000416/2010

--- Trelew, de septiembre de 2.010.- ----------

--- **Y VISTOS**: La resolución de fs. 140/142, la apelación de fs. 145, su concesión de fs. 146 y el memorial de agravios de fs. 147/149vta; y ----------

--- **CONSIDERANDO**: ----------

--- **I.-** Que el juez "a quo" por la resolución de fs. 140/142 decidió desestimar el incidente de ocupación instado en los términos del art. 589 del C.P.C.C., imponer las costas por su orden y regular los honorarios a los profesionales intervinientes. ----------

--- Para resolver así, en lo pertinente, el magistrado de grado consideró que: a) las cuestiones que se susciten con motivo de la desocupación del inmueble subastado, se sustanciarán por el trámite de incidentes cuando la ilegitimidad de la ocupación resulte manifiesta o no requiera la dilucidación de controversias que por su naturaleza y complejidad deban, a criterio del juez, ser sometidas a otra clase de proceso; b) el ámbito de la vía incidental es limitado, no procede cuando el ocupante es el ejecutado y su familia y tampoco cuando en los edictos se consignó entre las condiciones de venta que está "ocupado" o en el "estado de ocupación que se encuentre"; c) en tales casos, afirma el juez "a quo", el adquirente deberá hacer valer sus derechos en un proceso independiente; d) para que el adquirente en subasta esté legitimado para solicitar la desocupación debe haber pagado el saldo de precio y recibido la tradición del bien si no se encuentra ocupado por terceros, si estos son tenedores por tradición simbólica, si son poseedores con ánimo de dueño, serán notificados de la adjudicación a los efectos a que hubiera lugar por derecho. ----------

--- Agrega el magistrado de grado que: e) de la causa principal agregada por cuerda no surge que se haya otorgado la posesión del inmueble al adquirente; f) esa tradición, simbólica al no poderse efectúa la tradición material por estar ocupado el inmueble, resulta necesaria para erigir al adquirente en propietario legitimado para propender la desocupación el mismo; g) la ocupación del inmueble no es ilegítima, prima facie, indica el magistrado, porque en la publicación de edictos se dejó constancia de la ocupación del inmueble por un tercero en calidad de propietario, quien al contestar el traslado del incidente acompañó documental para acreditar su derecho, y ello desborda el marco del presente incidente. ----------

--- **II.-** Contra esta decisión se alza el incidentista adquirente en subasta y, en sustancia, expresa los siguientes agravios (fs. 145, 147/149vta): a) no existen elementos que permitan sostener que la ocupación de la Sra. B. es legítima, no existe constancia, boleto, contrato o cualquier otro documento que permita sostenerlo; b) tampoco se ha revelado en autos la existencia de una controversia que por su naturaleza o complejidad requiera ser sometida a otra clase de proceso; c) la juez "a quo" no señala una sola controversia o circunstancia de las que se discuten que merezca ser evaluada, dice la recurrente, en un proceso de conocimiento más amplio; d) en este incidente se declaró la cuestión de puro derecho, y no resulta lógico ni acertado y sí dispendioso, expresa la

quejosa, la motorización de un posterior de conocimiento cuando no existe cuestión que deba ser sometida a prueba; e) considera el recurrente que la posesión simbólica del inmueble se transmite como consecuencia necesaria de la venta en subasta judicial y no resulta necesario ningún acto, con exclusión de aquellos para otorgar la posesión material pendiente; f) aprobado el remate y pagado el precio, dice el quejoso, se encuentra en la situación y derecho a la posesión que ostentaba el accionado, y no resulta necesario acudir a otra vía para obtener el desahucio de la ilegítima ocupante; g) considera un error del magistrado la afirmación de que la ocupación no es ilegítima, siendo una afirmación dogmática y arbitraria, por cuanto no encuentra sustento en ninguna constancia de autos; h) la afirmación del ocupante en los edictos no posee cualidades para transformar una ocupación ilegítima en legítima; i) no puede señalarse que ello ha quedado consolidado al contestarse el traslado del incidente ni puede afirmarse que se ha acompañado documental a los fines de acreditar su derecho. Sobre esta base solicita el recurrente la inmediata revocación del auto en crisis y que se haga lugar al desalojo, con costas. -------- **III.-** Así planteada la cuestión, corresponde rechazar el recurso. ---------- En el caso, conforme surge del incidente y del expediente agregado por cuerda, el adquirente en subasta persigue el desalojo del inmueble subastado, contra su ocupante, quien dice poseerlo con ánimo de propietario (fs. 2/3 de autos, mandamiento de constatación de fs. 90 del expediente principal). Los edictos de publicidad de la subasta hacen constar el estado de ocupación en cuestión (fs. 128, del principal), el incidentista resultó comprador en subasta (acta de fs. 131 del principal) y el pago del saldo de precio fue aprobado por resolución de fs. 153 (expediente principal). ---------- 1. La ley procesal local dispone que la venta judicial sólo queda perfeccionada cuando a) se aprueba el remate, b) se paga el precio o la parte que corresponde y c) se realiza la tradición del inmueble a favor del adquirente. Y, en rigor, no hay constancia en los expedientes de haberse efectuado tradición alguna. Ella, sin distinción, es un requisito expreso de admisibilidad y procedencia para el desahucio que se intenta contra los ocupantes por esta vía (doc. arts. 592 y 595, ley XIII nº 5; conf. FALCÓN, Enrique M., "Derecho procesal", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, T. II, p. 91; doc. art. 577, Código Civil; conf. LOPEZ MESA, Marcelo, "Código civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2007, T. I, p. 717). ---------- Así lo tiene dicho la jurisprudencia: "Quien afirma su calidad de propietario de un inmueble –en el caso adquirido en subasta pública–, demandando por desalojo a la persona que afirma ser poseedor, debe probar que tiene efectivamente aquella calidad, esto es, que alguna vez recibió la tradición del bien" (Cám. de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala I, 14/08/2001, "Polack, Bernardo y otros c/ Tavagnutti, Carlos A. y otros", LLBA, 2002-498). Ello implica que, no habiéndose efectivizado la tradición por el mandamiento de posesión, es prematura la promoción de un incidente de desalojo por quien aun no reúne la calidad exigida para ello según la ley

procesal local (art. 595, primer párrafo, ley XIII nº 5). O, dicho de otra manera, sólo estará legitimado para promover el incidente de desahucio el adquirente del bien en subasta pública que no ha podido materializar la tradición del mismo, toda vez que la posesión otorgada por el juez es suficiente para promover la cuestión si se pretende obtener el uso y goce pacífico (FENOCHIETTO, Carlos E. – ARAZI, Roland, "Código procesal civil y comercial de la Nación", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, T. 3, ps. 75 y 357). ----------

--- 2. A mayor fundamento, y sin perjuicio de lo anterior, también debe considerarse que, como lo tiene dicho la doctrina y la jurisprudencia, en tanto se efectuó la constatación del estado de ocupación del inmueble con anterioridad al remate (fs. 90 del principal) y la situación de quien afirma ser propietario fue debidamente publicada en los edictos del remate (fs. 128, del principal) –cuestión que, incluso, ha sido ratificado en la contestación del incidentado (fs. 130/131 de autos, ver documentación agregada y prueba ofrecida)–, es improcedente la vía del incidente de desalojo que se intenta (conf. HIGHTON, Elena I. – AREAN, Beatriz A., "Código procesal civil y comercial de la Nación", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, T. 11, p. 629). Así se ha dicho que "es inaplicable el art. 589 del Cód. Procesal, si el inmueble se vendió haciendo saber que estaba ocupado" (Cámara Nacional Comercial, Sala B, 17/02/2002, "Banco de la Ciudad de Buenos Aires c/ Delfino, Graciela y otro", JA, 2004-III, Síntesis, Nº57, p. 132). ----------

--- 3. Por último, considerando que se encuentra controvertida la alegada posesión "animus domini" de la incidentada –quien, precisamente, expresa que ejerce sobre el inmueble en cuestión una posesión pública, continua y pacífica por más de once años, que ha realizado actos posesorios (según prueba documental adjunta y el ofrecimiento de prueba informativa, ver fs. 130/131)– pero, a la par, no se ha acreditado que la misma sea deudora de una obligación exigible de restituir o que fuese intrusa manifiestamente ilegítima (doc. arts. 2356 y 2362, Código Civil; LOPEZ MESA, "Código civil", cit., T. III, p. 934), se vuelve evidente que tales cuestiones requieren una sustanciación que excede el limitado marco del incidente de desalojo previsto en el proceso ejecutivo (art. 595, ley XIII nº 5; conf. CS, 1977, "Basile, Nicolás c/ Dorado, Francisco", Fallos 297:510). ----------

--- Así lo tiene resuelto la jurisprudencia: si el tercero demuestra la verosimilitud de su pretenso "ius possidendi" o "ius possessionis", "toda controversia sobre el mejor derecho a la ocupación deberá postergarse para su dilucidación con la amplitud de debate que caracteriza al juicio ordinario o al proceso especial de desalojo" (conf. Cám. de Apelaciones Civil de Mar del Plata, Sala 2ª, 26/02/1998, "Fioriti Filomena Noemi c/ Chiariti Víctor y otra s/ Incidente de desocupación en autos Gispert s/ incidente Ejecución Honorarios", en JUBA, sum. B1402283). ----------

--- Por lo expuesto, debe confirmarse la resolución de fs. 140/142 en lo que ha sido objeto de agravios. ----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO

--- IV.- Las costas se impondrán al recurrente perdidoso (art. 70, ley XIII nº 5). En consecuencia, considerando la importancia y extensión de las labores desarrolladas por el incidente en la Alzada, carácter con que se actuó y el resultado obtenido, se regulan los honorarios del Dr. P. R. A. en 0,49% del monto del bien subastado (arts. 5, 6, 13, 32 y conc. de la ley XIII nº 4). ---------- Por ello, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew; **RESUELVE**: ----------

Confirmar la resolución de fs. 140/142 en lo que ha sido objeto de agravio. ----------

Imponer las costas a la recurrente. ----------

Regular los honorarios del Dr. P. R. A. en 0,49% del monto del bien subastado. ----------

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

----REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2010. SIE. CONSTE. ----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO