y que se encuentra en trámite por ante el Ministerio Público Fiscal de la ciudad de Rawson. Dice que conforme los términos de esa denuncia se ha imputado al actor la comisión del referido delito vaciando el acervo sucesorio de quien en vida fuera su madre, S. C., habiéndose denunciado actos de disposición claramente fraudulentos nulos de nulidad absoluta. Estima que en el caso de autos hay una cuestión prejudicial. Cita doctrina en comentario al art. 1101 del Código Civil en apoyo de su postura. También se agravia ya que al contestar demanda opuso como excepción la carencia del accionante para intentar la presente acción y reconvenido la misma, cuestiones que omite el fallo. Manifiesta que el derecho real de dominio sobre inmuebles requiere para su transferencia un título (escritura pública), un modo (la “tradición”) y a los efectos de la oponibilidad de la transmisión hacia terceros una inscripción registral prevista en el art. 2505 del Código Civil vigente a la época en que el

pretenso contrato -según los dichos del actor- se habría conformado. Sostiene que el contrato escriturado habría sido realizado con intervención de la entonces apoderada de la propietaria registral, acto que se celebró en la ciudad de Trelew distante a casi 20 kms. del domicilio de la propietaria. Agrega que debe repararse en esa circunstancia ya que el contrato se celebró a distancia del lugar donde está situada la cosa que se pretendió transferir, y que se encontraba y continuaba poseyendo la cosa al mismo momento en que se habría celebrado la escritura referida, por lo que no hubo tradición del bien. Entiende que la demandante pretendió suplir esa imposibilidad mediante el subterfugio de pretextar en la escritura que la posesión del bien se transmite constituto posesorio conforme lo dispuesto por el art. 2462, inc. 3, del C.C. Expresa que paralelamente el demandante aduce que el mismo día 27/3/15 las mismas partes habrían celebrado contrato de comodato. Menciona la cláusula tercera de dicho contrato, y formula interrogante ya que si al mismo tiempo de la escritura la posesión del inmueble que se pretendía transmitir estaba en cabeza exclusiva de la Sra. C. cómo ésta pudo tomar conocimiento que un acto de esa envergadura se estaba celebrando en su nombre y representación. Reitera argumento expuesto al contestar demanda en el sentido que la Sra. C. se encontraba debilitada de salud y con sus facultades mentales menguadas. Añade que el ejercicio del mandato practicado por la Sra. B. T. fue cumplido en forma dañosa para la Sra. C., y que acreditará que atento su vinculación de “orden familiar” con el Sr. M. se confundieron los intereses de la mandataria con aquel. Manifiesta que se pretendió desviar en forma anticipada el futuro acervo sucesorio de la Sra. C. en pro de la familia de M. con cuyo hijo, M., la Sra. T. ha tenido descendencia. Finaliza sosteniendo que hasta tanto no exista una sentencia firme en autos “T., P. D. c/T., B. A y Otros s/Simulación” (Expte. N° 493/2015) jamás podría concluirse que la parte actora cuenta con legitimidad para obrar tal como se sostiene en la sentencia de primera instancia. Solicita se modifique la sentencia por las razones expuestas.----------A su turno, al contestar el traslado conferido el actor solicita se declare la deserción del recurso ya que la parte contraria se limita a dar su opinión personal y sabido es que la crítica razonada no se sustituye con una mera discrepancia. Cita doctrina y fallos en sustento de su petición. Sin perjuicio de ello contesta el traslado y sostiene que no existe una cuestión prejudicial y que lo único que mostró la demandada fue un manifiesto desinterés por el desarrollo normal del expediente buscando dilatarlo y fue así que se declaró la caducidad de la prueba informativa que ofreciera al Ministerio Público Fiscal supuestamente orientada a que dicho organismo remita copia certificada de la denuncia formulada ante esa sede. Agrega que la contraria pretendió llevar el trámite a una desnaturalización absoluta con el fin de dilatar el lanzamiento y generar un desgaste jurisdiccional lo que logró. Manifiesta que hubo por parte de los demandados una absoluta falta de impulso, y cita a título de ejemplo la caducidad declarada respecto de prueba testimonial a realizarse en extraña jurisdicción jamás impulsada, al igual que sus oficios al Registro de la Propiedad Inmueble, Ministerio Público Fiscal y Banco del

Chubut S.A. Menciona que además interpusieron las excepciones de litispendencia y falta de legitimación que fueron rechazadas y que apeladas se declaró desierto el recurso. Expresa que vienen ahora a oponer una cuestión prejudicial, afirmando que se habría imputado la comisión del delito de “abuso defraudatorio” mediante denuncia, lo que nunca se acreditó, ni existe. Solicita se confirme la sentencia, con costas. ----------2. Al contestar el traslado conferido el actor peticiona se declare la deserción del recurso de apelación interpuesto al considerar que la parte contraria se limita a dar su opinión personal, por lo que la mera discrepancia no constituye crítica razonada. ----------Al respecto, la lectura de los agravios obrantes a fs. 197/199 vta., al menos en lo que se refiere a la cuestión prejudicial y a la reconvención deducida, contiene un mínimo de suficiencia técnica y ello autoriza a ingresar a su estudio, máxime si se considera que la deserción del recurso debe interpretarse con criterio restrictivo en razón de la garantía de defensa en juicio (Loutayf Ranea, R. G., “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Astrea, 1998, T. 1, par. 101, pág. 275). ----------Por ello, se desestima el pedido de deserción del recurso de apelación, sin perjuicio del resultado final que puedan alcanzar las quejas vertidas por el recurrente.----------3. En primer lugar se agravia el recurrente ya que el fallo rechazó la cuestión prejudicial planteada al contestar demanda. Dice que se formuló ante la justicia penal denuncia por “abuso defraudatorio” previsto y reprimido por el art. 173, inciso 7, del Código Penal, “ … causa que fuera caratulada como autos *N° 1240“T. N. Y. s/Denuncia”* la que encuentra en trámite por ante el Ministerio Público Fiscal de la ciudad de Rawson…”. Cita en apoyo de su postura doctrina referida al alcance del art. 1101 del Código Civil. ----------Pongo de relieve que el apelante manifiesta que la denuncia penal se “**encuentra en trámite**” (ver fs. 197 vta., tercer párrafo del p. 1) (el resaltado me pertenece) y ello no se ajusta a las circunstancias comprobadas de esa causa, pues dicha denuncia fue desestimada. ----------Al respecto, señalo que la influencia del proceso penal sobre el proceso civil, esto es, el principio de prejudicialidad penal sobre la civil consagrado en el art. 1101 del Código Civil, requiere la tramitación de dos procesos, uno ante la justicia penal y otro ante la justicia civil, por lo que su aplicación tiene como uno de sus presupuestos la existencia de un proceso penal en curso. En esa dirección, en comentario a dicha norma se expresa que el artículo requiere que la acción criminal haya precedido a la acción civil o se la intente pendiente ésta. No basta, pues, la simple posibilidad de promover la acción penal; no es suficiente que dicha acción exista en potencia. Sino que es necesario que se encuentre en actual desarrollo (Kemelmajer de Carlucci, Aída, en Belluscio, Augusto C., *Director*, Zannoni, Eduardo A., *Coordinador*, “Código Civil y leyes complementarias. Comentado, Anotado y Concordado”, Editorial Astrea, 1984, T. 5, pág. 298). Por eso, uno de los requisitos que deben cumplirse para que opere la prejudicialidad penal es una causa penal promovida válidamente pendiente de resolución, esto es, que no se encuentre extinguida o agotada. A su vez, para que exista la limitación establecida en

los artículos 1101, 1102 y 1103 del Código Civil resulta necesario que el imputado se encuentre procesado en la causa penal, dado que de no encontrarse en esa circunstancia se estaría en un estado preliminar del proceso carente de elementos suficientes para tener por acreditada la perpetración de delito alguno (ver Nieto Di Biase, Marcelo, “Prejudicialidad penal en sede civil. Régimen actual y en la nueva codificación”, Cap. III-Requisitos formales”, en elDial.com – DC1E2D, publicado el 03/12/2014).----------En tales condiciones, del Legajo de Investigación Fiscal Caso 12.140, “T., N. Y. s/Denuncia”, Ministerio Público Fiscal de Rawson, que en este acto tengo a la vista resulta que la denuncia penal efectuada contra los Sres. O. R. A., B. A T. y H. W. M., por supuesto abuso defraudatorio, fue desestimada por el Ministerio Público Fiscal con fecha 26/07/2016, resolución que fuera notificada el 17/08/16 (ver fs. 139 y 140/vta.). Esa desestimación tuvo como fundamento que “… no surge de los elementos colectados la posible existencia de un delito penal que deba ser investigado …” (ver Considerando, fs. 139 del citado Legajo).----------Por ello, ante esa desestimación contemplada en el art. 270 del C.P.P. cabe observar que no se configura el supuesto de “acción criminal” prevista en el art. 1101 del Código Civil pues ni siquiera se alcanzó la etapa de la apertura de la investigación preparatoria del juicio establecida en el art. 274 del citado ordenamiento.----------Agrego que la petición de reapertura que luce sin foliar como penúltima foja del Legajo de Investigación fue resuelta en sentido negativo con fecha 10/05/18 para lo cual transcribo la providencia del Ministerio Público Fiscal que dice: “Atento que la petición de reapertura no modifica ni aporta elementos no evaluados, oportunamente, estese a la resolución de archivo del 26/07/16”. ----------Por todo ello, no existe acción criminal en curso. Es más, como ya se señalara, ni siquiera se abrió la investigación, en los términos previstos por el art. 274 del C.P.P., por lo que no es cierto como afirma erróneamente el quejoso que la denuncia penal “… se encuentra en trámite por ante el Ministerio Público Fiscal de la ciudad de Rawson”. -----A todo evento, hago notar que la denuncia penal desestimada si se considera el tiempo transcurrido hasta la fecha lleva ya más de cinco años. Sobre ese particular, durante la vigencia del Código Civil se entendía que la demora injustificada del proceso criminal torna improcedente la suspensión del dictado de un pronunciamiento en sede civil. También que si bien el Código Civil impone como principio la prejudicialidad penal sobre el pronunciamiento civil, tal pauta directriz debe flexibilizarse cuando acudir a ella implicaría tornar irrazonable el plazo del dictado de la sentencia. Es procedente el dictado de la sentencia en sede civil cuando no se haya emitido pronunciamiento en sede penal si la pendencia de este proceso es de tal magnitud que impide en forma real el derecho de defensa en juicio del actor (López Mesa, Marcelo J., “Código Civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia”, LexisNexis, 2008, T. II, págs. 558/559). Una dilación indefinida del trámite ocasiona un agravio a la garantía constitucional del

derecho de defensa, produciendo una efectiva privación de justicia (C.S.J.N., 20/11/73, “Ataka Co. Ltda. c. González, Ricardo y otros”, AR/JUS/71/1973). Si bien la dualidad de procesos originados en el mismo hecho impone la postergación de la sentencia civil hasta tanto se dicte el fallo penal, la prohibición legal debe ceder cuando la suspensión determina una dilación indefinida con el agravio consecuente (C.S.J.N., 28/04/98, “Zacarías, Claudio H. c. Provincia de Córdoba y otros”, La Ley 1998-C, 322).----------

---Agrego que la denuncia penal fue presentada el 08 de octubre de 2015 y se fijó como fecha de caso el 15/10/2015 (ver Legajo, fs. 02 vta. y carátula respectivamente), y a esa fecha ya se encontraba en vigencia el C.C. y C. (ley 27.077 a partir del 01/08/15). Digo esto ya que el nuevo Código en su art. 1775 si bien dispone la suspensión del proceso civil hasta la conclusión del proceso penal, exceptúa entre otros casos, “… *b)* si la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado”. Y si bien el supuesto se refiere a un proceso por daños y perjuicios entiendo que también es de aplicación al presente caso ya que el fundamento está dado en que la excesiva demora atenta contra el derecho de defensa. Así, en comentario a esa excepción se señala que la demora excesiva de la conclusión del proceso penal atenta, en forma evidente, contra el derecho del damnificado demandante a que su causa sea resuelta equitativamente, de modo público y en un plazo razonable, el cual se funda en lo establecido en todos los tratados de derechos humanos; y, en tal caso, se perjudica tanto al imputado, que no tiene clara su situación, como a la víctima, que no puede conseguir un justo resarcimiento por los daños sufridos. En efecto, la razonabilidad de la duración del proceso es también importante y necesaria en el ámbito civil. … En síntesis, la dilación indefinida del proceso penal y de la consiguiente falta de emisión de la sentencia en el mismo constituye, con nitidez, una lesión notoria al derecho de defensa del damnificado por el hecho que lo ha originado (Bueres, Alberto J., “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Editorial Hammurabi, 2018, T. 3F, págs. 774 y 776). Otra excepción es la demora excesiva en la causa penal. En todos los tratados de derechos humanos se establece el derecho de obtener sentencia en forma rápida. Sin embargo a veces esto no es así y se perjudica, en este caso, tanto al imputado que no tiene clara su situación, como a la víctima que no puede acceder a una reparación. El inciso recoge la tendencia jurisprudencial que dice que cuando la demora del juez penal es excesiva puede procederse al dictado de la sentencia (Cura, José María, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, La Ley, 2016, T. V, pág. 491). Así, en todos aquellos casos en que exista una dilación irrazonablemente prolongada del juicio penal, y se genera una verdadera denegación de justicia, procederá el dictado de la sentencia en la acción resarcitoria (Sáenz, L. R.J., “la relación entre la acción civil y penal en el Código Civil y Comercial”, RCyS, 2015-IV, 278, AR/DOC/900/2015).----------

-----Por tales fundamentos, al no existir una causa penal en curso, se desestima el agravio.----------

----4. También formula queja el recurrente en los siguientes términos: “No obstante la cuestión prejudicial formulada también esta parte al contestar demanda ha opuesto como excepción en la carencia del accionante para intentar la presente acción y reconvenido la acción, cuestiones que omite completa el fallo objeto del presente recurso” (ver fs. 198, tercer párrafo). ----------

----En tal sentido, en el escrito de contestación de demanda que luce a fs. 33/37 vta. resulta que además de la “prejudicialidad” planteada (p. II., fs. 33/34) -cuestión ya rechazada al punto 3 que antecede- el codemandado P. D. T. opuso excepción de litispendencia y falta de legitimación para obrar en el actor (p. III y IV, fs. 33/vta./35), y al mismo tiempo dedujo reconvención (p. VI, fs. 35/36).----------

-----Sin embargo, cabe precisar que tales cuestiones fueron resueltas y quedaron firmes con anterioridad al dictado de la sentencia definitiva, por lo que nada tenía que señalar el juzgador en el fallo como equivocadamente pretende el quejoso. ----------

---En tal sentido, en lo que hace a la reconvención planteada, la providencia de fs. 38 (ver último apartado) dispuso el llamado de autos para resolver, y a fs. 39, por tratarse de procesos diferentes -el desalojo tramita por proceso sumario y la simulación por proceso ordinario- se rechazó la reconvención por simulación interpuesta por el ya mencionado codemandado. Dicha resolución fue apelada a fs. 43/vta., a fs. 44 se concedió el recurso y se ordenó el traslado de ley, a fs. 46/vta. el actor contestó el traslado, y a fs. 50/51 vta. esta Cámara de Apelaciones el 12 de mayo de 2016 por S.I.E. N° 60/16 declaró mal concedido el recurso de apelación ya que no había agravio que atender toda vez que el apelante reconoció en su escrito de contestación de demanda (ver p. III, fs. 33 vta., dos últimos párrafos) que ya había iniciado el proceso de simulación en forma autónoma (ver fs. 51, dos últimos párrafos). En ese aspecto, destaco que la acción de simulación caratulada “T., P. D. c/ T., B. A y otros s/acción de simulación” (Expte. N° 493, Año 2015) fue requerida por esta Alzada a fs. 205 y agregada por cuerda a fs. 214, y de la compulsa de la misma que en este acto tengo a la vista surge que se encuentra en trámite con última providencia de fecha 16 de diciembre de 2019 que luce a fs. 45 del cuaderno de prueba actora. Además, resulta inaudible pretender reconvenir en este proceso de desalojo al contestar demanda (escrito de fs. 33/37 vta., p. VI, fs. 35/36) con fecha 24 de febrero de 2016 (ver cargo, fs. 37 vta.) pues con anterioridad en julio de 2015 ya había interpuesto acción de simulación en forma autónoma según surge del escrito de inicio presentado el 31 de julio de 2015 (ver cargo, fs. 17, Expte. N° 493, Año 2015). Por lo demás, en lo que se refiere a la causa penal mencionada en la sentencia interlocutoria de esta sala “B” (ver fs. 51/vta., último y primer párrafo, respectivamente), lo cierto es que el juzgador a fs. 160 el 04 de junio de 2019 decretó la caducidad de esa prueba informativa -en puridad de la prueba ofrecida al Registro de la Propiedad Inmueble, al Ministerio Público Fiscal y al Banco del Chubut-, todo ello sin perjuicio que esta Cámara dispuso la remisión de la causa penal y la misma ya fue analizada al punto 3 que antecede, dejándose constancia que la denuncia fue

desestimada el 26/07/2016 (fs. 139 del Legajo de Investigación Fiscal), y que la petición de reapertura que luce sin foliar como penúltima foja del citado Legado fue resuelta en sentido negativo con fecha 10/05/18.----------

------En síntesis, la reconvención planteada fue rechazada por el juzgador y esta Alzada declaró mal concedido el recurso de apelación deducido por el codemandado al tener en cuenta que no hay agravio que atender ya que al contestar demanda en este proceso esa parte reconoció que ya había iniciado con anterioridad en forma autónoma la acción de simulación que se pretendió nuevamente introducir en estas actuaciones. ----En cuanto a las excepciones de litispendencia y de falta de legitimación para obrar en el actor opuesta por el codemandado P. D. T. (contestación, p. III y IV, fs. 33 vta./35), las mismas fueron rechazadas según sentencia interlocutoria N° 247/2016 del 21 de octubre de 2016 que obra a fs. 69/71 vta., y ante la apelación deducida por el ya citado codemandado a fs. 72/73 vta., esta sala “B” con fecha 22 de febrero de 2017, por sentencia interlocutoria N° 06/2017 a fs. 84/86 declaró la deserción del referido recurso de apelación y confirmó la sentencia interlocutoria N° 247/2016 dictada en primera instancia. ----------

------De tal modo, la reconvención deducida y las excepciones opuestas de litispendencia y de falta de legitimación activa para obrar en el actor fueron resueltas y rechazadas con anterioridad al dictado de la sentencia definitiva, rechazos que al quedar firmes fueron alcanzados por el principio de preclusión, por lo que no hubo omisión alguna como pretende sostener el recurrente ya que nada tenía que decir el juzgador sobre tales cuestiones al momento de dictar el fallo apelado. ----------

-----De acuerdo con el principio de *preclusión*, en cambio, el proceso se halla articulado en diversos períodos o fases dentro de cada uno de los cuales deben cumplirse uno o más actos, siendo ineficaces aquéllos que se ejecutan fuera del período que le es asignado (Palacio, Lino Enrique, “Derecho Procesal Civil”, Abeledo Perrot, 2da. ed., 6ta. reimpresión, T. I, par. 53, pág. 279). Sabemos que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, concatenada. Mediante la clausura definitiva de cada una de ellas y el pase a la siguiente el proceso avanza, lo que impide el regreso a etapas o estadios consumados. Como consecuencia, los actos que las partes dejen de cumplir o produzcan con posterioridad resultan ineficaces (Morello, Sosa y Berizonce, “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial …”, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1982, T. I, págs. 621/622).----------

-----Por tales fundamentos, toda vez que las excepciones y la reconvención deducidas alcanzaron firmeza, a lo que se suma que resulta inaudible pretender reconvenir en este proceso de desalojo al contestar demanda con fecha 24 de febrero de 2016 pues con anterioridad ya había interpuesto acción de simulación en forma autónoma según surge del escrito de inicio presentado el 31 de julio de 2015 en el Expte. N° 493, Año 2015, actuaciones que agregadas por cuerda se encuentran en trámite, se rechaza la segunda queja planteada a partir de fs. 198, tercer párrafo, en cuanto a las supuestas omisiones

del fallo, lo que cabe hacer extensivo a las manifestaciones realizadas por el quejoso a continuación pues las mismas se refieren a la supuesta simulación habida, cuestión ajena a la presente demanda de desalojo por las consideraciones ya vertidas. ----5. En consecuencia, propicio al Acuerdo confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios, con imposición de las costas de Alzada al codemandado apelante vencido ante el fracaso de sus agravios, conforme al criterio objetivo de la derrota (art. 69 del C.P.C.C.).----------

---Asimismo, atendiendo a la extensión, eficacia y resultado obtenido por las tareas cumplidas en esta segunda instancia, estimo prudente regular los honorarios del Dr. L. C. B., letrado apoderado del actor, y del Dr. G. L. C., letrado patrocinante del codemandado P. D. T., en las sumas porcentuales equivalentes al 7,56% y 2,25%, respectivamente, del monto del proceso a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia (arts. 5, 8, 13, 25 y 46 de la Ley XIII N° 4), con más el I.V.A. que pudiera corresponder. ----------

-----Finalizo el tratamiento y a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto manifestó: ----------

---Dada la claridad con la cual el Sr. Magistrado antes sufragante reseñara la sentencia apelada de fs. 187/188 vta., y los agravios que contra la misma expresara el codemandado P. D. T. a fs. 197/199 vta., y la respuesta de la actora a fs. 201/203, me remito a la misma en homenaje a la brevedad. A fin de un más ordenado análisis seguiré el orden propuesto por el Dr. Vergara. ----------

------I.- Tal como expresara seguiré el mismo orden de examen de las cuestiones que el colega preopinante. ----------

----1) Como cuestión preliminar, y dado que la actora entiende que la expresión de agravios del apelante no reúne los requisitos de crítica concreta y razonada, ya que la misma importa una mera discrepancia respecto de la sentencia (ver fs. 201/202, pto. II), cabe señalar lo siguiente. Se ha entendido que en caso de duda, es decir, si existe o no impugnación suficiente por tratarse de un acto lacónico o incompleto, debe estarse por la apertura de la instancia. Tal la orientación de nuestra jurisprudencia desde antiguo: la sanción de la deserción de la instancia por su gravedad debe aplicarse con criterio favorable al apelante, a condición de que el agraviado individualice, aunque sea en mínima medida, los motivos de su disconformidad. Los agravios no necesitan ajustarse a formalidades sacramentales e inclusive su cumplimiento a los efectos del recurso ha de ser apreciado con tolerancia, según una interpretación que se estima adecuada a una mejor aplicación de la garantía de la defensa en juicio. La sanción que importa la deserción, en suma, reviste carácter restrictivo (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, T° 1, pág. 945).

----A la luz de la consideración anterior es de sostener que, más allá de la suerte que corran los agravios, la quejosa ha identificado con precisión los motivos de sus

objeciones. Así en lo que resulta ser un primer agravio señaló que el juez de grado no tuvo en cuenta la prejudicialidad de la causa penal de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1101 del C. Civil, y que no procede el desalojo cuando el demandado sostiene con un grado razonable de seriedad y verosimilitud que detenta el inmueble con ánimo de dueño (ver fs. 197 vta./198, primeros párrafos). Asimismo agregó que su parte reconvino y opuso la excepción de falta de legitimación activa por cuanto el actor incoa esta demanda en calidad de propietario, mas del instrumento escriturario no surge que se hubiera efectuado la pertinente tradición. A ello añade que existió una colusión entre la representante de la vendedora del inmueble y el comprador, amén de un vínculo familiar entre ellos, completando su objeción en que existió un aprovechamiento del estado de salud de la vendedora, afectándose anticipadamente el acervo sucesorio de la misma (ver fs. 198, últimos párrafos/199).----------

-----Como se puede apreciar el recurrente identificó claramente las razones de sus quejas así como desarrolló argumentos en sostén de las mismas. Es así que concuerdo en la desestimación del pedido de deserción que efectuara la actora.----------

---2) En lo que se identifica como un primer agravio se alude a que la demanda de desalojo no procede si el demandado alega y acredita *prima facie* que detenta el inmueble con ánimo de dueño (ver s. 197 vta., pto. 1, 1er. párrafo). Sin embargo, más allá de dicha introducción de la queja, el verdadero argumento de la misma radica en que el juzgador no atendió la existencia de una cuestión prejudicial no controvertida por las partes, a cuyo fin alude a la existencia de una denuncia que se encuentra en trámite, así como de una causa sobre simulación. Indica que se imputó al actor la comisión del delito de abuso defraudatorio por haber vaciado el acervo sucesorio de quien en vida fue su madre, citando doctrina relativa al art. 1101 del C. Civil (ver fs. 197 vta./198, dos primeros párrafos). ----------

----Al respecto cabe recordar que el art. 1101 del C. Civil -aplicable en la especie en tanto el contrato de comodato fue celebrado y prevista su duración durante su vigencia (ver fs. 22/vta., cláusula segunda; y sentencia a fs. 187 vta., considerando a)- disponía que *“Si la acción criminal hubiere precedido a la acción civil, o fuere intentada pendiente ésta, no habrá condenación en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal, con excepción de los casos siguientes: 1) Si hubiere fallecido el acusado antes de ser juzgada la acción criminal, en cuyo caso la acción civil puede ser intentada o continuada contra los respectivos herederos. 2) En caso de ausencia del acusado, en que la acción criminal no puede ser intentada o continuada”.* Es cierto que la norma estaba prevista, como lo está la actual del art. 1775 del C. Civil y Comercial, cuando de un acto ilícito se derivaran tanto la responsabilidad civil como la penal. En el presente caso se da la particularidad que la parte demandada, quien sería la civilmente responsable por no entregar el inmueble cuyo desalojo persigue el actor, es quien aduce la cuestión prejudicial por una causa en la cual se denuncia un delito penal que habría cometido el aquí actor. Sin perjuicio de dicha distinción, la cuestión amerita su examen

a la luz de la norma mentada, dada la eventual implicancia de la denuncia penal en cuanto a los derechos de las partes en esta sede civil. Así se ha sostenido que la multiforme realidad nos muestra la necesidad de recurrir a veces a la paralización de la acción civil, laboral o comercial subsiguiente a la penal cuando, surgiendo ambas del mismo hecho, resultaría disvalioso a la seguridad jurídica correr el riesgo de apreciaciones disímiles de una misma situación, por lo que no corresponde su circunscripción sólo a acciones de responsabilidad civil (conf. Saux, Edgardo I., en Bueres-Highton: “Código Civil…”, Ed. Hammurabi, 1999, T° 3A, pág. 310).----------

---Dicho lo precedente, el apelante ha sostenido que la causa penal se encuentra en trámite (ver fs. 197 vta., pto. 1, 3er. párrafo). Sin embargo de las constancias de la misma que tengo a la vista (ver Caso 12.140: “T., N. Y. s/denuncia”), en la carátula de la misma aparece la leyenda estampada de “DESESTIMADO”, lo que se corrobora con la resolución del 26/07/16 del Ministerio Público Fiscal de fs. 139 del citado Legajo, por la cual se desestimó las actuaciones a raíz de la denuncia efectuada contra O. R. A., B. A T. y H. W. M.. Es de agregar que, con posterioridad, el 02/05/18 (foja sin foliar) N. Y. T. solicitó la reapertura de la investigación, a lo que se estuvo a la resolución citada del 26/07/16, dado que la petición de reapertura no modifica ni aporta elementos no evaluados oportunamente. Es así que, como bien dice el Dr. Vergara, no existe una acción criminal en curso, ni siquiera se abrió la investigación en los términos del art. 274 del CPP.----------

-----Con relación a lo anterior, es de recordar que el art. 1101 precitado requiere que la acción criminal haya precedido a la acción civil o se la intente pendiente ésta. No basta la simple posibilidad de promover la acción penal; no es suficiente que dicha acción exista en potencia, sino que es necesario que se encuentre en actual desarrollo (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, en Belluscio-Zannoni: “Código Civil…”, Ed. Astrea, 1984, T° 5, pág. 298). Es claro, en base a lo expuesto que no se presenta la situación prevista en el art. 1101 del C. Civil que pueda justificar la invocación de prejudicialidad que efectúa el quejoso. ----------

----Por lo demás, es de considerar que la denuncia desestimada es de fecha 08/10/15 (ver fs. 02 vta., del legajo penal), con lo cual han transcurrido más de cinco años desde que se efectuó la misma. Dado el tiempo transcurrido es de recordar lo sostenido por Kemelmajer de Carlucci en cuanto a que el derecho del justiciable -imputado, damnificado, actor civil, querellante, etc.- a obtener resolución judicial en un lapso razonable, a que la sentencia se dicte en un tiempo oportuno según la naturaleza del proceso, integró siempre el texto constitucional argentino. Efectivamente, hace ya tiempo, y contemplando la situación del imputado, la Corte federal dijo que el principio de progresividad del juicio penal satisface “el respeto debido a la dignidad del hombre y al derecho de toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación mediante una sentencia que determine su situación frente a la ley penal, poniendo fin a la incertidumbre y restricción de la libertad que importa el enjuiciamiento penal” (conf.

CSJN, 29/11/68, “Mattei, Ángel”, ED, 25-207; JA 1969-II-382 y LL 133413). Diez años más tarde, el 17/10/78, en el caso “Mozzatti”, un proceso penal que había demorado veinticinco años, la Corte dijo que una prolongación insólita y desmesurada del proceso es equiparable a una verdadera pena que no dimana de una sentencia condenatoria firme, pena que contraría todos los principios constitucionales en la materia, por lo que aunque el recurso extraordinario no expone claramente la cuestión jurídica, el tribunal “debe asumir la responsabilidad de volver las cosas a su quicio por imperio del mandato constitucional” (ED, 80-703) (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída: “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y el artículo 1101 del Código Civil”, en Revista de Derecho de Daños, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002-3, “Relaciones entre la responsabilidad civil y la penal”, pág. 164). ----------

-----A la luz de lo expuesto, la autora citada, señala que está claro que las excepciones previstas en el art. 1101 resultan insuficientes, pues no agotan el listado de situaciones en las que la espera de la resolución penal puede frustrar el derecho del damnificado a ser reparado. La respuesta jurisprudencial se dio por la Corte federal en el *leading case* del 20/11/73, recaído in re “Ataka” (LL, 154-85), en que resolvió que el juez civil no está obligado a esperar la decisión penal si “las circunstancias fácticas demuestran una dilación indefinida en el trámite que ocasiona agravio a la garantía constitucional del derecho de defensa, produciendo una efectiva privación de justicia”. La solución fue consolidada en el caso “Zacarías” (JA 1999-1-361), el 28/04/98 y pivota sobre la siguiente línea argumental: todas las normas jurídicas, aun las imperativas y de orden público, deben ser interpretadas razonablemente en función de las circunstancias particulares del caso concreto, de los principios generales del ordenamiento jurídico y de las normas de jerarquía constitucional; la suspensión del dictado de la sentencia civil no es una regla legal absoluta; por el contrario, ella debe compatibilizarse con los principios constitucionales de acceso a la justicia y el derecho a obtener una decisión dentro de un tiempo razonable; consecuentemente, si la pendencia del proceso penal es de tal magnitud que impide en forma real el derecho de defensa en juicio, cabe pronunciar resolución civil aunque no haya recaído sentencia en sede penal. Es que, como decía Boffi Boggero, “si por la vía del artículo 1101 el juez civil se abstiene de dictar sentencia y espera un lapso no razonable a que se pronuncie el juez en lo penal, entonces la vigencia del artículo 1101 es inconstitucional con el alcance que se le ha asignado. En el fondo, está el principio de razonabilidad como exigencia de todas las conductas de los poderes públicos y de los particulares. Cada potestad, cada obligación han sido instituidas para que vivan razonablemente. Si no, hay exorbitancia”. Del mismo modo la sala F de la Cámara Nacional en lo Civil ha dicho que “una interpretación estricta de la letra del artículo 1101 del Código Civil puede erigirse en una verdadera trampa legal para el pretenso damnificado, puesto que, so pretexto de evitar el eventual escándalo jurídico de pronunciamientos contradictorios, genera un escándalo mayor, cierto y actual, como es el de privarlo del derecho a que su acción civil sea sentenciada en un término

razonable, prolongando indefinidamente la incertidumbre de la controversia. Una administración de justicia rápida se enhebra con la garantía de defensa en juicio, que en aquélla encuentra una de sus satisfacciones, de tal modo que aun las normas imperativas y de orden público deben ser aplicadas coordinadamente con las normas de jerarquía constitucional evitando con una interpretación y aplicación de las primeras caer en situaciones formales exageradas que obviamente nada solucionan y transgreden normas de nivel superior" (conf. Kemelmajer de Carlucci, op. cit., ídem, págs.166/167).----------Esta respuesta de la jurisprudencia y de la doctrina durante la vigencia del C. Civil, se ha plasmado en el art. 1775 del C. Civil y Comercial, que establece en su inciso b), como excepción a la suspensión del dictado de la sentencia civil hasta la conclusión del proceso penal, lo siguiente: *"si la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado".* Al respecto se ha indicado que el nuevo código incorpora la excepción en cuestión, de acuerdo a lo sostenido por la jurisprudencia y doctrina precitadas, excepción que no se encuentra circunscripta al supuesto previsto en el art. 1101, inc. 2 del código derogado, sino a todos aquellos casos en que exista una dilación irrazonablemente prolongada del proceso penal, generándose de esta forma una verdadera denegación de justicia (conf. Sáenz, L. R.J., en Lorenzetti, Ricardo L. (Director): "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, T° VIII, pág. 660).----------
-----En virtud de todo lo expuesto y razonado, es claro que no se presenta en la especie la cuestión de prejudicialidad invocada por el recurrente, atento a que no existe acción penal en curso, y si la hubiere habría de considerarse que han transcurrido más de cinco años desde la promoción de esta demanda de desalojo (ver cargo de fs. 28), lo que ameritaría la aplicación del art.1775, inc. b) del C. Civil y Comercial. En consecuencia, habré de concordar en el rechazo de este agravio. ----------
-----3) En segundo término la apelante arguye que ha opuesto la excepción por la notoria carencia de legitimidad del accionante, y que reconvino, cuestiones que el fallo impugnado ha omitido. A tal efecto argumenta que el accionante invoca un título de propiedad en el cual intervino la apoderada de la propietaria registral, que el acto se celebró en Trelew a 20 kilómetros del domicilio de esta última y que no hubo tradición del inmueble, invocándose la institución del *constituto posesorio.* Asimismo destaca que existió colusión entre la apoderada de la propietaria y el comprador aquí actor, que tienen un vínculo familiar y que de esa manera se vació el acervo sucesorio de la misma. Por último sostiene que existe una causa sobre simulación, debiéndose aguardar la sentencia a dictar en la misma (ver fs. 198, 3er. párrafo/199). ----------
-----Es de hacer notar que, efectivamente, en la contestación de demanda, la ahora recurrente opuso la excepción de litispendencia en virtud de la existencia de las actuaciones sobre simulación (493/2015) (ver fs. 33 vta./34, pto. III); así como de falta de legitimación para obrar en el actor para lo cual esgrimió los mismos argumentos aducidos en la expresión de agravios, de hecho existe una transcripción de los mismos

párrafos (ver fs. 34/35, pto. IV). También resulta cierto que dedujo reconvención por simulación ilícita y fraude (ver fs. 35/36, pto. VI). ----------

---Lo que no menciona la quejosa es que a fs. 39 se rechazó la reconvención por simulación por cuanto su objeto excedía el ámbito del proceso de desalojo. Dicha decisión fue apelada a fs. 43/vta., mas a fs. 50/51 vta. obra resolución de este Cuerpo declarando mal concedido el recurso de apelación, por lo que la desestimación de la reconvención devino firme. El argumento dirimente de este decisorio radicó en que la reconviniente ya había promovido la acción autónoma de simulación. De dichas actuaciones (493/2015) que tengo a la vista por haber sido requeridas a fs. 205, se desprende que la última actuación data del 16/12/19 (ver fs. 45 del cuaderno de prueba actora). Asimismo, y atento a que lo refirió el colega preopinante, cabe señalar que la causa penal mentada por este Cuerpo a fs. 51, último párrafo/vta., 1er. párrafo, es la misma causa ya examinada en el considerando anterior al rechazar el agravio relativo a la cuestión de prejudicialidad. ----------

----En lo relativo a las excepciones de litispendencia y de falta de legitimación activa, las mismas fueron desestimadas a fs. 69/71 vta., y dicha resolución devino firme por cuanto este Cuerpo declaró a fs. 84/86 la deserción del recurso de apelación deducido a fs. 72/73 vta. contra la misma. Es así que resulta incorrecto lo argumentado en el agravio en cuanto a que la sentencia definitiva omitió tratar las cuestiones relativas a la reconvención y a las excepciones mentadas, dado que ya habían sido resueltas negativamente en etapas procesales precedentes, habiendo operado la preclusión al respecto. Es de considerar que por este principio las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, concatenada y mediante la clausura definitiva de ellas y el pase a la siguiente el proceso avanza, lo que impide el regreso a etapas o estadios consumados. Como consecuencia, los actos que las partes dejen de cumplir o deduzcan con posterioridad resultan ineficaces (conf. Morello-Sosa-Berizonce: “Códigos....”, Librería Editora Platense – Abeledo Perrot, 1982, Tº I, págs. 621/622). Es que la preclusión se concibe como la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal y se genera en tres situaciones. La primera se presenta cuando no se observa el orden señalado por la ley para su ejercicio, en cuyo caso la preclusión es la consecuencia del transcurso infructuoso de los términos procesales. En segundo lugar se provoca también la preclusión por haber cumplido la parte una actividad incompatible con la actuación de otra facultad que la antecede, lo que supone el no ejercicio de ésta. Finalmente la preclusión se opera por consumación propiamente dicha, al haberse ejercido ya una vez válidamente la facultad de que se trata (conf. Morello-Sosa Berizonce, op. cit. ídem, págs. 623/624). Esta última situación es la que se presenta en la especie dado que la apelante vio desestimadas las excepciones y la reconvención que planteara, todo lo cual adquirió firmeza, habiendo agotado las vías procesales pertinentes al respecto. ----------

------Por los motivos expuestos es que concordaré en desestimar este agravio.----------

-----II.- Atento lo razonado en los considerandos precedentes, corresponde confirmar el

fallo apelado en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas al codemandado recurrente en virtud del principio objetivo de la derrota (conf. art. 69 del rito). ----------

---En cuanto a la regulación de los honorarios, atento el resultado del pleito, así como la extensión y eficacia de las tareas efectuadas, concuerdo en regular al letrado apoderado del actor, Dr. L. C. B., en un 7,56%; y al letrado patrocinante del apelante, Dr. G. L. C., en un 2,25%; en ambos casos sobre el monto del proceso a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia (conf. arts. 5, 6, 8, 13, 25 y 46 del arancel); y con más el IVA correspondiente. ----------

------A la luz de todo lo expuesto y razonado, a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.----------

---**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Vergara dijo: ----------

--Visto el acuerdo alcanzado al votar la primera cuestión, corresponde: a) confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios; b) imponer las costas de Alzada al codemandado apelante vencido; c) regular los honorarios de los Dres. L. C. B. y G. L. C., por sus trabajos de segunda instancia, en las sumas porcentuales equivalentes al 7,56% y 2,25%, respectivamente, del monto del proceso a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia; y d) declarar que los honorarios antes regulados deben ser incrementados con el I.V.A. que pudiere corresponder. -------

------Así lo voto.----------

- ----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** , el Dr. De Cunto dijo:----------

-----El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Vergara, fiel expresión del acuerdo alcanzado.----------

---Así lo voto. ----------

----Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría y encontrarse en uso de licencia el Dr. Sergio Rubén Lucero (Art. 7º y 8º Ley V Nº 17), pasándose a dictar:

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

------Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; RESUELVE:----------

-------CONFIRMAR la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios. ----------

---IMPONER las costas de Alzada al codemandado apelante vencido.----------

--REGULAR los honorarios de los Dres. L. C. B. y G. L. C., por sus trabajos de segunda instancia, en las sumas porcentuales equivalentes al 7,56% y 2,25%, respectivamente, del monto del proceso a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia. ----------

-----DECLARAR que los honorarios antes regulados deben ser incrementados con el I.V.A. que pudiere corresponder. ----------

----Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

ALDO L. DE CUNTO
JUEZ DE CÁMARA

RAÚL ADRIÁN VERGARA
PRESIDENTE

----**REGISTRADA BAJO EL N°__001___DEL AÑO 2021 – SDE – CONSTE**.----------

UBALDO RENÉ AGUILERA
SECRETARIO DE CAMARA