Comodoro Rivadavia, de mayo de 2009.-

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"T., F. E. c/ H. C. S.A. s/ DESALOJO ANTICIPADO", Expte. N° 95/2008** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Ejecución N° 2, (Expte. N° 2845/2008), por haber interpuesto la actora, a fs. 36, recurso de apelación contra el decreto de fs. 35, por el cual se rechaza in límine la medida cautelar solicitada. Concedido el recurso en relación y con efecto suspensivo (fs.37) y habiendo expresado agravios (fs. 38/40), se elevan las actuaciones a estudio de la Alzada.

I. Critica la actora que se le haya exigido dar cumplimiento con los requisitos del art. 330 del CPr.

Se agravia con relación al rechazo de la medida, por considerar que el decisorio en crisis carece de fundamentación racional y jurídica y por no existir el silogismo necesario para considerarlo como un acto judicial válido.

Contrariamente a lo afirmado por el juez de grado, sostiene que no es una reiteración del incidente anterior, y si bien reconoce que presenta similares fundamentos, manifiesta que fueron agregados instrumentos públicos emanados de funcionarios de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia que acreditan que H. C. entró al terreno sin derecho.

Indica que por ser un proceso cautelar, es mutable, provisorio y flexible, lo que permite al Juez otorgar el aseguramiento de un derecho sea al inicio o durante el transcurso del proceso, o anticipar la jurisdicción ante situaciones fácticas que habiliten su procedencia.

Explica que sin perjuicio que las medidas cautelares estén vinculadas a un proceso principal, su procedencia no está supeditada a su resolución definitiva.

Considera cumplidos los requisitos del art. 680 del CPr. y solicita se revoque la resolución de fs. 35 y se ordene el desalojo anticipado.

II. De las constancias de la causa surge que el actor solicitó en los términos del art. 680 2do. párr. del CPr., el inmediato desalojo del lote N° 27, de la manzana 7 d, de esta ciudad, como incidente del proceso principal caratulado: "T. F. E. c/ H. C. S.A. s/ Desalojo" Expte. N° 2748/05.

Indicó que en la sentencia interlocutoria N° 151/2008 este tribunal señaló que para resolver la procedencia de la cuestión, era menester determinar la calidad de intruso del sujeto pasivo y que tal extremo se encuentra plenamente acreditado con los instrumentos públicos acompañados.

Manifiesta que H. C. ingresó sin derecho alguno, sin detentar título, ni autorización del Municipio, y ocupa parcialmente el lote 27 de la manzana 7 d, de esta ciudad, en carácter de intruso.

Afirmó que tanto el carácter de intruso de la demandada, como el suyo de poseedor legítimo, tienen un grado cercano a la certeza.

Reiteró los daños producidos por la intrusión, constituidos por la paralización de la construcción de 150 cocheras, que a la fecha no puede continuarse, generándole un lucro cesante –por no poder gozar de los alquileres de las mismas- y daño emergente -por el aumento de los costos de la construcción- además de estar corriendo el plazo fijado por el Municipio para la culminación de la obra.

Ofreció caución real para garantizar eventuales daños que pudieran producirse.

Corresponde dejar sentado que el proceso principal Expte. N° 16.955/2008 (en primera instancia N° 2748/05) se encuentra ante esta Alzada por haber sido apelada, por el demandado, la sentencia definitiva dictada, que hizo lugar al desalojo incoado con fundamento en que la demandada reconoció la propiedad en cabeza del Municipio y la actora probó los trámites administrativos seguidos ante el organismo que culminaron en la adjudicación.

III. La norma contenida en el art. 680 del CPr., invocada por el apelante en su escrito de promoción de demanda, autoriza al actor en juicio de desalojo contra intruso, a solicitar luego de trabada la litis, la medida cautelar tendiente a obtener la entrega inmediata del inmueble, cuando el derecho invocado sea verosímil.

Así, "la tutela anticipada no persigue como finalidad asegurar el objeto del proceso o la eficacia de la sentencia, función típicamente cautelar, sino adelantar total o parcialmente la pretensión contenida en la demanda cuando de la insatisfacción de tal pretensión urgente deriva un perjuicio irreparable." (CACCMPT de Mendoza, Sentencia interlocutoria del 28/11/2006, Publicado en el SAIJ, Sumario N°: U0013455) (en igual sentido: Fassi-Maurino, "Código Procesal Civil y Comercial" Ed. Astrea Bs. As.2005, T. 4, p. 607; id. Carbone "La ley 25.488 revoluciona el desalojo anticipatorio ..." JA, 2002-I-1173; Peyrano ED. 169-1345; Arazi-Rojas "Código Proc.." Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, T. III, p.340).

Tal como ha sido señalado anteriormente, el requisito esencial, que hace a la admisibilidad de la

entrega anticipada, es la verosimilitud del derecho invocado, sin perjuicio que pueda meritarse el peligro en la demora. Tal requisito debe analizarse con prudencia, por tratarse de una decisión excepcional; porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y configurar un anticipo favorable respecto del fallo final de la causa. (Cfme. S.I. N° 151/2008, Sala B).

"La verosimilitud del derecho debe ser entendida como la posibilidad de que éste exista, y no como una incontestable realidad que únicamente se podrá conocer al agotarse el trámite en el proceso principal." (CNCiv, Sala A, 24/10/90, LL, 1991-D-571, n° 7358, citado por Héctor E. Kenny en: "Proceso de desalojo", Ed. Astrea, 2001, p. 419).

No es en vano recordar que en el anterior pronunciamiento (S.I. N° 151/2008), el recurso de apelación fue rechazado por no haber sido satisfecho en el recaudo de la verosimilitud del derecho, por no haberse acreditado el carácter de intruso de la demandada.

En idéntico sentido se ha sostenido: "Corresponde denegar el lanzamiento peticionado en los términos del art. 680 bis del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación cuando, se encuentra controvertido el carácter de intrusos de los demandados desde que, ello impide tener por acreditada la verosimilitud del derecho requerida a efectos de la procedencia de la medida cautelar solicitada." (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 07/06/2007, Estructural S.A. c. Solís, Elisa, Publicado en La Ley Online), empero no es el caso de autos.

En el mencionado antecedente de este cuerpo (S.I. N° 151/2008) fue calificada la figura de intruso

como "aquel que no puede alegar a su favor una posesión, y cuando en su intromisión en el inmueble no medió conformidad del propietario o poseedor, obtuvo la cosa unilateralmente, sin derecho pero sin animus domini.", más de todo lo expuesto y de las constancias que surgen de los Exptes. N° 16.955/2008, 16.956/2008 y las obrantes a fs. 5/6 y 13 de las presentes actuaciones permiten concluir que el derecho invocado tiene apariencia de verdadero en grado suficiente para otorgarse.

Consecuentemente, corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 36, y revocar la decisión de fs. 35, debiendo en la instancia de origen, una vez remitidos estos actuados, hacer lugar a la presente demanda de desalojo anticipado.

IV. La Sra. Juez de Cámara, Dra. Graciela Mercedes García Blanco dijo:

En la sentencia interlocutoria N° 151/2008 (obrante a fs. 1/3vta.) dictada por este cuerpo se sostuvo que el carácter de intruso de la demandada no se encontraba debidamente satisfecho en el grado exigido para la medida cautelar que se solicitara.

De la documentación aportada por el actor, a los fines de una nueva reedición del presente, tampoco acredita de forma acabada dicha condición.

Es que la aplicación de la cautelar prevista en el art. 680 del CPr., debe ser restrictiva. A mayor abundamiento, corresponde observar que el apelante no especificó de manera concreta los perjuicios reales que le ocasiona la imposibilidad de continuar con la obra, ni la irreparabilidad de ella, sino que tan solo se limitó a mencionar en términos generales, que se ve obligado a detener las obras por la ocupación de la demandada. En este orden de ideas se ha dicho: "Los

requisitos para la procedencia de la medida cautelar innovativa exigen, aparte de la verosimilitud prima facie del derecho invocado, el peligro en la demora y la existencia de la contracautela. Un cuarto requisito de superlativa importancia a exigir, es el consistente en acreditar de manera fehaciente la irreparabilidad del daño que podría llegar a causarse, en caso de que la medida cautelar innovativa no prosperase" (CNCiv, Sala K, 31/12/96, LL 1999-C-770; DJ, 1992-2-645 y ED 177-770).

No alcanzando la crítica realizada por el recurrente a conmover los fundamentos de la decisión de grado, ni la ya adoptada por este cuerpo, toda vez que el presente proceso es una reiteración de su acordelado (Expte. N° 16.996/2008, en primera instancia N° 1524/2008), sin que hayan sido aportados nuevos elementos de prueba que permitan colegir que el estado vigente para definir la medida cautelar solicitada, ha sido modificado, y estando ausente la acreditación de peligro irremediable, corresponde confirmar la resolución en crisis y rechazar el recurso de apelación interpuesto.

V. Desde que el presente tramita inaudita parte, no corresponde imponer costas. No obstante, deben regularse los honorarios del profesional interviniente, teniendo en cuenta el resultado obtenido y la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada y las pautas de los arts. 6, 7, 33 y 47 del Dto. Ley 2200 y su modificatoria ley 4335.

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la disidencia de la Dra. Graciela Mercedes García Blanco,

R E S U E L V E :

1)Hacer lugar al recurso de apelación de la actora de fs. 35, debiendo en la instancia de origen hacer lugar a la presente demanda de desalojo anticipado.

2)No imponer costas. Regular los honorarios profesionales del Dr. C. S. K. en la suma de pesos quinientos ($ 500,00).

3)Regístrese, Notifíquese, y Devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2009.

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS