000074/2013

Comodoro Rivadavia, de abril de 2013.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"C. DE A. P. Y OTROS SERVICIOS PUBLICOS RADA TILLY c/ N. E. E INTRUSOS s/ DESALOJO"**, Expte. N° 74/2013 venidos del Juzgado de Ejecución N° 2, Secretaria N° 4 (Expte. N° 264/2011).

I) Llegan las presentes actuaciones a esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la Sra. Asesora Civil de Familia e Incapaces incidentista, a fs.143 contra la resolución de fs. 142 que rechazó el incidente de nulidad del procedimiento que dedujera, con fundamento en la falta de intervención del Ministerio Pupilar en el presente proceso de desalojo en que existen dos niños ocupantes del inmueble ordenado desalojar.

A fs.145/147 se agravia porque el juez dio como único fundamento del rechazo, la falta de expresión del perjuicio sufrido por los niños involucrados o las defensas que no ha podido oponer. Indica que habiéndose constatado que los niños son ocupantes del inmueble, revisten calidad de demandados y por tal razón resulta aplicable el art. 59 del C.Civil que estable de modo expreso que la omisión de intervención del Asesor de Familia en representación promiscua de los niños acarrea la nulidad de todo lo actuado.

Invoca la CDN en cuanto establece la obligación estatal de dar al niño oportunidad de ser escuchado y la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana en cuanto estable que los niños deben considerarse objeto de protección integral. Cita jurisprudencia en el sentido que propone.

Destaca el mayor resguardo estatal a los derechos de los niños que proporciona el Asesor de Familia al ser parte necesaria y esencial en todos los procesos judiciales en los que interviene un niño.

Entiende que el juez de primera instancia, al advertir la existencia de niños ocupantes en el inmueble objeto del litigio debió otorgarle intervención a fin de la legalidad del procedimiento y también de ejercer la garantía del cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños realizando las gestiones pertinentes antes los organismos correspondientes.

Concluye que el perjuicio concreto sufrido consiste en la ausencia de participación y contralor durante el proceso, la actividad recursiva y retardo de la actividad extrajudicial de garante de los derechos.

Contesta los agravios la actora incidentada. En primer lugar señala la falta de agravios y la reiteración de los argumentos vertidos al promover el incidente de nulidad, sin demostrar errores del fallo en crisis.

Propone la inadmisibilidad del recurso por falta de agravio. Se pregunta cual es el concreto perjuicio puesto que la participación de la apelante tiene razon en la providencia por la que se le dio conocimiento del lanzamiento que se solicitó a fin de cumplir con la sentencia a fin que tome los recaudos que crea convenientes.

Destaca que no se trata de niños en situación de abandono o desamparo.

Efectúa consideraciones en torno a la dilación innecesaria que ocasiona las pretensiones de

la Sra. Asesora, relata la regularidad del procedimiento y la etapa de ejecución de sentencia y la inconveniencia e injustificación de retrotraer etapas válidas.

Según surge de las constancias de esta causa, promovido el desalojo por intrusión, se constato que en el inmueble referenciado viven el demandado, su esposa y dos hijos de 9 y 5 años respectivamente (fs. 31/32).

Notificados los demandados (fs.43/44) no contestaron demanda (fs.94/96) dictándose sentencia, haciendo lugar a la pretensión y ordenando el desalojo bajo apercibimiento de lanzamiento (fs.99/101 y notificada a fs.102/103 el 2/03/2012).

A fs.126 la actora solicitó se libre mandamiento de lanzamiento solicitando que se libren comunicaciones al Servicio de Protección de Derechos, Asesoria de Familia e Incapaces y Personal de Policia Comunitaria y/o de la Comisaria de la Mujer a fin de evitar una situación perjudicial para los ocupantes y personas que intervengan.

Frente a ello, el Sr. Juez de primera instancia, previo a librar el mandamiento solicitado, libró las comunicaciones solicitadas a fin que tomen conocimiento de la existencia de menores en el grupo familiar que sera desalojado y tomen los recaudos que crean convenientes.

Es así como la Sra. Asesora de Familia e Incapaces, se presento a fs. 138 y denunció la nulidad del procedimiento llevado a cabo sin su intervención conforme lo determina el art 59 del C.Civil. provocando la total indefensión de los niños ya que de haber intervenido podría haber interpuesto

las defensas legales correspondientes.

El Sr. Juez a quo rechazó in limine el incidente promovido por incumplimiento del recaudo exigido por el art. 174 del CPr., por cuanto la invocación y acreditación del perjuicio constituyen un presupuesto de admisibilidad, estando ausente la apuntada carga procesal.

Tal la resolución impugnada en los términos reseñados.

II.- A fin de resolver el recurso traido a consideración, vale señalar que es discutida en el ámbito civil, la cuestión relativa a la intervención o no del Defensor de Menores en Incapaces en causas de desalojos en caso de existir menores de edad habitando el inmueble en litigio.

A fin de dar solución al caso se recuerda que mas allá de la representación necesaria de los progenitores, los arts. 59 y 494 del C. Civil establecen que el Ministerio Público de Menores es parte legítima y esencial de todas aquellas cuestiones judiciales o extrajudiciales, de jurisdicción voluntaria y contenciosa que en forma directa o indirecta afecten intereses de los menores.

La función del Asesor, mas que la representación legal propiamente dicha –que es ejercida por el representante necesario- es de asistencia y contralor: vela por los intereses de los incapaces y controla la actuación de sus representantes legales" (Borda, Guillermo "Tratado de Derecho Civil" Parte General Ed. Abeledo Perrot, T. 1 p 427).

En este sentido se ha entendido la sanción de nulidad prevista por el art. 59 del Código Civil, respecto de lo actuado sin intervención del

Ministerio de Menores no tiene carácter automático, pues a tal fin es necesaria la existencia de un perjuicio concreto, sin cuya verificación, deviene inadmisible la articulación (Conf. CNCiv. Sala C 13/8/2002 elDial.com - AE1A55; íd. CNCiv. Sala J 24/8/2010)

Por otro lado, tal como lo ha venido sosteniendo este Tribunal, las nulidades procesales deben interpretarse restrictivamente, reservándoselas como última "ratio" frente a la existencia de una efectiva indefensión. Ello por cuanto, el proceso no es un rito solemne y frágil que se desmorona ante la primera infracción formal, debiendo limitarse la declaración de nulidad a aquellos supuestos en que el acto impugnado o viciado ocasione un perjuicio sin que cumpla su finalidad. Es que no debe soslayarse el carácter relativo de las nulidades procesales y la necesidad de obtener actos procesales firmes sobre los que pueda consolidarse el proceso (Fenochietto. Arazi, “Cod. Proc. Civil y Comercial” T. 1 p. 661 y 624; Maurino Alberto Luis, “Nulidades procesales” p. 28 y sus citas).

Y sabido es que quien alega la nulidad procesal debe mencionar expresamente las defensas que se ha visto privado de oponer, o que no ha podido ejercitar con la amplitud debida, pues toda sanción nulificatoria debe tener un fin práctico y no meramente teórico, no bastando una invocación genérica, sino que el interesado debe indicar cuál es el agravio que le causa el acto que considera irregularmente cumplido, es decir debe acreditar la existencia de un perjuicio cierto e irreparable, debiendo asimismo el impugnante individualizar y probar cuál es el interés jurídico que

se pretende satisfacer con la invalidez que propugna.

En tal sentido la jurisprudencia y la doctrina coinciden uniformemente (Maurino, "Nulidades Procesales", Ed. Astrea 1982, pág. 45/47; Rodríguez "Nulidades Procesales", pág. 113/117).

En este contexto, se advierte que el incidentista en su presentación de fs. 138/142 no ha cumplido con la carga del art. 172 del CPr. sin que la existencia de menores en las condiciones dada, justifique la excepción a tal regla legal.

Por ello, no basta la genérica invocación de un derecho, como el de la vivienda o alegar el interés superior del niño, si la Asesora no indica siquiera que la persona menor detente un derecho a la vivienda sobre la que se habría dispuesto el desalojo o que el grupo familiar vaya a quedar en situación de calle, situación en la que, por lo demás, puede recurrir a algunos de los mecanismos asistenciales que brinda la administración (cfr. TSJ de La Ciudad Autónoma de Buenos Aires Resolución 121/FG/2008, Voto del Sr. Juez Luis F. Lozano elDial.com - AQ1044).

Nótese que el planteo de nulidad carece de un sustento, pues no se acreditó la real afectación de los derechos cuya conculcación se invoca. No se detecta en la causa un perjuicio autónomo de los menores que no haya podido invocarse con miras a la protección de sus derechos, tampoco se invoca concretamente el mismo.

No se niega la calidad de sujetos de derecho de los menores, pero en el sub examine su suerte queda signada por la de sus padres en tanto difícilmente puede hablarse de un mejor o diferente

derecho de los mismos a ocupar el inmueble del que se pretende el desalojo, que aquel que en el trámite de la causa puedan acreditar sus progenitores (Conf. Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Sala II, 24/10/2001 elDial.com - BG428).

Se hace más patente lo afirmado si se tiene en cuenta que el padre demandado desistió del recurso que interpusiera contra la sentencia que ordena el desalojo (ver fs. 104, 105,112 y 113).

Se advierte así como la decisión del juez resulta acertada debiendo confirmarse por incumplimiento del presupuesto señalado.

Claro, que los niños involucrados y cuya representación promiscua ejerce la apelante, tienen un interés indiscutible en el resultado, por cuanto al habitar el inmueble eventualmente podrian verse privados de vivienda, por ello resulta acertada la decisión del Sr. Juez de poner en conocimiento de la Sra. Asesora de Familia la existencia del juicio y la sentencia dictada a fin de facilitar la labor de ese Ministerio en aras de verificar la necesidad de recurrir al auxilio de un programa social o de apoyo y efectuar las gestiones necesarias, para que se adopten las medidas que se estimen oportunas para garantizar la tutela y defensa de los derechos de los niños, pues en tal cuestión adquiere relevancia la autonomía de los niños como sujetos amparados por la Constitución en el caso de decidir una reubicación habitacional de la familia, todo lo cual queda supeditado a lo que en definitiva suceda en el marco del lanzamiento dispuesto (conf. criterio sustentado por esta Sala en S. I. 202/2011 del 17/11/2011).

En consecuencia, por los fundamentos dados, se rechaza el recurso de apelación interpuesto y se confirma la decisión de fs.142.

III.- Las costas de esta instancia, no existiendo razones para apartarse del principio objetivo de la derrota, se imponen a la apelante vencida (arts. 68 y 69 del C.P.C.Ch.). Atento lo dispuesto por el art. 46 Ley XIII- 4 y 15 DJPCh debe efectuarse la regulación de honorarios por los trabajos realizados por los letrados actuantes, a cuyos efectos se tendrá en cuenta el resultado obtenido y la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada, siempre dentro de los porcentuales previstos por el art. 13 y mínimos del art. 7 de la mencionada ley.

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

RESUELVE:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs.143.

2) Costas de esta instancia a la recurrente vencida. Regulándose los honorarios profesionales de los Dres. S. M. y P. H. C. en la suma de pesos equivalente a tres (3) jus y los de la Dra. V. A. R. en la suma de pesos equivalente a dos (2) jus.

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2013

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS