NEUQUEN, 10 de Abril del año 2018

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados **"CLUB SOCIAL Y CULTURAL ATLETICO NQN C/ VILLAR VIVIANA Y OTRO S/ INC. APELACION (E/A 508565/15)" (JNQCI2 23394/2015)** venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Fernando Marcelo **GHISINI** y Marcelo Juan **MEDORI,** con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Ghisini, dijo:**

I.- La parte actora a fs. 37/38 vta. interpone recurso de apelación en subsidio contra el auto de fs. 36, que rechaza la aplicación de lo dispuesto por el art. 680 bis del CPCyC, por entender que lo denunciado excede el marco del presente trámite.

En su memorial considera que la providencia cuestionada es arbitraria y sin motivación, al carecer de un mínimo considerando que dé fundamento a lo resuelto.

Expone, que la resolución rápida a través de lo que se llama “desocupación anticipada” es un derecho que tiene su parte, por lo que entiende que en autos al encontrarse cumplidos los extremos procesales corresponde hacer lugar a la medida solicitada.

Menciona, que para que proceda la desocupación el Código establece tres requisitos: 1.- Haber notificado la demanda, requisito que en autos se encuentra cumplido. 2.- Que el derecho invocado sea “verosímil”, que a su entender también estaría en función de que hay un reconocimiento expreso de las demandadas de no tener ningún derecho de propiedad o posesión del inmueble que implique otro tipo de acciones. 3.- Ofrecer caución suficiente para

cubrir los eventuales daños y perjuicios que se podría ocasionar al ocupante en el caso de que el pedido se haya hecho sin derecho. En relación a esto último, reitera el ofrecimiento de la cautela quedando la misma a criterio del juez de grado.

Indica, que el hecho nuevo denunciado a fs. 34/35, tiene por finalidad sustentar la necesidad de que el desalojo sea ordenado en forma inmediata, evitando con ello situaciones que se desmadren, pues debe tenerse en cuenta que afecta el normal funcionamiento de una institución deportiva, no habiendo requerido ninguna resolución con relación a éste hecho, sin demostrar una preocupante situación a la cual VS. no puede obviar.

A fs. 47 y vta., el Dr. ..., invocando el carácter de gestor procesal de la demandada Daiana Belen Villar, contesta el recurso y solicita su rechazo con costas.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, referida al planteo de la parte actora vinculado a la aplicación al caso concreto del art. 680 bis del Código Procesal, que consagra el desalojo anticipado que se promueven contra intrusos y que ésta desocupación inmediata se puede superponer en su contenido con el objeto de la sentencia que abordará el fondo de la cuestión, consideramos estas circunstancias deben evaluarse con mucha atención y prudencia.

Así pues, el desalojo anticipado consagrado en el art. 680 bis del CPCC, es una medida cautelar innovativa, que surge de su contenido: "**Entrega del inmueble al accionante**. En los casos que la acción de desalojo se dirija contra intruso, en cualquier estado del juicio después de trabada la litis y a pedido del actor, el

juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuere verosímil, y previa caución por los eventuales daños y perjuicios que se puedan irrogar (conforme Ley 2145)".

El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires contempla la situación bajo estudio en el artículo 676 bis, cuyo texto es igual a nuestro art. 680 bis, pero se aplica no sólo al intruso sino también al tenedor precario, pero la nota de color está dada en que el juez sólo ordenará la medida cuando de no decretarse la entrega inmediata del inmueble, pudieren derivarse graves perjuicios para el accionante.

Al respecto la Jurisprudencia ha dicho: "La "medida cautelar innovativa" del art. 676 bis del Cód. Procesal, consistente en la entrega del inmueble al accionante, fue regulada para evitar que durante el trámite del juicio se desbaraten los derechos del actor, no tanto por el temor de no poder recuperar la tenencia del inmueble –puesto que ello se halla asegurado con el uso de la fuerza pública- sino más bien por el riesgo de la irreparabilidad de los perjuicios que se podrían llegar a producir si el accionado no desocupa el bien cuya obligación de restituir le es exigible" (Cám. 1° Civ. y Com. Mar del Plata, Sala 2°, 15/4/1999, "Franco, Cándido c/ Blazscow, Ricardo y otra", LLBA, 1999-822).

"Como la cautela que otorga el art. 676 bis, conlleva la tutela judicial de un estado fáctico-jurídico, en aras de garantizar el goce eventual o futuro del inmueble sub causa, una vez reconocido o declarado judicialmente el derecho en que se apontoca la demanda, es que su apreciación debe primar un criterio riguroso, con la finalidad de evitar a través de la pretensión cautelar, se dirime virtualmente el objeto litigioso, sin contar –aún-

con elementos indubitables” (Cám. Civ. y Com. La Plata, Sala 1°, 28/11/1995, “Argüello, Margarita c/ Costa, María Elsa s/ Des”, Infojus: FA95014413).

“Dada la gravedad de la medida prevista en el art. 676 bis del CPC, la acreditación del peligro en la demora, al igual que la verosimilitud en el derecho, debe justificarse con elementos de convicción que, sin llegar a la exigencia de “prueba acabada”, permitan inferir los motivos por los cuales se hace imperioso que el accionante recupere la tenencia del bien. Es decir, lo suficiente como para que el tribunal advierta prima facie que si la entrega se demora para el final del juicio, ello podría producir un perjuicio de imposible o difícil reparación en aquel momento del pleito” (Cám. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala 2°, 20/06/2000, “Fiocco, Roberto Juan c/ Fernández, Américo Héctor s/ Incidente art. 250 CPC en autos Fiocco c/ Fernández s/ Desalojo”, Infojus: FA00011468).

Consecuentemente, para el otorgamiento de la medida consagrada en el art. 680 bis del Cód. Procesal debe resultar verosímil no solo la versión que nos brinda el accionante, sino que por tratarse de una medida que opera luego de trabada la Litis, también es importante contemplar el planteo de la parte accionada, ya que las posibilidades de progreso de la acción de desalojo también dependen de la seriedad de las defensas de ésta última en su responde.

Sobre la base de los lineamientos expuestos, observamos en primer lugar, que en la causa se encuentra controvertida la calidad de intruso que alega la actora como fundamento del desalojo anticipado, lo que exige que debamos tener una mirada más severa para establecer su configuración.

En efecto: a fs. 30/31 se presenta la Sra. Daiana Belén Villar, quién expresamente niega: ser ocupante sin causa ni contrato de la vivienda en la que vive y que es objeto de esta acción de desalojo; que la vivienda se le haya dado a su madre por cuestiones de humanidad; que su madre se haya comprometido a reintegrarla; que su padre haya fallecido y que sea procedente el desalojo.

En el relato de los hechos, la demandada expuso: “La realidad de los hechos es muy distinta a la planteada falsamente por la actora. La vivienda en cuestión nos fue otorgada como familia para su ocupación en el marco de una relación laboral que primero unió a mis padres con la actora, a partir del año 1999, y que luego, ante el abandono del hogar y del trabajo de mi padre, de una relación laboral conmigo. Desde el año 2003 fui contratada por la actora para efectuar tareas de sereno y vigilancia del predio y las instalaciones del club, principalmente de noche, y también efectuar tareas varias de mantenimiento ligero y cuidado de las instalaciones, según las órdenes que se me dieran...”

En función de los dichos de la demandada, existen hechos controvertidos que deberán ser objeto de comprobación. Máxime si se tiene en cuenta que “intruso”, strictu sensu, es aquel que entra a detentar el inmueble por un acto unilateral suyo y no por la entrega voluntaria de la cosa por quien tenía un derecho sobre ella. El intruso se encuentra en relación con la cosa sin ningún derecho originario ni regularmente conferido (conf. Autos: Rojas Emilio Luis y Muñoz Saturnina; En J: Perez Carlos Alberto C/ Luis Rojas y Ot. S/ Desalojo – Inconstit.- Ubicación: S262-122 Expte.: 55797. Mag.: KEMELMAJER DE CARLUCCI-ROMANO-MOYANO - SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - Circ.1 SALA 1 07/12/1995), lo que en autos se encuentra discutido.

Precisamente, de su relato de los hechos surge que ocupó la vivienda en función de una relación laboral.

Por otra parte, el desalojo anticipado que peticiona la actora tampoco resulta procedente, pues no ha acreditado debidamente cuáles son los perjuicios actuales o inminentes que se le producirían al continuar la accionada en la ocupación. Ello, porque el peligro en la demora no puede presumirse, ni basta la mera manifestación de la actora de la posibilidad de un daño para que sea aceptado como real.

De manera que el perjuicio no sólo debe ser grave, sino actual o inminente, no evitable sino mediante la referida medida cautelar.

En conclusión, al no darse prima facie los presupuestos que habilitarían la medida peticionada, se rechazara el recurso de apelación articulado por la parte actora contra el auto de fs. 36.

Por lo expuesto, cabe confirmar la providencia apelada, en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios, con costas de Alzada a la recurrente en atención a su condición de vencida.

El Dr. Medori, dijo:

I.- Que habré de disentir con el voto que antecede y, conforme los fundamentos sostenidos en el punto siguiente, propiciar que se haga lugar a la medida de desalojo anticipado de la demandada y todo otro ocupante de la casa individualizada con el nº1 -por ser la más cercana a la derecha del portón de ingreso principal del inmueble sito en Saavedra Nº 240 de Neuquén Capital; ello con expresa imposición en costas (arts. 68 y 69 del CPCyC).

A tal fin en la instancia de grado se estipulará la contracautela que se considere suficiente a cargo de la actora para responder por eventuales daños por haber solicitado la medida sin derecho (art. 199 CPCyC).

II.- Que en el caso y la materia traída a decisión, no se encuentra controvertido que la vivienda objeto de desalojo se halla dentro del inmueble sobre el que posee derechos y acciones el actor, Club Social y Cultural Atlético Neuquén, así como que se encuentra también reconocido que lo destina a su principal actividad, en la que intervienen entre otros, niñas/os, adolescentes y adultos por cuya seguridad psicofísica debe velar la entidad.

Que a su vez resulta de los informes del oficial notificador a fs. 20, 22 y 24 vta y 25 vta, que asistió en cuatro oportunidades antes de hallar a la demandada, la comprobación de que en el lugar residen otras personas, mientras ésta no se halla en tales horarios habituales.

Estimo procedente entonces dictar la medida pretendida por concurrir los presupuestos de los arts. 195 y 232 del CPCyC, equivalentes a los previstos para la anticipatoria que prevé el art. 680 bis del CPCyC, conforme resultar verosímil el derecho de la parte actora, no haberse evidenciado prueba objetiva de la celebración de un pacto por el cual se habría cedió el bien a la demandada, y fundamentalmente ante la certeza de que en el lugar existe el riesgo proveniente de la presencia de personas que accedieron, residen y se desplazan libremente por el lugar sin autorización expresa, y de que se generen perjuicios a otras que asisten por razones deportivas y culturales -ignorantes de esta situación conflictiva-, ante quienes el club concurre respondiendo patrimonial y humanamente.

Y los motivos expuestos indudablemente exceden el interés que puedan concitar las eventuales consecuencias del pretendido vínculo laboral, luego de haber admitido que se dejó transcurrir más de 12 años sin “reclamar la regularización” (fs. 30vta).

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con **la Dra. Patricia Clerici,** quien manifiesta:

Adhiero al voto del Dr. Fernando Ghisini, en tanto la medida requerida se asemeja más a un despacho anticipatorio que a una medida cautelar.

Silvina Scokin ilustra respecto de la controversia planteada en doctrina sobre la naturaleza jurídica del desalojo anticipado, y así explica que para Carlos Carbone los desalojos anticipatorios son verdaderos despachos interinales de fondo o medidas anticipatorias: decisiones judiciales no permanentes –puesto que no son sentencias- que guardan una relación endógena con el tema a decidir y una permanencia más estable en el tiempo que las medidas precautorias, de suyo siempre provisorias; en tanto que Mabel de los Santos también califica a esta medida como despacho anticipatorio, a la vez que destaca la irreparabilidad del perjuicio como recaudo de su procedencia (cfr. aut. cit., “El lanzamiento anticipado en el código procesal civil de Mendoza”, LL AR/DOC/4686/2011).

Si bien, como lo señalé, existe otra parte de la doctrina, como Jorge Kielmanovich, para quienes esta medida es de naturaleza estrictamente cautelar, posición que sigue la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, teniendo en cuenta que, como lo indica el voto al que adhiero, se confunde con el objeto de la pretensión principal, es que entiendo que se trata de una tutela anticipada.

Por ello, la irreparabilidad del perjuicio constituye un recaudo esencial para su procedencia. Y en autos, no se ha alegado cuál sería ese perjuicio irreparable para la actora, de no procederse a la inmediata desocupación del inmueble; perjuicio que tampoco encuentro claro si se advierte que se trataría de una ocupación de la vivienda de una antigüedad de más de doce años.

A lo que agrego que, conforme lo destaca el Dr. Ghisini, la demandada ha controvertido su calidad de intrusa; intrusión que, por otra parte no fue invocada en la demanda, la que califica a la accionada como ocupante sin contrato, sino con posterioridad.

Por todo ello, **la SALA III POR MAYORIA, RESUELVE:**

1.- Confirmar la providencia de fs. 36, en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la recurrente vencida (arts. 68 y 69 C.P.C.C.).

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori - Dra. Patricia Clerici
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA