Comodoro Rivadavia, de noviembre de 2011.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: "**MUNICIPALIDAD DE COMODORO RIVADAVIA c/ INTRUSOS y/u CUALQUIER OCUPANTE s/ DESALOJO**" Expte. Nro. 388/2011, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Nro. 1, Secretaria Nro. 1 (Expte. Nro. 574/2010).

I.- Llegan las presentes actuaciones a esta Alzada en virtud del recurso de revocatoria con apelación en subsidio interpuesto a fs. 163/175 vta. por la actora, contra la resolución de fs. 159 que desestimó el pedido de nuevo lanzamiento y libró mandamiento de constatación para identificar con claridad y precisión la cantidad y tipo de construcción de las mejoras individualizadas en el mandamiento 2182/2010 así como la presencia de menores y en su caso vínculos y datos filiatorios. Intimó además al recurrente a identificar correctamente a los demandados.

Habiéndose desestimado la revocatoria a fs. 188 e interpuesto el recurso directo en los términos del art. 283 del CPr. según Ley XIII-5, fue concedida la apelación por esta Alzada en relación y con efecto suspensivo (fs. 210/213vta.).

En la fundamentación de su recurso (fs. 163/175vta.), entiende que la decisión del juez es incongruente, dilatoria, infundada y causa gravamen irreparable en cuanto afecta el debido proceso, el derecho de igualdad y de propiedad.

Relata que habiendo iniciado la presente acción con el fin de obtener el desalojo y retiro de mejoras enclavadas en el predio de propiedad fiscal solicitando el lanzamiento contra todo ocupante que se encuentre al

momento de realizar la diligencia en las manzanas ***, ***, ***, ***, *** y *** de la zona ** del Sector * del Barrio G. M. con fundamento en el art. 96 inc. 26 de la Carta Orgánica Municipal, art. 238 de la Constitución Provincial 2 y 79 de la Ordenanza Municipal Nro. 5907/96.

Señaló que por las características propias del relieve de la zona donde se asentaron los intrusos no resulta factible de ser urbanizada. Existe situación de extrema vulnerabilidad sanitaria y seguridad de las personas (ver el informe de la UNSJB).

Entiende que resulta injustificada la decisión del a quo de no ordenar la entrega del inmueble y requerir la identificación de los intrusos, pues tratándose de ocupaciones ilegales se producen de manera sorpresiva e inmediata. En el primer momento los ocupantes eran seis y cuanto mas se dilate el proceso más personas y construcciones habrá.

Notificar a todos los intrusos es incongruente porque los mismos no son estables y varían según los días. Indica que al haber sido individualizados los ocupantes intrusos en el momento de diligenciar la constatación ya fueron notificados del inicio de las actuaciones y de la decisión de la Municipalidad por lo que se reunieron las exigencias procedimentales para obtener la entrega.

Dice que el juez no ha dado motivos para denegar la medida solicitada. Considera que la disposición en crisis por la dilación que causa, concurre con la ilegitimidad de las ocupaciones permitiendo que continúen y avancen.

Recuerda que en el inicio de la acción se advirtió la existencia de una situación de extrema vulnerabilidad sanitaria y seguridad de las personas por la inestabilidad del cerro Hermite, la existencia de una boca de caño de un pozo petrolero, la presencia de cables de alta tensión que atraviesan el lugar.

Todos extremos que justifican el peligro en la demora para obtener el lanzamiento y entrega del inmueble.

Refiere al carácter cautelar que reviste la entrega anticipada prevista por el art. 692 del CPr., a la verosimilitud del derecho que invoca –dado por la propiedad fiscal de la tierra y la ilegitimidad de la entrada de

los ocupantes y su falta de título- y el reconocimiento por parte de los ocupantes del animus domini en cabeza del municipio. El peligro en la demora –dado por la situación de extrema vulnerabilidad sanitaria y seguridad de las personas por la inestabilidad del Cerro Hermitte, la existencia de una boca de caño de un pozo petrolero y la presencia de cables de alta tensión, que según los informes acompañados y la constatación efectuada, atraviesan el lugar-.

Por ello, demostrada la urgencia y necesidad del lanzamiento en protección de los mismos ocupantes ilegales, no comprende la finalidad de la medida ordenada. Afirma la improcedencia de librar un nuevo mandamiento de constatación por ser indebidamente dilatorio, arbitrario e incongruente.

Entiende que la presencia de niños en el momento de efectivizar el lanzamiento será garantizada con la intervención de los organismos sociales y la Asesoría Civil de Familia e Incapaces de ser necesario, por ello, la orden de buscar datos filiatorios es insostenible.

Quienes tomaron participación en autos, no han acreditado ni derecho ni autorización municipal para estar en dichos lotes fiscales, tal ilegitimidad no puede ser protegida.

Destaca que los ocupantes se niegan a ser identificados y que al iniciar la acción solicitó contra todo ocupante que se encuentre en el momento de realizar la diligencia.

Por ultimo considera que es inconsistente la intimación a denunciar nuevos ocupantes.

II.- De las constancias de la causa surge que frente a la comprobación de ocupación por parte de un grupo de particulares de las Manzanas ***, ***, ***, ***, *** y *** de la Zona ** y lotes del Sector * del Barrio G. M. y ante la negativa de los mismos a retirarse y/o identificarse, el Municipio inició acción a fin de que, con el auxilio de la fuerza pública, se logre el lanzamiento de todo ocupante que se encuentre al momento de realizar la diligencia y a obtener la inmediata entrega de los inmuebles de propiedad fiscal individualizados supra.

En la diligencia llevada a cabo el 17/9/10 (ver fs. 52/53), se constató la existencia de cinco ocupantes a quienes se les corrió traslado de la

acción (fs. 57), notificando a tres de los mismos (fs. 69/94) quienes contestaron la acción (ver fs. 95/100, 102/106 y 108/120).

Atento ello, con fundamento en el art. 692 2do. parr. del CPr, trabada la litis, solicitó el actor mandamiento de lanzamiento y entrega del inmueble libre de ocupantes, rezagos, materiales y/o cualquier indebida o precaria construcción.

El juez de primera instancia, no hizo lugar al nuevo lanzamiento solicitado y mandó a constatar e identificar las mejoras mencionadas en la diligencia del mandamiento 2182/2010; la existencia de menores sus datos filiatorios e intimó al actor a identificar a los demandados correctamente bajo apercibimiento de accionar únicamente contra las personas que han tomado participación.

Contra tal decisión, se alza la actora en los términos resumidos.

III.- La pretensión de desalojo regulada en el precepto aludido por el recurrente, esto es la entrega anticipada del inmueble en caso de acción dirigida contra intrusos, tiene la característica de una medida cautelar, pues constituye un anticipo a la garantía jurisdiccional otorgada en la sentencia definitiva. Por ello se exige acreditar que el derecho resulta verosímil y cumplir la caución por los eventuales daños que el desalojo pudiera ocasionar a los accionados.

Así, es un procedimiento preventivo que requiere la confirmación de una sentencia de mérito para su fijación definitiva y es la misma ley que permite su actuación en virtud de la naturaleza del derecho en juego, pues tiende al resguardo del bien y a la vez, a evitar que el tiempo que dura en juicio haga perder derechos al reclamante que no podrán ser recuperados, el peligro en la demora esta ínsito en la acción.

En doctrina, siguiendo a Peyrano, hay quienes ven el lanzamiento como una medida autosatisfactiva (A.J. Pano y Jose Maria Salgado “Locación, comodato y desalojo” p. 420) mientras que otros como una medida simplemente cautelar (Kielmanovich en LL 2002-D-1228 “La entrega anticipada del bien en el juicio de desalojo es una medida cautelar”).

Al tratarse de una medida cautelar, dentro de la provisoriedad que la caracteriza y sin que su concesión constituya un pronunciamiento definitivo, requiere la apreciación judicial de la simple verosimilitud del derecho alegado por el actor y el otorgamiento de garantía suficiente para el caso en que la medida pudiera causar perjuicio a la demandada (CNCiv, SaLa L, 16/2/96 lexis n° 10/2661; íd, Sala F, 11/9/97 LL 1998-B-6127 entre otros cit. por Beatriz Arean “Juicio de desalojo”, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2004, p.799).

Al respecto se señala que tratándose de una demanda contra intruso, corresponderá demostrar el actor su carácter de propietario o de titular de otro derecho real que le de derecho a reclamar la recuperación del inmueble; igualmente deberá acreditar la situación de hecho, es decir, la ocupación del inmueble por parte del demandado.

La primer exigencia legal para la procedencia de la medida cautelar que se trata es que el desalojo se funde en la causal de intrusión. Sabido es que el significado técnico del término intruso, está dado “por introducirse sin derecho o por la fuerza o via de hecho, o apoderarse de una cosa inmueble contra la voluntad de su dueño”.

En el caso, que el propietario del inmueble, la actora (ver fs. 7 y 58) no ha consentido la tenencia del predio por parte de los ocupantes (ver fs. informes de la guardia operativa de fs. 30 y constatación notarial de fs. 31/39, exposición policial de la inspectora de la dirección de hábitat de fs. 40, informe policial de fs. 41) sin que tal falta de anuencia por parte del Municipio se vea desvirtuada prima facie por las alegaciones que efectúan quienes citados a juicio contestaron demanda (ver fs. 95/99 Maximiliano J. Falcon Escobar, fs. 102/106 Johana A. Falcon Escobar y 113/117 Lucia E. Gonzalez Almiron) quienes refieren haber obtenido autorización de “un funcionario municipal” sin identificarlo ni ofrecer prueba tendiente a respaldar tal aserto.

Claro está que ante ello, el recaudo de estar “trabada la litis” se advierte cumplido respecto de quienes se individualizaron al momento de la constatación.

Una vez trabada la litis, será el juez quien, a tenor de la seriedad de la proposición del actor y la suficiencia o insuficiencia de la defensa esgrimida por el o los demandados, la solidez y sensatez de los planteos, debe conceder o no la medida a petición de parte, pues es el actor quien puede ejercer tal facultad desde ese momento y hasta la sentencia (cfme. Beatriz Arean, op cit, p. 791 y sgtes.)

Los extremos analizados, justifican la procedencia de la medida peticionada y denegada por el a quo.

Por el contrario no se advierte justificación alguna para disponer de una nueva constatación, pues la característica propia de la ocupación reside justamente en la mutabilidad de la misma, en el sentido que se suman nuevos ocupantes en tanto y en cuanto no se arbitren las medidas tendientes a evitarlo.

De hecho, en el caso, a tenor de las constataciones llevadas a cabo con posterioridad a la resolución cuestionada, surge nítidamente que la cantidad de ocupantes va en aumento al igual que las construcciones que se realizan.

Si a tal circunstancia se aduna, la falta de actividad jurisdiccional el peligro ínsito en la situación se agravará irremediablemente.

Pues siguiendo un criterio estricto, teniendo en cuenta que la verosimilitud del derecho debe tratarse de una fuerte probabilidad de existencia del derecho mas un plus de daño irreparable.

Y en el caso, se encuentra acreditado, también la existencia del peligro en la demora que implica la calificación de “no urbanizable” de la zona en cuestión, que da cuenta el informe elaborado por profesionales de la Universidad Nacional San Juan Bosco de fs. 10/29 informando sobre la posibilidad de deslizamientos respecto de la manzana *** y taludes en las manzanas *** y ***. Respecto de las restantes manzanas (***, *** y ***) la urbanización parecería viable con ciertas precauciones respecto de materiales, fundaciones y excavaciones.

Ello se considera decisivo para efectuar las evacuaciones del área, máxime si como el propio juez señala existen niños por cuya seguridad y

protección debe velar. Es del caso acotar, que la protección en primer lugar debe ser otorgada por quienes ostenta la patria potestad sobre los mismos, habiéndose acreditado en autos, que los niños de que se trata son hijos o sobrinos de quienes ocupan el lugar, mas no niños en situación de abandono o desamparo (fs. 94, 101 y 200 vta).

En cuanto a la caución que exige la norma como previa al despacho de la medida y por aplicación del art. 202 del CPr, la actora resulta eximida de la misma.

No resulta acertada la decisión de pretender la individualización de todo ocupante de la zona, pues la diligencia a realizarse, comprende y se extiende a todo ocupante que se encuentre en el lugar, sobre todo si se tiene en cuenta el peligro de urbanizar la zona al que nos hemos referido.

Tampoco puede fomentarse que se retrotraigan etapas válidas y recursos reñidos con la seriedad de la justicia, prolongando sine die el proceso por quienes ostenten una ocupación posterior a la constatación inicial, sobre todo, si como en el caso se trata de disponer una medida cautelar en que se hallan en juego la urgencia y el peligro en la demora.

Es que en autos, se advierte el interés público comprometido (seguridad –por la existencia de pozos de petroleo sin sellar, cables de alta tension-, salubridad e higiene –ante la falta de instalaciones y servicios sanitarios-), por encima del particular de los intrusos que impone a la actividad jurisdiccional adoptar las medidas necesarias respetando la urgencia del caso.

No es ocioso señalar, en cuanto el juez de primera instancia achaca a la actora la opción por la presente vía, que conforme el art. 238 de la Constitución Provincial, los municipios pueden imponer sanciones compatibles con la naturaleza de sus poderes, tales como multas, demolición de construcciones, secuestro, destrucción y decomiso de mercaderías.

Párrafo aparte merece la consideración de la forma y plazo en que habrá de hacerse efectiva la medida, respetándose los señalamientos efectuados a fs. 219/222 por la Sra. Asesora del Área de Defensa de derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Tal como lo reconoce la recurrente a fs. 34vta. de los

autos: “Municipalidad de Comodoro Rivadavia en autos: “Municipalidad de Comodoro Rivadavia c/Intrusos y/u ocupantes clandestinos s/Desalojo” Expte. N° 574/2010 s/ Recurso de Queja” Expte. N° 279/2011, se entiende necesario ampliar el plazo en que se deberá concretar la medida de lanzamiento, debiendo articularse las diligencias necesarias para que en la medida interactúen los Servicios de Protección de Derechos, Órganos de Acción Social del Municipio, Asesoría de Familia e Incapaces, y personal de Policía Comunitaria y/o de la Comisaría de la Mujer de la Policía de la Provincia del Chubut, a fin de evitar la eventual situación de calle en que pueden recaer los desalojados.

Teniendo en cuenta cómo se resuelve, la falta de controversia, lo cuestionado del caso bajo estudio, las costas serán impuestas por su orden, merituando la labor de los profesionales intervinientes, la naturaleza cautelar de la medida, el trabajo y resultado de la labor desempeñada, a los fines de la regulación de honorarios.

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

R E S U E L V E :

1) Hacer lugar al recurso de apelación en subsidio interpuesto a fs. 163/175 vta. por la actora, contra la resolución de fs. 159 y en consecuencia ordenar el lanzamiento de todo ocupante de las manzanas Nros. ***, ***, ***, ***, *** y *** de la zona ** del Sector * del Barrio G. M. en el plazo de treinta días de notificados.

2) Poner en conocimiento la presente medida al Servicio de Protección de Derechos, Asesoría de Familia e Incapaces, Asesoría del Área de Defensa de derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comisaría de la Mujer y/o Policía Comunitaria, conforme el considerando respectivo.

3) Imponer las costas del presente por su orden. Regulando los honorarios de los Dres. G. A. G. y S. G. M., conjuntamente, en la suma de dinero equivalente a DOS JUS.

4) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

La presente se firma por dos vocales de Cámara en razón de encontrarse en uso de licencia la Sra. Juez de Cámara Dra. Graciela Mercedes GARCIA BLANCO y

concordar en la solución del caso (art. 8 Ley V N° 17).-

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2011
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS