000364/2016

En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de febrero del año dos mil diecisiete, reunida en acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, y asistencia de la Sra. jueza de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"MUNICIPALIDAD DE COMODORO RIVADAVIA c/ G., T. y F., N. F. s/ DESALOJO", expte. nro. 364/2016,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Ejecución N° 2, Secretaría N° 3 (expte. nro. 3689/2015), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 178), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y Graciela Mercedes García Blanco.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 53/54 vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación que contra la sentencia de grado interpusieran los demandados (fs. 55, agravios fs. 161/163). Corrido el traslado de ley, fue contestado por la parte actora (fs. 166/167 vta.).

I. Antecedentes

En breve síntesis, diré que la actora Municipalidad de Comodoro Rivadavia promovió formal demanda de

desalojo contra la Sra. T. G. y/o el Sr. N. F. y/o quien resulte ocupante del espacio físico identificado como parcela 09 de la Manzana D del Barrio H. B. de Comodoro Rivadavia (Circ. 1, Sector 20, Ejido 6) identificación catastral conforme proyecto de mensura con fraccionamiento y redistribución emitido por el Agr. J. A. C. en Expte. 750-C-12 de la Dirección General de Catastro del Municipio local, a efectos de que se ordene su lanzamiento y la restitución del mismo, en su carácter de propietaria. Ofreció prueba. Corrido el traslado de rigor, se presentaron los demandados a contestar la acción impetrada en su contra. Habiéndolo hecho en forma extemporánea se les dio por decaído el derecho que no ejercitaran en tiempo oportuno. Pasaron los autos a resolver.

La sentencia de grado hizo lugar a la demanda de desalojo promovida por la actora, Municipalidad de Comodoro Rivadavia, y condenó a los demandados T. G. y N. F. F., y a cualquier otra persona que resulte ocupante, a desalojar el inmueble identificado como parcela 09 de la manzana D, Barrio H. B. de esta ciudad (Circ. 1, Sector 20, Ejido 6), en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de la sentencia, bajo apercibimiento de lanzamiento por la fuerza pública. Imponer las costas del proceso a la demandada vencida. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

II. Análisis de los agravios

Contra el decisorio se alzó el demandado. Expresó agravios en relación con la privación de la vivienda, la violación del principio de igualdad, y la imposibilidad de demostración de los hechos.

Adentrándome en el tratamiento de la cuestión traída a mi análisis, no resulta ocioso recordar que no es preciso que el Tribunal considere todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, ni en el orden en que son propuestos, bastando que se lo haga únicamente respecto de aquellos que resulten esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo de la causa. Tal como lo ha establecido el más alto tribunal federal, los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (CSJN, Fallos, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros).

Así, resulta que el actor Municipalidad de Comodoro Rivadavia promovió acción de desalojo, manifestando que en oportunidad, constató la usurpación de lote objeto de la acción por parte de los demandados. Relató que inicialmente había sido adjudicado a un vecino de apellido Mercado, quien tiempo después lo restituyó al Municipio, y al intentar reubicar otro vecino, discapacitado y carenciado, en el mismo, verificó la ocupación clandestina mencionada. Ante ello intimó en varias oportunidades a los intrusos para que desocuparan el inmueble con resultado negativo, razón por la que se vio obligado a instar el proceso judicial.

Lo cierto es que, corrido el traslado de la demanda impetrada, y notificados debidamente los accionados (fs. 18/19 y 21/22), no hicieron uso del derecho que la ley les acuerda en el plazo previsto en el ordenamiento, presentándose a contestar la demanda en forma extemporánea, razón por la que se dispuso el desglose y devolución del escrito presentado a tal fin, así como

la pérdida del derecho cuyo ejercicio no fue realizado en tiempo y forma. El sentenciante tuvo en cuenta los argumentos y prueba de la actora en la oportunidad de dictar sentencia y resolvió ordenando el desalojo, lo que dio lugar a la queja de los demandados ante esta Alzada.

Ahora bien, corresponde inicialmente atender a la suficiencia el recurso interpuesto a tenor de la letra del artículo 268 del Código Procesal Civil y Comercial (texto según Ley XIII N° 5) el que dispone que: "El escrito de expresión de agravios debe contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas…".

Que tal exigencia en relación con el contenido de la impugnación del fallo venido en apelación no es caprichosa o importa un simple formalismo sino que "requiere un análisis serio que demuestre, de manera apropiada, que aquél es erróneo o contrario a derecho, y a tal fin se debe indicar las deficiencias atribuidas al fallo" (conf. Fassi Yáñez, "Código Procesal Civil y Comercial", t. 2, p. 483; Cámara Apel. Civ. Com. Fed., Sala II, causa 7628/99 del 26-4-00).

Agrego desde esta óptica que la doctrina entiende que "el ataque en la expresión de agravios va a variar si se pretende ir por vía de apelación o por vía de nulidad. En la vía de apelación (impugnación por errores in iudicando), la fundamentación del memorial trata uno de dos temas o ambos: o demuestra que la fijación de los hechos ha sido errada (tanto porque la elaboración de la consideración probatoria es falsa, porque es incompleta, porque se han omitido considerar medios esenciales, etc.) o que la subsunción jurídica es

incorrecta (ya sea porque no son de aplicación las normas previstas o el alcance es distintos, etc.)” (ver Falcón E, t. II, pág. 424, ed. Abeledo- Perrot-988).

Ello, sin dejar de señalar que las simples manifestaciones y disconformidades de la apelante no constituyen una crítica concreta y razonada de la sentencia, sino un mero disenso respecto de su propia posición, que considera la apelante debe seguirse. Destaco que la apelación no es un nuevo juicio, sino que implica la revisión de la sentencia impugnada, con las limitaciones que ello impone, en resguardo del principio *tantum devolutum quantum appellatum.*

Debe destacarse a esa hora que francamente no se entiende el cuestionamiento del demandado cuando en debida forma le fue corrido el traslado de la acción. Y reitero, no contestó la demanda. Es decir, si la propia torpeza que revela su accionar en el proceso tuvo incidencia directa en su resultado, no es admisible la pretensión enroscada en un galimatías que en realidad intenta desviar la atención de la cuestión principal y lejos queda de constituir una verdadera crítica razonada del fallo, evidenciando a las claras un mero disconformismo con la sentencia en crisis.

Pongo de resalto, sobre ese piso de marcha que, habilitar la instancia de apelación importa una responsabilidad que debe ser exteriorizada en el marco del libelo por el que se pretende se modifique una sentencia judicial, y ello se verifica incorporando al memorial argumentos válidos jurídicamente que se orienten en tal sentido y que permitan a la Alzada acoger aquella pretensión o bien rechazarla detallando el yerro de la impugnación.

No dejo de tener presente, más allá de lo expresado, que existen circunstancias que admiten la flexibilización en la admisión del recurso, en la aplicación de un criterio amplio, y siempre que aquellas se presenten debe procurarse su tratamiento, más es claro, por lo que más arriba expusiera que el caso particular no habilita la excepción, razón por la que propondré su total deserción.

Sin perjuicio de lo resuelto en la faz procesal, y aunque mal puede venir ahora la recurrente a decir que no se respetaron normas de rango supralegal, o derechos que le asistan, o pretender escudarse en la existencia de menores, la que surge en concreto de su propia manifestación obrante en el cuerpo de la cédula que oportunamente fuera librada para notificarle la acción impetrada en su contra, cierto es que aquella eventual realidad no puede desconocerse y corresponde atender el superior interés de los niños, niñas y/o adolescentes que pudieran verse involucrados, reconocido ese interés expresamente en tratados internacionales incorporados a nuestra Carta Magna y normas internas dictadas en consecuencia. En el caso, el respeto por dicho interés implica que esos sujetos vulnerables no pueden verse privados del acceso a una vivienda la que, obviamente, debe serles proporcionada, en primer término, por sus padres y demás obligados alimentarios y, ante la imposibilidad de éstos de garantizarles tal derecho, recurrir a las autoridades administrativas competentes. Por ello, se ordenará que el señor juez de grado ponga en conocimiento del Ministerio Público Pupilar, a los fines antes señalados, la sentencia que ordena el desalojo del inmueble en el que habitan personas menores

de edad, sin dar curso a la ejecución de lo allí decidido hasta tanto no se haya cumplido el plazo que al efecto deberá establecerse, a fin de que se adopten las medidas que se estimen oportunas para garantizar la tutela y defensa de los derechos de los niños a contar con una vivienda acorde a sus necesidades.

Resta resolver lo atinente a las costas de esta Alzada, las que propondré sean impuestas a la demandada vencida por el principio general de la derrota. Difiero la regulación de los honorarios profesionales para el momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

1) Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la demandada, y en consecuencia confirmar en todas sus partes el fallo venido en apelación.

2) Ordenar al señor juez de grado ponga en conocimiento del Ministerio Público Pupilar la sentencia de desalojo a fin de salvaguardar los derechos de los NNA según considerando respectivo.

3) Las costas de la Alzada se imponen a la demandada vencida por el principio objetivo de la derrota (art. 69 CPCCCH.).

4) Diferir la regulación de honorarios para el momento del Acuerdo.

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

La sentencia definitiva nro.978/2016 del Juzgado de Ejecución nro.2 de la jurisdicción dispuso, hacer lugar a la demanda promovida por la Municipalidad de Comodoro Rivadavia y condenó a los demandados T. G. y N. F. F. y a cualquier otro ocupante a desalojar el inmueble identificado como parcela 9 de la Mzna. D

barrio H. B. (circ.1, sector 20, ejido 6) de la ciudad en diez días a partir de la notificación. Impuso las costas a la parte vencida y reguló los honorarios de los profesionales actuantes.(fs.54/54vta.).

Fue apelada por la parte demandada a fs.55. A fs.161/163 se agregó el memorial de agravios.

En el escrito de arribo a esta Alzada sostienen los quejosos que se los priva arbitrariamente de la vivienda y alegan la protección de normas contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, dicen que el municipio viola el principio de igualdad porque son desalojados para colocar en dicha vivienda a otra persona. Agregan como ultimo agravio que no fueron oídos, sosteniendo que no puede ser la única oportunidad de ofrecer prueba la contestación de la demanda. La sentencia no probó la precariedad de la posesión. Fue considerado directamente in limine la contestación de la demanda extemporánea sin posibilidad de valorar pruebas.

Contesta los agravios la parte actora, sosteniendo que la alegada privación de la vivienda, son apreciaciones subjetivas de los apelantes, el acceso a la tierra fiscal esta reglamentado, ordenanza sobre la cual no planteo la inconstitucionalidad. No existió pedido de lote como hacen otras familias.

En cuanto a la violación al principio de igualdad, no es tal, porque desconoce la normativa en materia de tierras fiscales, hace mención que en las ordenanzas vigentes (10.417/12) el municipio no puede acordar tierras a quienes fueron usurpadores.

En cuanto al derecho a ser oído, es una consecuencia de su propio proceder, su propia torpeza.

Análisis

Ha de señalarse que el hecho nuevo invocado al expresar agravios fue rechazado por sentencia interlocutoria nro. 145/2016 (fs.170/172), en dicha oportunidad se estableció que la introducción del tema no guarda relación con las pretensiones alegadas en los escritos introductorios.

Dijo la doctrina que "la pretensión de desalojo, como toda pretensión que se formule, no es por su naturaleza un derecho en si misma, sino un acto procesal por el cual se reclama la recuperación invocando un derecho a la restitución" (Héctor Eduardo Kenny "Proceso de desalojo"ed.Astrea-2001 pag.3).

"… en el sistema dispositivo que informa al proceso civil predomina el señorío de la voluntad de las partes pues son estas quienes fijan y determinan el objeto litigioso y aportan el material de conocimiento. El órgano jurisdiccional queda así vinculado por los límites del thema decidendum los cuales no pueden ser excedidos desde que son los justiciables los que precisan los hechos que deben ser materia de juzgamiento derivándose como consecuencia de ello el principio de congruencia al cual deben ajustarse en su cometido los jueces" (art. 34 inc. 4 y 163 inc. 6 del Código Procesal (Díaz, Instituciones del Derecho Procesal, vol. I, p. 341, núm. 17).

Dichas directivas no son ajenas al procedimiento de la segunda instancia, desde que también son las partes las que a través de la expresión de agravios, conocida como demanda de apelación delimitan la potestad decisoria de la alzada (art. 262 y 275 del Código Procesal).

Los fundamentos del decisorio se asientan en lo prescripto por art.359 inc. 1ro. del código de rito, tuvo por ciertos los hechos lícitos del escrito de demanda ante la incomparencia de los demandados.

Aplicó el juez de grado la sanción prevista en el art.359 inc. 1 del CPr., y observo que la parte demandada incompareció además, en los estadios procesales que pudieron haber revertido su situación, perdiendo en consecuencia su derecho a resistir el objeto de la demanda y pretende en esta instancia introducir cuestiones que resultan extemporáneas y por lo tanto inadmisibles. A esta altura recuerdo la enseñanza de Goldschmidt con relación a la conducta omisiva en el proceso y en particular a la carga procesal concebida como un imperativo del propio interés, al señalar como principio: "la ocasión obliga o, más bien, impone una carga y la más grave culpa contra sí mismo es dejar pasar la ocasión" ("Teoría General del proceso", pg.84 cita Fenochietto, Eduardo "Código Procesal…", t.2 pg.404- Ed.Astrea-99).

No existe en el memorial bajo examen, un crítica sobre el objeto litigioso y la resolución dispuesta que habilite a esta Alzada a la revisión, mas la sola expresión de desacuerdo de los apelantes, lo que necesariamente lleva su deserción por carencia de critica concreta y razonada, y como he señalado en otras oportunidades siguiendo la doctrina incólume, intacta del STJ Pcial. sobre el contenido de la expresión de agravios que esta es el acto procesal mediante el cual el recurrente fundamenta la apelación refutando total o parcialmente las conclusiones establecidas en la sentencia. Por sus alcances importa una demanda

tendiente a obtener la apertura de una instancia, pues sin ese memorial, el Tribunal se encuentra imposibilitado de entrar a verificar la justicia o la injusticia de la sentencia apelada y como su objeto lo constituye el ataque a la decisión del juez, la doctrina la denomina "demanda de impugnación".

"...No se advierte en el escrito ninguna crítica pormenorizada de los fundamentos del fallo, la mínima suficiencia técnica sobre los eventuales errores de la sentencia. Brilla por su ausencia la refutación de los argumentos de hecho y de derecho considerados por el A quo para arribar a la resolución recurrida, y de nada permite a este Tribunal siquiera comenzar a dilucidar acerca de la presencia de un error de omisión en el fallo" (Dr. Royer Sent.Def.01/2005).

Siendo insuficientes los planteos intentados, considero aplicable en la especie lo dispuesto en el art.268 del ritual y declarar la deserción del recurso, con imposición de las costas de esta Alzada.

En cumplimiento del mandato legal del régimen procedimental vigente en nuestra provincia, llevo necesariamente a la decisión precedente.

No obstante ello, y compartiendo lo expuesto por el primer votante respecto de surgir de autos la existencia de niños entre las personas a desalojar, tengo en cuenta los distintos acuerdos internacionales suscriptos por nuestro país, en particular las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del niño, y antecedentes de este Tribunal en sentencias interlocutorias nros.202/2011 y sent. Int.60/2013, por tal motivo adhiero a lo dispuesto por el Dr. Hayes en su voto.

Por coincidir con el Dr. Hayes doy por reproducida la formula postulatoria.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la demandada, y en consecuencia confirmar en todas sus partes el fallo venido en apelación.

2) Ordenar al señor juez de grado ponga en conocimiento del Ministerio Público Pupilar la sentencia de desalojo a fin de salvaguardar los derechos de los NNA según considerando respectivo.

3) Las costas de la Alzada se imponen a la demandada vencida por el principio objetivo de la derrota (art. 69 CPCCCH.).

4) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada a los Dres. I. A. V., M. F. M. y G. A. G., conjuntamente en un treinta por ciento (30%), y los de las Dras. L. S. C. y M. M. A. en un veinticinco por ciento (25%) porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado por sus

labores en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse vacante un cargo de juez de Cámara y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5DJ, Anexo A).

GRACIELA MERCEDES GARCIA BLANCO **RICARDO RUBEN ENRIQUE HAYES**

Juez de Cámara **Presidente**

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2017 DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"