NEUQUEN, 10 de Abril del año 2018

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"BILBAO DANIELA ALEJANDRA C/ MORICONI ADOLFO CLAUDIO S/ HOMOLOGACION DE CONVENIO" (JNQCI1 EXP 519579/2017)** venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI,** con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

I. A fs. 7/8 la *A-quo* rechazó el trámite de la demanda sin costas.

A fs. 10/11 vta., apeló la actora. Dice que la cláusula quinta del convenio presentado hace estricta referencia a que cualquiera de las partes puede solicitar la homologación y cumplimiento del mismo. Alega, que el motivo de la presentación es justamente el conflicto, un litigio previo.

Además, se refiere al punto II del acuerdo y dice que es claro que existía un litigio previo que las partes razonablemente intentaron solucionar.

Cita jurisprudencia y peticiona se deje sin efecto lo decidido y se haga lugar a la tramitación de las actuaciones.

II. Ingresando al estudio de la cuestión planteada adelanto que el recurso no puede prosperar debido a que no contiene una crítica concreta y razonada de la resolución que ataca, por cuanto no considera la manera en que se rechazó la pretensión ni rebate sus fundamentos.

Es que no se refiere a la derogación por la ley 26.994 de la ley 21.432, cuyo artículo 47 preveía la homologación del convenio de desocupación, sino que su crítica

se limita a transcribir una sentencia anterior a la entrada en vigencia del C.C. y C.

Entonces, como sostiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el memorial de agravios "[…] *presenta defectos de fundamentación pues no contiene —como es imprescindible— una crítica concreta y razonada de los fundamentos desarrollados por el a quo, lo que se traduce en ausencia de tratamiento de algunos de los argumentos expuestos en el fallo, sin que la mera reedición de objeciones formuladas en instancias anteriores resulte suficiente para suplir las omisiones aludidas (Fallos: 289:329; 307:2216 y 325:3422)"*, (FALLOS 334:1302).

De tal manera, que corresponde declarar desierta la apelación en tanto no cumple con la carga establecida en el art. 265 del C.P.C. y C.

Sin costas atento la falta de contradicción.

Tal mi voto.

La Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

La cuestión que aquí se trae a resolución no es pacífica en la doctrina, ni en la jurisprudencia. La posición sustentada por la magistrada, justamente, encuentra anclaje en dichos sectores.

Sin embargo, daré las razones que me inclinan hacia la posición sostenida por la Sala II de esta Cámara, en cuanto a su procedencia.

1. En efecto, la perspectiva adversa a la homologación judicial de convenios privados celebrados entre las partes, se finca en la idea de que no preexiste un conflicto que justifique la intervención judicial.

Se dice, entonces, que en el derecho argentino, para que los jueces puedan entender en su carácter de órganos

jurisdiccionales, deben hacerlo respecto de causas en las cuales se plantee un “conflicto”, ámbito natural en que se desenvuelve el ejercicio de la jurisdicción.

Y si bien la ley confiere intervención a los jueces en algunos supuestos en los que no se encuentra planteado específicamente un conflicto o controversia, como es el caso de la jurisdicción “voluntaria” (que no constituye propiamente una actividad jurisdiccional “strictu sensu”), la intervención judicial en ese tipo de supuestos presupone la existencia de una previsión legal específica que asigne esa función, sin la cual no existe la posibilidad de la actuación judicial (cfr. CNCom., Sala C, julio 12-1995, “Banco Coop. de Caseros Ltdo. C. Almad, Zulema”, L.L. 1.996-B-52).

En esta misma línea, ya en el campo doctrinario, Sirkin esgrime que intentar, en forma anticipada, obtener una aprobación judicial de un convenio ante la eventualidad hipotética de encontrarse en el futuro ante un incumplimiento, tiende a avasallar el derecho de defensa de las partes y eludir el debido contradictorio para dilucidar la controversia (cfr. Sirkin, Eduardo, “Improcedencia de la homologación judicial de un convenio privado ajeno a la locación”, L.L. 1996-B-52).

Tenemos entonces, que esta perspectiva de análisis parte de las siguientes premisas centrales:

a) Inexistencia de conflicto

b) Los jueces solo pueden conocer en los asuntos en los cuales se verifique un conflicto concreto (art. 116 C.N.)

c) La jurisdicción voluntaria requiere habilitación legal expresa

d) En la tramitación no se respetaría el debido proceso al no garantizarse el contradictorio.

De allí, que se sostenga que la pretensión no es procedente, al carecer actualmente de habilitación legal para el trámite homologatorio.

2. Ahora bien, se ha definido al convenio de desocupación como una institución nacida en torno al contrato de locación; se trata de un acto jurídico bilateral, de efecto obligacional, por el cual el locador se asegura la restitución del bien locado en la forma acordada, y de esta manera evita o abrevia la tramitación de un juicio de desalojo, caso parecido a lo que ocurre con la "condena de futuro".

Se ha dicho también, que es un contrato (desde tal óptica, no prohibido por la ley): *"Su naturaleza jurídica no es unívoca. En efecto, siempre presentará la fisonomía de un acto jurídico bilateral pero, según haya o no concesiones recíprocas entre las partes, aparecerá como un contrato de transacción en los términos del art. 1641 del Cód. Civ. y Com. bien simplemente como una rescisión bilateral con el alcance del art. 1076 de ese cuerpo normativo. Por ejemplo, puede ocurrir que frente a un atraso en el pago de los cánones locativos las partes convengan adelantar la restitución de la tenencia del bien y contra esa prestación el locador renuncie al cobro de esa deuda; ahí sin dudas jugaría la figura de un auténtico contrato de transacción. En cambio, si simplemente en el normal devenir de la relación locativa las partes acuerdan adelantar la extinción de esa relación jurídica nos encontraremos con una rescisión bilateral.*

En cualquier caso, no puede perderse de vista que también la rescisión bilateral o distracto implica en definitiva un nuevo contrato. Se trata simplemente de un

contrato que pone fin a otro y, por añadidura, debe cumplir con todas sus reglas propias de validez. De hecho, claramente el art. 957 del Cód. Civ. y Com. al definir al contrato hace referencia a la expresión "extinguir relaciones jurídicas patrimoniales"….” (cfr. Sobrino Reig, Ezequiel EL NUEVO ESCENARIO PROCESAL PARA LOS CONVENIOS DE DESOCUPACIÓN, Cita Online: AP/DOC/848/2017).

3. Nótese, entonces, que la solicitud de homologación de un acuerdo extrajudicial presupone, en general, la existencia de un conflicto que ha sido extrajudicialmente avenido por las partes.

La solicitud de homologación, justamente, es una pretensión procesal para que el Juez convalide dicho acuerdo y lo equipare a una Sentencia, para dotar al acuerdo de voluntades de autoridad de cosa juzgada y que las obligaciones en él asumidas sean exigibles por el procedimiento de ejecución: *“Nos hallamos en presencia de un proceso en el cual las partes han avenido sus derechos en conflicto y someten dicho acuerdo de voluntades a la jurisdicción para que la misma convalide la transacción de los derechos dudosos y la constitución de nuevos derechos y obligaciones, otorgándole autoridad de cosa juzgada (cerrando definitivamente el litigio en lo relativo al reconocimiento de los derechos en disputa) y le conceda ejecutoriedad (a efectos de poder exigir judicialmente el cumplimiento de las obligaciones asumidas o el pleno ejercicio de los derechos)…”*

En vez de tramitar un proceso prolongado con traba de litis, producción de pruebas, incidencias, alegatos para, recién luego, arribar a una Sentencia; todavía posible de impugnación por vía recursiva; en este proceso atípico la controversia es presentada y las partes someten a consideración del juez la solución a la que arribaran para que

éste meritue su adecuación al orden jurídico y, de ser así, le otorgue los efectos propios de una sentencia.

Por ello la homologación del acuerdo extrajudicial tiene puntos de contacto con la transacción (pues presupone un derecho "dudoso" -artículo 832 del C.Civil– que las partes extinguen mediante el acuerdo, y que otorga a estos procesos el elemento conflictivo que habilita la jurisdicción) pero no se agota en dicho instituto, pues en algunos supuestos las partes hacen nacer nuevos derechos y obligaciones, por lo cual opera también una novación[35]de las obligaciones. Este contacto, sin embargo, no permite asimilarla plenamente pues la pretérita obligación, que se extingue mediante la transacción, tiene carácter "dudosa o litigiosa"…" (cfr. Carbajal, Fernando "El proceso atípico de homologación judicial del acuerdo extrajudicial", cuyos desarrollos seguiré en varios parágrafos de este voto).

4. Pero lo cierto es, que la avenencia extrajudicial por medio del acuerdo, no descarta la subsistencia del conflicto; de allí que no pueda hablarse en el caso de jurisdicción voluntaria.

En efecto, en la jurisdicción voluntaria, no hay conflicto: el juez no actúa en medio de dos contendientes, sino junto al interesado; los intervinientes no son parte en sentido estricto, pues no existe contraparte frente a quien hacer valer el derecho.

Mas en este caso, aún cuando se presenta con una característica procesal atípica, el conflicto está presente.

Dice al respecto, el ya citado Carbajal: *"Entiendo que en el proceso atípico de homologación en estudio, la litis, la controversia, el conflicto se manifiesta en forma particular, pero se halla indudablemente presente. Las partes*

le piden al poder jurisdiccional que resuelva si el avenimiento extrajudicial alcanzado para solucionar el conflicto se compadece con el orden jurídico y, de ser así, le otorgue autoridad de cosa juzgada y ejecutoriedad.

En rigor podría sostenerse, con cierta lógica, que desde el momento en que las partes han alcanzado un acuerdo extrajudicial el "conflicto" ha desaparecido y, consecuentemente, ha fenecido igualmente la posibilidad de apertura de la jurisdicción contenciosa. En este razonamiento se fundan los fallos que rechazan la tramitación de estos procesos o los consideran propios de la jurisdicción voluntaria.

Pero la lógica jurídica de este razonamiento es solo aparente, pues aplicando el mismo criterio deberíamos afirmar que con el dictado de la Sentencia (que dirime el conflicto en cuanto al reconocimiento de los derechos) se extinguiría de igual modo la jurisdicción. Y ello no sucede pues el dictado de la Sentencia abre la posibilidad de ejecutar las obligaciones que de ella emanan, y nadie discute el carácter jurisdiccional del proceso de ejecución de Sentencia.

Ello así, resulta a mi juicio evidente que para el orden jurídico y el derecho procesal el "conflicto", elemento indispensable para la apertura de la jurisdicción contenciosa, subsiste hasta tanto se hayan dirimido los derechos que corresponden a las partes (mediante el dictado de la Sentencia) y las obligaciones establecidas en la misma hayan sido íntegramente cumplidas (mediante la ejecución de la Sentencia).

Ya Carnelutti aclaró que la litis se presenta en dos formas elementales, a las cuales identifico como una pretensión discutida y una pretensión insatisfecha, aclarando

que en el primer supuesto el pretenso obligado resiste negando el derecho de su contradictor (proceso de conocimiento), y en el segundo supuesto simplemente no satisface aquel interés, pero no niega el derecho pretendido (proceso de ejecución).

Consecuentemente afirmo que en el caso sujeto a estudio nos hallamos en presencia de un supuesto de Jurisdicción contenciosa, pues existe subsistente un conflicto que habilita dicha jurisdicción, aunque dicho conflicto haya sido avenido por las partes en lo relativo a los derechos que corresponden a cada una de ellas. Subsiste, sin embargo, con entidad de litis suficiente para excitar la jurisdicción, la convalidación de dicho acuerdo por el poder jurisdiccional y la satisfacción de los derechos acordados, lo cual funda la pretensión procesal de homologación…"

Véase que justamente, la sentencia de la Sala II a la que se hace alusión en el recurso, recoge esta idea de conflicto actual, indicándose:

"…"Siguiendo esta línea de pensamiento y entendiendo como conflicto "choque intersubjetivo de intereses (coexistencia de una pretensión y de una resistencia)" (conf. Alvarado Velloso, obr. Cit. lección 2, p.2), se advierte que en sentido estricto, en el caso que nos ocupa, si bien el conflicto no fue traído en "estado natural" por ante el Juez, sino que las posiciones de los pretensores fueron pasadas primero por el cedazo de la autocomposición, ello no significa que el conflicto no exista. Más bien, éste se mantiene latente, acompañado por la solución brindada al Juez para que se resuelva de manera inmediata".

"En efecto, frente a lo que primigeniamente, habían pactado: Maureira reparar el motor de la camioneta de Cáceres Oliva y en un plazo determinado y éste pagar un precio fijado,

incumpliendo aquél con su obligación de hacer, pese a encontrarse totalmente abonado el trabajo, es que acuerdan la devolución de lo recibido comprometiéndose Moreira a devolver las sumas recibidas en cuotas, con sus intereses y a entregar el motor sin reparar -conf. escrito 3 y vta.".

"Sin embargo, la ausencia de la litigiosidad en ese "estado de pureza" por así decirlo, reglado por el art. 308 del Código de rito, no puede erigirse en valladar para que los justiciables, en casos como estos, tengan la posibilidad de requerir un pronunciamiento que eventualmente les otorgue seguridad jurídica a derechos y obligaciones, mediante los efectos de la cosa juzgada que produce la resolución homologatoria".

"Y sostengo esto porque dentro del "Proceso" definido por Alvarado Velloso, como "método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas actuando en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad (conf. Teoría del Proceso, unidad 1, Lección 3, p. 16) y tratándose la cuestión de fondo de derechos patrimoniales y por lo tanto disponibles, no resulta a mi juicio razón alguna que justifique que en casos como éste, se coarte a las partes la posibilidad de pactar acerca de la forma en que se va a discutir acerca de sus pretensiones, cuando dentro del mismo ordenamiento procesal, se les permite en iguales ocasiones (es decir, siempre se trate de derechos privados y transigibles), renunciar no solo a la acción sino también al derecho que la sustenta (conf. arts. 304, 305 del Código Procesal), como se dice habitualmente "quien puede lo más puede lo menos".

"Es por lo expuesto, que propongo la admisibilidad de la homologación en casos como el que presentan los aquí apelantes, ya que tal solución permitiría avanzar sobre las novedosas cuestiones que hoy en día se nos presentan,

protegiendo el cumplimiento de los principios constitucionales tanto de "acceso a la justicia" como del "debido proceso" entendiendo a éste, tal lo definiera el prestigioso procesalista mencionado, como "el que respeta sus propios principios, colocando a los dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad ante una autoridad que es un tercero imparcial e independiente" (conf. Alvarado Velloso, en Ob. Citada, Lección 12, p. 15/17)…." (cfr. "FERNANDEZ JULIAN Y OTROS S/ HOMOLOGACION DE CONVENIO", Expte. EXP Nº 426883/10).

Es que, en definitiva, el dato de esencia que distingue a los procesos contenciosos de los extracontenciosos, es la existencia de un conflicto entre los sujetos que figuran en el proceso; conflicto que se soluciona, justamente, con ciertos actos procesales conclusivos del mentado proceso contencioso: *"Y es evidente que cada vez que el locador reclama la homologación en virtud del desconocimiento por parte del locatario de la eficacia obligatoria de lo acordado en el convenio en punto a la restitución del inmueble, se patentiza la presencia de un conflicto, adquiriendo el proceso naturaleza contenciosa.*

Por fin, en otras hipótesis, aunque el locador no sufra una lesión actual, porque el plazo para la desocupación previsto en el convenio no ha transcurrido, igualmente goza de interés en la homologación preventiva, frente a la posibilidad de que el locatario, llegado el momento de la restitución pactada, desconozca la eficacia obligatoria del convenio.

Ahora bien, un proceso que nace extracontencioso, puede trastrocarse en contencioso. Así, presentado conjuntamente el convenio y homologado, si el locatario no restituye en tiempo propio, se abre paso al cumplimiento

forzado a través del proceso contencioso de ejecución de sentencia.

Desde el otro ángulo, el proceso que desde el inicio fue contencioso, no sufre mutaciones en su naturaleza frente a la inexistencia de controversia. Es decir, aun cuando el locatario no comparezca a deducir oposición a la homologación, o se someta a la pretensión homologatoria, formulando allanamiento, el proceso continúa su desarrollo como contencioso….” (cfr. Tessone, Alberto J., CONVENIOS DE DESOCUPACIÓN, Publicado en: LA LEY 1996-E, 248).

5. Llegados a este punto, en casos como el presente y acorde a la naturaleza contenciosa, es claro que debe respetarse el debido proceso legal y garantizarse el contradictorio.

“…El principio de contradicción se concreta en el deber de otorgar la posibilidad de ser oído a quien puede resultar afectado como consecuencia de una decisión jurisdiccional. Ello así evidente resulta que es requisito para la validez de la Sentencia que homologue un acuerdo extrajudicial, dotándolo de autoridad de cosa Juzgada y ejecutoriedad, resulta imprescindible la citación de la otra parte. Debe otorgársele la posibilidad de intervenir procesalmente en los autos y controvertir la petición procesal.

Cabe puntualizar que esta intervención procesal, imprescindible, entiendo se halla sin embargo acotada al limitado objeto procesal del proceso, a saber, aceptar el pedimento procesal de la otra parte de equiparar el acuerdo transaccional a una Sentencia, o rechazarlo.

Si la otra parte acepta la petición, expresa o tácitamente, el juez puede homologarlo con los efectos ya

analizadas. Por el contrario, la oposición expresa de la contraparte a la solicitud de homologación, la impugnación de su contenido… o cualquier otra defensa que pueda oponerse en oposición a la pretensión llevada a jurisdicción tiene como consecuencia necesaria el rechazo de la solicitud de homologación y el archivo de las actuaciones…" (Carbajal, Fernando, op. Cit.).

Con excepción entonces, a los supuestos, en que la controversia se limite al desconocimiento de la firma (razones de economía procesal aconsejan proveer la pericial caligráfica, de haber sido ofrecida), toda otro cuestionamiento que haga a los recaudos sustanciales de procedencia, determinarán la desestimación de la homologación y el archivo de las actuaciones: Este tipo de planteos, requiere de un marco procesal adecuado, que asegure a las partes, en plenitud, el derecho de defensa en juicio.

6. Con este alcance y dentro de estos parámetros, entiendo que la pretensión deducida es pasible de sustanciación.

Es que en definitiva, la función jurisdiccional tiene como finalidad asegurar la justicia y la paz social mediante la aplicación, eventualmente coercible del derecho.

Cuando se pide la homologación de este tipo de convenios es evidente que un conflicto existe y por ende debe habilitarse la jurisdicción, en tanto el control judicial es de toda necesidad porque es fuente de seguridad y estabilidad de los derechos: *"La homologación no es más que una conformidad que le otorga el visto bueno y le da fuerza ejecutoria, pero que se retrotrae al tiempo de su formalización, pues es a partir de ésta en donde se pondera el comienzo de sus efectos… La labor del juzgador debe orientarse*

en la búsqueda de soluciones que de alguna manera colaboren en el mantenimiento de la paz social.

Nadie ignora que hoy los tribunales están inundados de causas de diversa índole; pero esta circunstancia fáctica no puede opacar el verdadero sentido que estas instituciones tienen, cual es hacer justicia.

Avancemos entonces desde la judicatura en la búsqueda de soluciones prácticas, más justas y menos formales…" (cfr. Knavs, Verónica, "LA HOMOLOGACIÓN DEL CONVENIO DE DESOCUPACIÓN EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. UN DILEMA AÚN SIN RESOLVER", Publicado en: LLBA 2006, 413).

En mérito a ello y entendiendo que, conforme el alcance propuesto, el derecho de defensa y debido proceso se encuentra salvaguardado, es que propongo al Acuerdo la revocación de la resolución cuestionada, debiéndose remitir las actuaciones a la instancia de origen para que se provea en consecuencia con esta decisión. **TAL MI VOTO**.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con la Dra. **Patricia CLERICI**, quien manifiesta:

Habiendo adherido en su oportunidad al voto del Dr. Federico Gigena Basombrio en autos "FERNÁNDEZ, JULIÁN Y OTRO S/ HOMOLOGACIÓN DE CONVENIO" (expte. n° 426.883/2010, sentencia de fecha 8/2/2011), que en líneas generales sigue los lineamientos expuestos por la Dra. Cecilia Pamphile en su voto, presto ahora mi adhesión a este último.

Por ello, esta **Sala I, POR MAYORIA**

RESUELVE:

1. Revocar la resolución de fs. 7/8 y, en consecuencia, remitir las actuaciones a la instancia de origen

para que se provea en consecuencia con esta decisión, sustanciándose la pretensión deducida.

2. Sin costas de Alzada por tratarse de una cuestión suscitada con el Tribunal.

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Patricia CLERICI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA