

La usurpación en el leasing inmobiliario*

**Reintegro provisional inmediato del inmueble al damnificado
(artículo 238 *bis* Código Procesal Penal de la Nación)**

Por Enrique L. Abatti e Ival Rocca (h.)

1. Introducción

En los últimos años, especialmente desde 1984, se ha venido observando el incremento incesante de la conducta delictiva tipificada por el art. 181 del Cód. Penal, especialmente en determinados barrios de la Capital Federal (San Telmo, Monserrat, Constitución, Flores, Almagro) y en el Gran Buenos Aires y cinturón periférico de Rosario, Bahía Blanca y Córdoba.

La mención del año 1984 no obedece a una referencia caprichosa, sino a la coincidencia con la fecha de sanción de la ley 23.077, que reformó el Código Penal y en lo que hace a nuestro interés, su art. 181, con una disminución de la escala penal reduciendo del mínimo de seis meses a un mes de prisión y del máximo de tres años a dos y eliminando la figura típica de la clandestinidad.

Esa demagógica reforma penal fue el origen de una calamitosa situación, que afectó a los titulares dominiales de inmuebles deshabitados provisoriamente, por encontrarse en situación de oferta de venta o alquiler y a los utilizados como casaquintas o de veraneo, que se vieron expuestos –y alcanzados en muchos casos, puesto que según estadísticas del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, corroboradas por el Centro Argentino de Derecho Inmobiliario y Propiedad Horizontal (CADIPH), al mes de octubre de 2000, sólo en el ámbito de la Capital Federal existían aproximadamente doce mil fincas ocupadas ilegalmente– por una incontenible ola delictual.

Agrava las ocupaciones ilegales, el carecer de normas idóneas para lograr una inmediata restitución a la víctima (el propietario o tenedor legal), del inmueble usurpado, en los códigos procesales provinciales en materia penal. En la Capital Federal se ha modificado esta injusta situación desde que se sancionó la ley nacional 25.324 (BO, 13/10/00), que incorporó el art. 238 *bis* al Cód. Proc. Penal de la Nación, permitiendo el reintegro provisional inmediato del inmueble usurpado, al damnificado, aun antes de dictarse un auto de procesamiento contra el eventual usurpador¹.

Por otro lado, la legislación represiva fue modificada, no sin antes pasar más de diez años de padecer nuestra sociedad las consecuencias de la desafortunada reforma de 1984. Ahora, la legislatura nacional tomando conciencia de la situación sancionó –corrigiendo parcialmente el yerro– la ley 24.454 que reformó nuevamente el art. 181 del Cód. Penal, aumentándose la sanción mínima de un mes a seis y la

* Artículo publicado en la revista "El Derecho", 192-629.

¹ Ver Abatti - Rocca (h.), *Reintegro provisional inmediato del inmueble al propietario damnificado por usurpación (art. 238 del Código Procesal Penal de Nación)*, ADLA, 2000-E-5421.

máxima de dos a tres años de prisión, a más de reincorporar la figura de la “clandestinidad”.

Además, recordemos que este art. 181 comentado establece, como medios comisivos para configurar el delito de usurpación: la violencia, engaño, abuso de confianza o clandestinidad y como acción, al despojo de la posesión o tenencia de un inmueble o de un derecho real constituido sobre el mismo (inc. 1°) o al apoderamiento total o parcial de inmueble, mediante la destrucción o alteración de sus términos o límites (inc. 2°) y por último, la turbación de la posesión con violencia o amenazas (inc. 3°).

Podemos concluir diciendo que la usurpación es un delito doloso e instantáneo. El dolo quedará determinado por el despojo intencional mediante una acción con violencia o engaño orientada hacia ese fin en perjuicio del sujeto pasivo –poseedor o tenedor del inmueble– y, por último, la clandestinidad del accionar

En el caso del leasing inmobiliario, como seguidamente analizaremos, los sujetos pasivos del delito podrán ser las partes o contratantes esenciales, tanto el poseedor, que es el dador, como el tenedor, que es el tomador, quienes deberán probar o por lo menos acreditar mediante presunciones graves el hecho consumado, para ser tenidos como víctimas.

2. Usurpación en el leasing inmobiliario

a) Antecedentes

La ley nacional 25.248, que tiene como antecedente la 24.441, en su art. 1° define al contrato de leasing como aquel en que “el dador conviene transferir al tomador la tenencia de un bien cierto y determinado para su uso y goce, contra el pago de un canon y le confiere una opción de compra por un precio”. Con una legislación específica, el leasing ha adquirido su tipicidad. Podrán ser el objeto de nuestra figura, las cosas muebles e inmuebles y las marcas, patentes modelos industriales y *software*.

Los sujetos, son el dador, que es el equivalente al locador y luego vendedor y el tomador, que corresponde a la figura de un locatario, que podría convertirse en comprador con su optación por la compra. Ahora, y a diferencia de la ley 24.441, el dador puede ser cualquier persona física o ideal; en el régimen anterior sólo podían serlo las entidades financieras o las sociedades comerciales cuyo objeto era realizar este tipo de negocios u operaciones.

El contrato de leasing no está alcanzado por los plazos mínimos ni máximos de la locación (art. 26). Aquí básicamente se trata de una operación financiera, con netas ventajas tributarias para las partes, sea por el diferimiento en el pago del IVA o por posibilidad de que el alquiler sea considerado como un gasto para el tomador.

Como el tomador no incorpora el bien a su patrimonio hasta el momento en que opta por la compra; el precio de la misma será determinado a los efectos contables, en base al valor residual, y hasta ese momento no lo alcanza el impuesto a los activos.

Si evaluamos al leasing inmobiliario desde una óptica financiera, veremos que mientras transcurre el período locativo, el tomador no inmoviliza su capital para comprar el bien “tomado”, sino que lo puede destinar, por ejemplo, a la producción.

Oportunamente hemos definido a esta figura como “un contrato de locación especial por el cual el locatario solicita al locador que ponga a su disposición un determinado bien de capital previamente escogido, a cuya finalización el locatario podrá hacer uso de una opción (optación) de compra del bien, pagando un valor residual previamente fijado o solicitar la sustitución por otro nuevo o más moderno, o continuar la locación del mismo, con la consecuente variación del alquiler, si así fuera estipulado”². Nuestra tesis del año 1978 finalmente tuvo recepción legislativa en el 2000, por lo cual reafirmamos que si bien en el leasing participan varios contrato (locación, compraventa, financiación), el principal y base de la figura, es el de locación de cosas. Subsidiariamente son aplicables las reglas del contrato de locación de cosas, mientras el tomador no haya ejercido la opción de compra y a partir de ese momento, las disposiciones sobre la compraventa, tal como lo establece el art. 26 de la nueva ley 25.248.

b) Leasing inmobiliario

En lo atinente al leasing inmobiliario, podemos decir que “consiste en la entrega en locación por el dador al tomador, que pagará como contraprestación un canon periódico, de una determinada finca (propiedad inmueble) seleccionada por el segundo, quien tendrá un derecho irrevocable de opción de compra sobre la misma por un valor residual predeterminado o determinable”³.

El tomador, en el contrato de leasing sobre inmueble y durante el desarrollo de la etapa locativa, es como el locatario, un tenedor del bien (arts. 2352, 2461, 2462, inc. 1º, y 1493 y concs., Cód. Civil) y por lo tanto pasible de ser sujeto pasivo del delito de usurpación. Semejante situación se da con el dador, como poseedor del inmueble, pues es locador hasta un eventual ejercicio de la opción de compra por el tomador.

c) Obligación del dador de garantizar el uso y goce pacífico del inmueble

Entre las obligaciones de las partes, derivadas ahora de la aplicación subsidiaria de las normas sobre el contrato de locación, conforme lo dispone el art. 26 de la ley 25.248, tenemos, para el dador, la de garantizar el uso y goce pacífico del inmueble al tomador, tal como lo disponen los arts. 1515, 1517, 1522, 1526 y 1527 del Cód. Civil y para este último, la de poner en conocimiento del primero y en el más breve tiempo posible, toda usurpación o novedad dañosa a su derecho, como toda acción que se dirija sobre la propiedad, uso o goce de la cosa, bajo pena de responder de los daños y perjuicios y de ser privado de toda garantía por parte del dador, según se desprende de lo establecido por el art. 1530 del Cód. Civil.

² Abatti - Dibar, *El contrato de leasing, necesidad de su legislación en el derecho argentino*, EDLA, 1978, 993.

³ Abatti - Rocca (h.), *Régimen de leasing. Ley 25.248*, p. 58.

Como podemos observar, las consecuencias patrimoniales para el propietario de un inmueble usurpado que no lo ha dado en locación, leasing u otra forma onerosa, serán mucho menos graves que cuando no medien estos contratos, por las responsabilidades contractuales que sus obligaciones originan.

d) Obligación del tomador de notificar la usurpación

Por otra parte, el tomador del leasing, tiene la obligación impuesta derivada del mencionado art. 1530 del Cód. Civil de poner en conocimiento al dador, de toda usurpación en el más breve tiempo posible. La disposición de la norma en relación al “más breve tiempo posible” lleva a que el juez –en su caso– deba interpretar cada situación en particular, al no establecerse un plazo determinado, porque no es lo mismo que el tomador more o desarrolle sus labores diariamente en el inmueble que fue usurpado, a que lo utilice para recreo los fines de semana o veraneo, porque en estos últimos supuestos, obviamente podrá demorar un lapso mayor en enterarse y notificar en consecuencia al dador sobre la ocupación ilegal. Siempre y para su resguardo, es conveniente que el tomador practique la notificación por medio fehaciente.

3. Tomador y dador como sujetos pasivos del delito

El delito de usurpación afecta como sujeto pasivo, a más de aquel que tiene la posesión del inmueble, que es el dador, al tenedor, o sea a quien posee en nombre de otro, pero con derecho personal a tener la cosa, como el locatario, tal como lo dispone el art. 2462, inc. 1°, del Cód. Civil y por tanto extendiendo el concepto, también alcanza al tomador del leasing en la etapa locativa, que es un tenedor que reconoce al dador como poseedor, hasta el eventual momento de hacer uso de la opción de compra prevista en el art. 14 y materializada por el art. 16 de la ley 25.248.

4. Supuestos que alcanzan al tomador y al dador como damnificados

a) Bien jurídico protegido

En sentido amplio es el derecho de propiedad (art. 17, Const. nacional), que para el caso particular del tomador se circunscribe al ejercicio del derecho a la tenencia sobre el inmueble recibido en leasing, conforme a lo dispuesto por los arts. 2461 y 2462, inc. 1°, del Cód. Civil. Breglia Arias lo define como “el uso y goce pacífico de un bien inmueble por el hecho de la posesión, tenencia o cuasiposesión”⁴.

b) Despojo

La usurpación es un delito instantáneo de efectos permanentes, que se consuma cuando se despliegan los medios para cometer el despojo, que puede ser total o parcial, y se realiza por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad, según se desprende del art. 181 del Cód. Penal.

⁴ Breglia Arias - Gauna, *Código Penal y leyes complementarias*, t 2, p. 328 y ss.

c) Medios comisivos

El Código en primer lugar establece la violencia. Ésta puede ser tanto física como moral y recaer en el tomador o en el inmueble. Por ser un delito instantáneo, todos los actos posteriores al momento en que se materializa la pérdida o turbación de la posesión o tenencia serán atípicos. En segundo lugar, las amenazas. Deben ser lo suficientemente graves como para obtener el uso y goce del inmueble en forma material. Como tercer requisito, el engaño. En este caso, el sujeto activo debe desplegar los medios engañosos para inducir a error a la víctima. Pero si el primero obra “autoengañado”, no habría dolo y por tanto delito; tal cual ocurre en muchos casos de ocupaciones ilegales de inmuebles, cuando los ocupantes esgrimen contratos de locación o recibos, que luego resultan ser apócrifos, aunque en general ellos ingresan al inmueble luego que los organizadores de la usurpación materializan el despojo, por lo tanto, actúan “autoengañados” y por ello no cometen delito. Por tanto no pueden ser procesados y consecuentemente no serán desalojados por el juez penal. Desde luego que en la mayoría de los casos, esta estrategia se utiliza para prolongar la permanencia en el inmueble. En cuarto lugar, la ley establece el abuso de confianza. Esta especie de defraudación, que presupone una previa confianza entre las partes, tiende como medio comisivo del delito, a la intervención del título, que en los términos del art. 2458 del Cód. Civil, se da cuando el tenedor del inmueble a nombre del poseedor, manifiesta por actos exteriores la intención de privar al poseedor de disponer de él y cuando los actos producen ese efecto, tal como ocurre en los casos en que el locatario o comodatario pretenden constituirse en poseedores, configurando la conducta prevista en el art. 2455 del citado Código; el tenedor toma el inmueble con ánimo de poseer, habiendo previamente desposeído al poseedor legítimo. Y finalmente, la clandestinidad. Este medio comisivo fue incorporado por la ley 24.458, ante el auge de las ocupaciones subrepticias, perpetradas generalmente en horas nocturnas, con ocultación y aprovechando la ausencia de quien ejerce la posesión, cuasiposesión o tenencia del inmueble. Su prueba es mucho más dificultosa que la de los otros medios, porque los rastros de la violencia, por ejemplo la destrucción de cerraduras o cerrojos son relativamente sencillos de borrar. En cambio la clandestinidad siempre queda evidenciada, aunque se trate de esgrimir los remanidos contratos o recibos locativos falsos.

En relación a las diferencias entre el despojo por clandestinidad y el ejecutado mediante engaño. Console sostiene que en el engaño el sujeto pasivo participa intelectualmente en el hecho, porque es inducido a error por el agente, mientras que en la clandestinidad, el mismo sujeto pasivo ignora los hechos. También existe diferencia con el abuso de confianza, puesto que allí se requiere un acto de confianza, mediante el cual el sujeto pasivo entrega el inmueble al agente y éste se vale de ello para realizar el despojo. En el despojo clandestino no existe ninguna relación preexistente entre la víctima y el victimario⁵.

5. Legitimación activa

El tomador, como tenedor y el dador, como poseedor, se encuentran legitimados para formular la denuncia en sede penal por la usurpación del inmueble en lea-

⁵ Console, *Usurpación de inmuebles*, p. 88.

sing, conforme se desprende del art. 181 del Cód. Penal, por ser sujetos pasivos del delito. También ellos están legitimados para petitionar la restitución inmediata del inmueble, según lo dispuesto para su jurisdicción por el art. 238 *bis* del Cód. Proc. Penal de la Nación.

Existe una gran ventaja respecto del leasing sobre la locación, en lo referido a la prueba, porque el primero y como consecuencia de que debe otorgarse en escritura pública más su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, es oponible ante terceros (conf. arts. 8° y 9°, ley 25.248), en cambio los contratos locativos, no tiene posibilidad registral. La registración facilita la probanza en relación a la invocación de verosimilitud del derecho, exigida por el art. 238 *bis* del Cód. Proc. Penal de la Nación, conforme nos referiremos seguidamente y es muy difícil que el juez no ordene la restitución inmediata del inmueble al tomador, ante una prueba tan contundente.

6. Procedimiento especial de desalojo en el fuero penal (artículo 238 *bis*, Código Procesal Penal de la Nación) en relación al leasing inmobiliario

a) Requisitos

Este artículo impone que el damnificado por el delito de usurpación –en nuestro caso el tomador del leasing, que se encuentra usando y gozando del inmueble, como el dador, como poseedor–, puede solicitar, en cualquier estado del proceso y aun sin el dictado del auto de procesamiento, el inmediato reintegro de la tenencia del bien y el juez así podrá disponerlo provisoriamente, cuando el derecho invocado fuere verosímil y fijando una caución, de considerarlo necesario.

b) Caución

Es facultad del juez fijar una caución “si lo considerare necesario”. La norma no aclara el tipo de caución a ordenar, por lo que puede ser real, personal o juratoria, según el criterio personal del magistrado. La contracautela –como sabemos–, tiende a asegurar eventuales perjuicios que se pudieren irrogar a los supuestos usurpadores, si luego no resultaran tales y probaren algún derecho a la ocupación.

La caución, en caso de que el juez decida establecerla, deberá graduarse de acuerdo a la verosimilitud de derecho y circunstancias del caso, aplicando el principio de que a mayor certeza del derecho alegado, menor contracautela exigida.

c) Operatividad

Es de destacar que la ley autoriza al juez para reintegrar el inmueble en cualquier etapa del proceso, incluso sin haber dictado el auto de procesamiento, con lo cual se abrevia el lapso que habitualmente demanda al damnificado recuperar la finca. No olvidemos el habitual esquema defensivo o “chicanero” que emplean los usurpadores para desincriminar su conducta, mediante la presentación de contratos de locación, recibos u otros “documentos”, que luego resultan apócrifos, a fin de trastocar su calidad de victimarios a víctimas de un supuesto locador (inexistente)

que los engañó. Ante esta conducta, el damnificado puede invocar con ciertas posibilidades de éxito la clandestinidad como medio comisivo, con mayor ventaja que la violencia, pues en ésta sus signos son sumamente fáciles de hacer desaparecer.

d) Solución

Los inmuebles afectados al contrato de leasing, como tales, son pasibles de ser usurpados, como acontece con los entregados en locación. Dada la similitud entre ambos institutos, reforzada por la disposición del art. 26 de la ley 25.248, sobre que son de aplicación subsidiaria al leasing en su etapa locativa las normas de la locación, también serán aplicables al caso las disposiciones emanadas del art. 238 *bis* del Cód. Proc. Penal de la Nación. Es de esperar que esta norma sea aplicada con dinamismo por los jueces, brindando soluciones en plazo breves a las víctimas, porque la justicia lenta o administrada con lentitud, no es justicia.

El derecho y la economía son dos caras de una mismísima moneda y como el leasing es un instrumento fundamentalmente financiero, que amplía el horizonte possibilitando ventajosos negocios para las partes, necesita de un adecuado marco de seguridad jurídica, que la actual legislación tiende a brindar. Ahora sólo restará esperar que los jueces apliquen con sabiduría y celeridad este novedoso procedimiento de reintegro inmediato de inmuebles usurpados.

e) Ámbito federal y reforma

Es absolutamente imperioso que todas nuestras provincias incorporen a sus respectivos códigos rituales en materia penal, disposiciones como la del art. 238 *bis* del Cód. Proc. Penal de la Nación. Todavía nuestro vapuleado sistema federal, nos agobia con una carga enorme de legislaciones diferentes para, como en este caso, castigar la misma conducta criminosa o sin castigarla, “reponer las cosas en su lugar”. ¿No habrá llegado el momento, para el bienestar de todos los argentinos, sean porteños o del interior, de amalgamar la legislación formal, aunque para ello sea necesario el consenso constitucional de toda a ciudadanía?

Bibliografía

Abatti, Enrique L. - Dibar, Alberto R., *Contrato de leasing, necesidad de su legislación en el derecho argentino*, EDLA, 1978-993.

Abatti, Enrique L. - Rocca, Ival (h.), *1500 modelos de contratos, cláusulas e instrumentos. Comerciales, civiles, laborales, agrarios*, Bs. As., Abacacia, 2001.

Abatti, Enrique L. - Rocca, Ival (h.), *Breve comentario de las leyes de alquileres 21.342, 23.091 y 24.808. Nueva ley de leasing 25.248*, Bs. As., García Alonso, 2000.

Abatti, Enrique L. - Rocca, Ival (h.), *Leasing. Ley 25.248*, ADLA, boletín 2000-15.

Abatti, Enrique L. - Rocca, Ival (h.), *Régimen de leasing. Ley 25.248*, Bs. As., Astrea, 2001.

Abatti, Enrique L. - Rocca, Ival (h.), *Reintegro provisional inmediato del inmueble al propietario damnificado por usurpación* (art. 238 bis del Código Procesal Penal de la Nación), ADLA, 2000-E-5421.

Belluscio, Augusto C. (dir.) - Zannoni, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, t. 7, Bs. As., Astrea, 1998.

Breglia Arias, Omar - Gauna, Omar R., *Código Penal y leyes complementarias*, 3ª ed., Bs. As., Astrea, 1993; 4ª ed., 2001.

Console, José, *Usurpación de inmuebles*, Bs. As., La Rocca, 1997.

Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de derecho penal*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1995.

Gazzolo, Juan R., *Delito de usurpación*, Bs. As., 1995.

Kenny, Héctor E., *Proceso de desalojo*, Bs. As., Astrea, 2001.

Rocca, Ival - Griffi, Omar E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, leyes 22.434 y 17.454. Comentado y anotado con doctrina y jurisprudencia*, Bs. As., Plus Ultra, 1982.

Rocca, Ival - Abatti, Enrique L. - Rocca, Ival (h.), *Arrendamiento urbano especializado*, Bs. As., Bias Editora, 1985.

Rocca, Ival, *Contratos y procesos de la locación*, Bs. As., Fedye, 1977.

Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Bs. As., Tea, 1987.

© Editorial Astrea, 2001. Todos los derechos reservados.