

Nº 7739

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL DE ROSARIO, SALA 3ª

LEY. Retroactividad. **DERECHO SUBJETIVO.** Derechos potestativos. **DESALOJO.** Causales; solvencia económica del inquilino. **LOCACION.** Leyes de emergencia. Generalidades. Reajuste del precio. Prórroga legal de la locación. Contratos exceptuados. **ORDEN PUBLICO.** **DERECHOS ADQUIRIDOS.** **CONSTITUCION NACIONAL.** Constitucionalidad; leyes nacionales; desalojo. **ALLANAMIENTO.** Principios generales.

1. Bajo el régimen de la ley 16.739, tanto la causal del art. 3º inc. j (contratos posteriores al 1-III-57) como la del art. 3º inc. 1 (inquilino pudiente), eran similares en cuanto ambas permitían al demandado impedir el desahucio a través de un reajuste del canon.

2. Se halla incurso en la causal de desalojo del art. 3º inc. j de la ley 18.880 (antes art. 3º inc. 1 de la ley 16.739), el inquilino que según propia confesión ha construido y habita una finca de características habitables superiores a la locada.

3. Si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional estima que los derechos que acuerdan las leyes de emergencia son de orden público y pueden por ende modificarse por la legislación sobreviniente sin agravio constitucional salvo que medie cosa juzgada, cabe entender que, aun dentro de ese régimen emergencial de orden público, existen derechos de los particulares que, definitivamente adquiridos bajo el régimen de una ley —en el caso, ley 16.739— no pueden vulnerarse con la aplicación de una posterior —aquí ley 18.880—.

4. Para postular la existencia de un derecho adquirido, no basta tener un derecho; es indispensable que el mismo se haya ejercitado, originándose así una ventaja definitivamente incorporada al patrimonio y garantizada por la Constitución.

5. El distingo entre derecho adquirido y simple expectativa sigue siendo válido después de la Reforma Civil de 1968, pese a la nueva terminología del art. 3º.

6. La ley es retroactiva cuando pretende actuar sobre los efectos ya producidos de una situación pretérita; no cuando procura gobernar los efectos futuros de dicha situación.

7. El allanamiento es un medio unilateral de extinguir el proceso, mediante el reconocimiento del derecho invocado por el actor y la consiguiente sumisión a sus pretensiones.

8. No constituye técnicamente allanamiento, el beneficio de retasa consagrado por la ley 16.739 para las hipótesis de contrato posteriores al 1-III-57 e inquilino pudiente. El acogimiento por el locatario a dicha ventaja, implica el ejercicio de un verdadero derecho potestativo o de "poder jurídico", que consiste en la potestad de determinar por la propia voluntad unilateral una modificación en la situación jurídica de otro sujeto, sin que cuente para nada la voluntad de este último.

9. Ejercitado bajo el régimen de la ley 16.739 el acogimiento al beneficio de retasa, nació desde entonces un derecho adquirido por el inquilino para mantenerse en la locación por el plazo del art. 1507 C. Civ.; tal derecho no se pierde porque la posterior ley 18880 haya surimido el beneficio de referencia.

10. Declarado pudiente un inquilino bajo el régimen de la ley 16739 por fallo que se hizo firme a posteriori del 31-XII-1968 y acabado ya el término de prórroga del art. 1507 C. Civ., el contrato cae ahora bajo el sistema del art.

3º inc. j. de la ley 18.880, no cuenta ya el locatario con beneficio de retasa para el futuro y puede disponerse su desahucio sin necesidad de un nuevo pleito (art 43 ídem).

Abad, Lisardo c. Fortunato Pintor

2ª Instancia, Rosario, 25 de febrero de 1973. A la cuestión de si es justa la sentencia apelada dijo el Doctor Alvarado Velloso: Contra el pronunciamiento de fs. 32 que acoge la demanda de desahucio instaurada y veda al inquilino el derecho de prorrogar la locación que le concedía en ese entonces la ley 16.739 en su art. 3º inc. 1) se agravó el demandado con argumentos que, si bien encuentro en parte atendibles, no podrán lograr, a mi juicio, la estimación de su pretensión recursiva, aunque por otras razones que las apuntadas por el a quo en su decisión.

1) En primer lugar diré que éste se ha apartado de los términos de la litis trabada en autos y, con un indudable y trascendente sentido y deseo de hacer justicia, ha basado su orden de desahucio en una norma legal que no se ajusta al caso de autos, al que no ha sido, por ello, correctamente resuelto a la luz de la legislación vigente en ese entonces.

Nótese que la base fáctica del litigio es la afirmación del actor de que exista una locación cuyo inquilino se encuentra excluido de la ley de prórroga y que éste se acogió al beneficio legal de emergencia.

2) Pues bien: no obstante la expresa negativa que produce el demandado en su escrito de responde en el sentido de que la locación no está excluida del régimen emergencial en razón de la causal del inc. 1) del art. 3º de la ley 16.736, afirma que se trata de un contrato posterior al 1.3.57, con lo cual se autocoloca en la causal desalojista del inc. j) de la misma norma que, además de poseer idéntica regulación procedimental que aquélla, permite al inquilino igual posibilidad de prórroga locativa mediante el oportuno acogimiento que la ley indebidamente denomina "allanamiento".

3) Advertido lo precedentemente expuesto, resulta indiferente el encuadre legal del caso en cualquiera de las normas citadas (o en la de los incs. i) y j) del art. 3º de la ley 18.880, por la cual se juzgará este litigio, como luego se verá), toda vez que ambos supuestos contemplados permiten un idéntico tratamiento legal.

Precisamente por ello, creo —como el a quo— que la circunstancia de ser el contrato que vincula a las partes de fecha posterior al 1.3.57, no es óbice para que el actor pueda demandar legítimamente con fundamento en la afirmada pudencia del inquilino, por

cuanto, lo reitero, ambas causales desalojistas permitían en ese entonces una sola e idéntica defensa para permanecer en la tenencia de la cosa locada.

Esto autoriza el análisis de la prueba rendida en autos a efectos de determinar la pudencia del inquilino, surgiendo de ella que excede largamente el presupuesto de la ley pues ha revelado que tiene capacidad económica suficiente para adquirir vivienda análoga y adecuada a su necesidad de alojamiento (art. 3, inc. j), ley 18.880) por cuanto —por propia confesión— ha construido y habita en una finca de característica habitables superiores a la locada.

Esta circunstancia determina su exclusión del régimen emergencial, sin necesidad de efectuar mayores y ociosos comentarios al respecto.

4) Sobre tal base, hago notar ahora que el demandado, en su responde, haciendo uso de la facultad legal antes mencionada, se "allanó" pura y simplemente, sin condición alguna, a pagar un alquiler retasado judicialmente ganando así el derecho de permanecer en la locación por un período mínimo de los autorizados en el art. 1507 C. Civ.

Esta circunstancia complica la solución del caso, por cuanto la facultad expresada ya no se otorga al inquilino en el régimen de la ley 18.880, aplicable de oficio por el juzgador a tenor de lo dispuesto en su art. 44.

5) Ello hace necesario determinar previamente, a fin de saber si el aludido "allanamiento" puede o no producir efectos jurídicos en la relación litigiosa, si es factible juzgar este asunto con fundamento en la hoy derogada ley 16.739.

Entrando en tema, he de decir que la norma contenida en el citado art. 44 de la ley 18.880 —óbice para la aplicación de la ley anterior— no es más que una repetición de textos anteriores de otras leyes de prórrogas locativas que han entorpecido la posibilidad de actuar una ley nueva en asuntos comenzados y defendidos a base de un ordenamiento legal anterior.

Esto ha dado lugar a distintas interpretaciones doctrinarias, existiendo autores que postulan la aplicación lisa y llana de la nueva ley a cualquier supuesto justificable ya presentado en caso concreto, sosteniendo, en líneas generales, el mismo pensamiento que la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de la viabilidad de la aplicación de un nuevo ordenamiento en materia de emergencia.

Ha dicho la Corte (v. Fallos, t. 253, pág. 169) que "los derechos que acuerdan las leyes de emergencia son de orden público y que, por lo tanto, no se consolidan y pueden ser modificados por la legislación sobreviniente, sin agravio constitucional, en tanto no haya recaído en el pleito sentencia definitiva".

Con todo el respeto debido al más alto tribunal del país, cuya autoridad interpretativa resulta moralmente obligatoria para los jueces inferiores, me permito disentir con su argumento recién transcrito, entendiendo que, aún dentro del ordenamiento emergencial en materia locativa —de orden público— existen derechos de los particulares que se hallan definitivamente adquiridos bajo la vigencia de la ley 16.739 y que, en modo alguno, pueden ser vulnerados mediante la aplicación de la ley 18.880 a las causas en las que aquéllas nacieron a la vida jurídica.

El "quid" de la interpretación que propicio, entronca con el derogado art. 4040 del C. Civil, donde se establecía que la nueva ley debe ser aplicada a hechos anteriores cuando sólo priva a los particulares de derechos que son meros derechos en expectativa, pero no a hechos anteriores cuando destruya o cambie derechos adquiridos. (El art. 3º del Código, reformado por la ley 17.711, aclara que las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario, y que la retroactividad establecida por la ley, en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales).

No se me escapa que toda dificultad que presenta la materia se encuentra en la determinación de las pautas que permitan distinguir entre derecho adquirido y simple expectativa (distinción que continúa siendo válida después de la promulgación de la ley 17.711, no obstante la terminología diferente que impera en su art. 3º), términos que, común y respectivamente, se entienden como "la ventaja que figura incorporada al patrimonio" y "la posibilidad de obtener una ventaja aún no realizada".

Esta idea fundamental en el camino del derecho privado, ha sido precisada —desde un punto de vista práctico— por Baudry Lacantinnerie y Houques Fourcade (citados por Salvat, "Tratado...", t. I, p. 186 yss), en la siguiente forma: "Bajo el nombre de 'derechos', la ley nos reconoce aptitudes, nos abre facultades, los cuales nos deja —generalmente— libres de usar o no, mientras nosotros no hayamos utilizado una de estas aptitudes, tenemos el derecho —si se quiere— pero solamente en el sentido de que somos aptos para adquirirlo, según ciertos modos determinados. Pero este derecho no lo ad-

quirimos, sin cuando nuestra aptitud en el hecho, se ha manifestado por el acto necesario para su utilización. El ejercicio de la facultad legal, que en cierto modo se ha materializado en ese acto, traducido exteriormente por él, es constitutivo del derecho adquirido. En otras palabras: para que exista el derecho adquirido en el sentido que nos ocupa, no basta tener un derecho: es necesario que haya sido ejercido".

En sustitución de esta distinción, Planiol cf. id., p. 187) propuso la siguiente fórmula: "La ley es retroactiva cuando ella actúa sobre el pasado, sea para apreciar las condiciones de legalidad de un acto, sea para modificar o suprimir los efectos de un derecho ya realizado; fuera de esto, no hay retroactividad y la ley no puede modificar los efectos futuros de hechos o actos anteriores, sin ser retroactiva".

En otras palabras: "Es necesario distinguir entre efectos ya producidos y efectos futuros; la ley es retroactiva si actúa sobre los primeros; no lo es si actúa sobre los segundos" (similarmente, v. Rovere, Roberto, "Derechos adquiridos", en Enc. Juz. Omeba, t. 8, p. 283 y sus citas).

Consecuentemente con lo expuesto, entiendo que, bajo la vigencia de la ley 16.739, existieron supuestos productores de efectos jurídicos —como luego se verá— que no pueden ser vulnerados mediante la indiscriminada aplicación de la ley 18.880 a todos los asuntos en trámite; antes bien, habrá que investigar en cada caso si existe o no un derecho adquirido o un derecho que se haya incorporado al patrimonio del particular, con lo cual queda sin afectar el derecho amparado por garantía constitucional, según la terminología del actual art. 3º C. Civ. a fin de determinar si corresponde juzgar el caso justiciable a la luz de la ley 18.880 o a la de algún ordenamiento anterior en materia locativa.

6) Ya he recordado, por otra parte, que el demandado se "allanó" a pagar un nuevo canon locativo, y esta circunstancia determina, en mi criterio, la necesidad de aplicar al caso la ley 16.739.

Para que se interprete debidamente esta afirmación, se hace imperioso aclarar que dicha ley denominaba erróneamente "allanamiento" a esta figura —que se presentaba en los incs. j) y l) de su art. 3º) ya que el allanamiento, como instituto procesal, es un medio unilateral expreso de extinguir el proceso, mediante el reconocimiento del derecho invocado por el actor y de la sumisión incondicionada a su pretensión. La ley derogada, en rigor de verdad, consagraba un beneficio ex-cep-cional que podía ser tomado por el inquilino con sólo manifestar su voluntad de abonar un mayor precio lo-