

_____ Salta, 09 de marzo de 2018. _____

_____ Y VISTOS: Estos autos caratulados: "B. S., M. A. vs. CH., N. V. POR RESCISIÓN O RESOLUCIÓN DE CONTRATO" - Expediente N° 579036/17 del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial 11ª Nominación (**EXP - 579036/17 de Sala II**) y, _____

_____ C O N S I D E R A N D O: _____

_____ 1º) Vienen los autos a la Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto en subsidio a fojas 59/60 por la señora N. V. Ch. con el patrocinio letrado de la Defensora Oficial Civil N° 8, Interina N° 6, doctora Rosana Sangari, en contra de la providencia de fojas 58 que no hizo lugar al pedido de que se de intervención al Asesor de Incapaces. Dicha providencia fue confirmada mediante decisión de fojas 62/64. _____

_____ Para sostener el rechazo de la revocatoria, el señor Juez *a quo* consideró que en autos no se encuentra en tela de juicio el derecho a la vivienda del que gozan los niños que habitarían el inmueble objeto del acto jurídico cuya rescisión se pretende y que ellos no fueron parte del contrato de compraventa ni son demandados en autos. Señaló que la mera invocación genérica y unilateral de la existencia de menores no justifica la intervención del Ministerio público Pupilar, máxime en el estadio inicial del proceso. Señala que el fundamento esgrimido para solicitar la intervención del funcionario guarda relación más bien con la etapa de ejecución de una eventual sentencia de condena y que resulta prematuro prever ese desenlace a esta altura del trámite en la que recién se trabó la litis. Finalmente refiere que, en caso de prosperar la demanda y de constatarse que efectivamente se encuentran menores de edad residiendo en el inmueble objeto de litis, recién debe darse intervención al asesor de menores al sólo efecto de que adopte las medidas tendientes a velar para que los niños y adolescentes que pudieran verse afectados por la secuela del juicio no se vean privados de su derecho a la vivienda, la que debe ser proporcionada primeramente, por sus padres, y demás obligados alimentarios y sólo subsidiariamente en caso de imposibilidad de éstos, por el Estado. _____

_____ En el memorial de agravios de fojas 65/66, la apelante califica de errónea, injusta y contraria a derecho la resolución apelada y sostiene que ella le ocasiona un gravamen irreparable. Señala que en caso de dictarse sentencia acogiendo la demanda de resolución contractual ésta se hará efectiva contra todos los que residen en el inmueble, aún cuando no sean parte demandada o no se hayan presentado en el juicio, y en consecuencia los menores de edad, nietos de la actora, serán privados de su única vivienda familiar. Agrega que posponer la intervención del Ministerio Pupilar a la etapa de ejecución de sentencia contradice la función que regula el artículo 103 del Código Civil y Comercial ya que su intervención por vía de la representación complementaria debe ser considerada como la actuación de un órgano jurisdiccional llamado a asegurar la justicia de las resoluciones judiciales y a perfeccionar la defensa de los incapaces. _____

_____ Refiere que la misión tutelar se cumple con la pertinente intervención en los juicios en que los menores estén involucrados a los efectos de que sus intereses encuentren debido resguardo, sin que sea necesario que sean parte en sentido procesal como lo sostiene el proveyente. Asevera que esta representación consiste en que obrando a favor de sus intereses concurre con su dictamen en todo litigio en que el niño esté involucrado y controla la actuación judicial o extrajudicial de sus representantes necesarios, cumpliendo una función de asistencia y control de la legalidad. _____

_____ Corrido el traslado, a fojas 75 contesta el doctor Martín Fleming solicitando el rechazo por los argumentos que allí expone. _____

_____ 2º) El artículo 103 del Código Civil y Comercial prescribe que: “La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal. a) Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad

relativa del acto. b) Es principal: i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación. En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales”. En concordancia el artículo 56, inciso 1º de la Ley 7328 establece que los Asesores de Incapaces deben actuar ante todos los órganos judiciales o no judiciales, como parte legítima y esencial en todo asunto contencioso o voluntario y en todo acto en los cuales se interesen las personas o bienes de sus asistidos. _____

_____ La función principal del Ministerio Público no es de representación – que es ejercida por los representantes necesarios o en algunos casos por los apoyos- sino de “asistencia y contralor”, en calidad de complementaria de la actuación de aquéllos. Era así bajo la vigencia del Código Civil derogado y lo es ahora. Sólo en los específicos supuestos contemplados por la ley, el Ministerio Público detenta funciones de representación (en general, en caso de ausencia o falta de diligencia del representante necesario). Su actuación es complementaria cuando es de asistencia y contralor. Abarca todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, no es necesario que sean partes en sentido estricto procesal sino que sus intereses estén involucrados. En igual sentido la ley 26.061 alude a los asuntos que le conciernen y en aquellos que tengan interés (art. 24, inc. a) y los afecten (Alterin, Jorge H., “Código Civil y Comercial Comentado”, t.I, pág.985, La Ley, Buenos Aires, 2016). _____

_____ Los agravios de la apelante se circunscribe a cuestionar el rechazo de su pedido de que se le de intervención al Asesor de Menores en tanto entiende que, si bien sus hijos no revisten la calidad de demandados en autos, en caso de ser acogida la demanda y ordenarse la restitución de la vivienda le

provocará un gravamen irreparable al quedarse sin vivienda. _____

_____ Se impone, entonces, precisar el marco de incumbencia de la intervención del Ministerio Público Pupilar en este proceso en el que los hijos de la demandada no son partes. _____

_____ Al respecto en una situación similar a la acaecida en autos la jurisprudencia ha sostenido que la función del Ministerio Pupilar en el proceso de desalojo, en el que su representado no fue quien contrató una locación, ni quien voluntariamente pasó a ocupar el inmueble que se pretende desalojar, tiende a verificar que el menor de edad no sea privado de su derecho a la vivienda que debe ser proporcionada, en primer lugar, por sus padres y demás obligados alimentarios, y, ante la imposibilidad de éstos para garantizarla, recurrir al auxilio de las autoridades administrativas competentes, en apoyo de esta necesidad insatisfecha, para lo cual es deseable poner en su conocimiento la existencia del juicio de desalojo. Pero ello no es requisito de validez de los actos cumplidos antes del dictado de la sentencia cuyo resultado, por otra parte, es incierto en cuanto a la admisibilidad de la demanda. La circunstancia de que existan menores -en el caso, los hijos de la demandada- que habitan el inmueble cuyo desalojo se dispone, no encuadra dentro del supuesto previsto por el artículo 59 del Código Civil, que impone la indispensable intervención del Defensor de Menores e Incapaces, pues tal extremo previsto en la norma citada, contempla como presupuesto que los menores sean partes, esto es, que los mismos demanden o sean demandados, o bien que en el proceso se discutan cuestiones vinculadas a sus personas o bienes. Más claro aún es el artículo 103 del Código Civil y Comercial de la Nación, donde se prevé la actuación del Ministerio Público de manera complementaria y principal. La complementaria o conjunta con los padres y/o los tutores y curadores (en el caso de los procesos en que se encuentren involucrados intereses de las personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida), y la principal (cuando se encuentren comprometidos los derechos de los representados y haya inacción de sus representantes; cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes;

cuando las personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida carecen de representante legal y es necesario proveer la representación). Los referidos menores de edad, aun cuando habiten el inmueble en trance, carecen de legitimación pasiva. No son parte del proceso, en virtud de que se encuentran sometidos al régimen de la patria potestad, lo que implica, entre otras consecuencias, hallarse bajo la representación necesaria de sus progenitores. Conforme a ello, si bien es deseable poner en conocimiento de la Defensoría de Menores e Incapaces la existencia de un juicio de desalojo en el que podrían verse afectados los derechos de un menor, a fin de facilitar su labor en orden a verificar la necesidad de recurrir al auxilio de un programa de apoyo, ello no es requisito de validez de los actos cumplidos antes del dictado de la sentencia, debiendo acotarse dicha intervención a la etapa final del proceso, es decir, luego de dictada la sentencia de desalojo, y, más precisamente, antes de que se lleve a cabo la diligencia de lanzamiento (Cámara de Apelación de Circuito de Rosario,” D. R. R. c/ A. L. B s/ desalojo”, 9/09/2016, Cita Ed. Microjuris.com Argentina: MJ-JU-M-102970-AR | MJJ102970 | MJJ102970).

_____ En igual sentido se ha entendido que la intervención del Ministerio Público, no era necesaria durante la tramitación del proceso de desalojo, pero que una vez admitida la demanda, mediante la correspondiente sentencia de desalojo, existiendo ya de hecho derechos de los niños en juego, es menester en ese momento notificar la resolución a la Defensora de Menores, para que tome los recaudos que juzgare necesarios (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J. “Lattuga, Rosa Nilda c. Zaracho, Carlos Roque”, 24/08/2010, La Ley on line, AR/JUR/44910/2010).

_____ De esta manera si no existe intereses o bienes de personas menores de edad que se encuentren comprometidos directa o indirectamente en un proceso sea porque ellos no son titulares de una relación jurídica real ni personal con el actor; ni son titulares de una situación jurídica que pudiera justificar una pretensión autónoma y diversa a la de los padres demandados para oponerse a la acción planteada en autos no resulta necesario dar intervención al

Ministerio Público Pupilar. (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Quinta, Córdoba, Córdoba, “Severini, Mario vs. Moyano, Mauro Damián y otros s. Desalojo - Comodato - Tenencia precaria”, 11-03-2014, Fuente: Rubinzal Culzoni, Cita online RC J 3121/14). Ello así porque no se encuadra dentro del supuesto previsto por el artículo 103 del Código Civil y Comercial ya que la posibilidad de que la sentencia pueda eventualmente afectarlo no lo convierte en parte ni resultan de allí derechos a los bienes objeto de controversia. _____

_____ En *sub examine*, se ha iniciado acción de resolución de la compraventa del inmueble identificado con matrícula N° 14.253 del departamento Capital-Salta, celebrado entre la actora, M. A. S. y los señores A. M. Á. A. B., hijo de la actora y N. V. Ch., en la que actualmente reside únicamente ésta y denuncia que allí vienen los hijos de ambos y nietos de la actora. _____

_____ Ahora bien, los hijos que la apelante sostiene viven en el inmueble objeto de este juicio no son parte en este proceso, no sólo porque no fueron demandados sino porque carecen de legitimación sustancial al no haber intervenido en el negocio jurídico cuya resolución se pide, y desde este ángulo, no se presenta el supuesto que habilita la representación complementaria del asesor de menores, en tanto no se encuentran involucrados en forma directa los intereses o bienes de los niños y, en consecuencia, no existe acto de persona alguna que precise integración para completar su capacidad. _____

_____ Tampoco es posible en este estado del proceso –traba de la litis-determinar cual será la suerte del juicio, en su caso, si se acogerá la demanda y si ello afectará eventualmente el interés de algún niño, cuya residencia en el inmueble objeto de este litigio no se ha acreditado en debida forma en autos. En estas condiciones no se advierte la existencia de un interés actual, directo o indirecto comprometido sino sólo conjetural, supuesto en cual no cabe llamar a intervenir al asesor de incapaces al no concurrir ninguno de los supuestos previsto en la ley. _____

_____ Resulta oportuno mencionar la doctrina sustentada por la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, quien ha afirmado que, en un proceso de desalojo de vivienda, no se dan los recaudos contenidos en el artículo 59 del Código Civil que autoricen la intervención del Ministerio de Menores como parte legítima y esencial, desde que en estos autos los hijos menores del accionado no demandaron ni fueron demandados, no estando comprometidos bienes que les pertenezcan; por ello, el remedio para la situación de pérdida del hogar alegado debió encausarse en su caso, en el ámbito de la asistencia del Estado, mas no en el marco de esta causa, orientada -y limitada- a la solución de un diferendo de naturaleza contractual (Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, 01-06-2006, “Quaino, Rodolfo c/ Bru, Eduardo s/ Queja por Denegación del Recurso de Inconstitucionalidad – Ordinario – Incidente de Ejecución de Sentencia”, Expte. C.SJ. N° 360 Año 2005, A. y S., t. 213, p. 472-474, Infojus, Sumario N° J0034256).

_____ De la misma manera la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que: “comparte los fundamentos y conclusiones expuestos en el dictamen del señor Procurador Fiscal, a los que remite en razón de brevedad, especialmente en cuanto allí se expresa: “con cita de la Observación General N° 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no hay que entender el derecho a la vivienda en un sentido ‘que lo equipare al simple hecho de tener un tejado encima de la cabeza o lo considere exclusivamente una comodidad. Debe considerarse como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte’. Así pues, entre los aspectos que atañen al concepto de vivienda adecuada figura la seguridad jurídica de la tenencia, ausente en toda situación precaria. No se trata del mero estar en una casa sino de estar allí con derecho. Por tal motivo, consideró que si en el caso existiera alguna afectación al derecho a la vivienda de los niños, ésta sería anterior al desalojo que se pretende resistir y no consecuencia de él”. Agregó que la situación en que se encuentran los niños o adolescentes que actualmente residen en ese lugar no importa de por sí su intervención en el proceso en calidad de parte, puesto que ellos no son titulares de una relación jurídica con el bien ni personal con el

propietario que pudiera justificar una pretensión autónoma de oponerse al desalojo, por lo que no es posible admitir la pretensión de la recurrente – Asesora General Tutelar- de tomar intervención en este proceso a efecto de actuar como parte cuando los niños, niñas o adolescentes no revisten ninguna de las calidades antes señaladas, sin que la intervención en el carácter pretendido pueda justificarse en la mera circunstancia de que, de alguna manera indirecta, se pueda llegar a producir una afectación a los derechos o intereses de aquéllos por residir en el inmueble cuya restitución anticipada fuera solicitada; ello sin perjuicio de que debe asegurarse su anoticiamiento en el proceso con el tiempo suficiente a fin de que, en salvaguarda de la protección integral de los derechos del niños, niñas o adolescentes que pudieran resultar afectados pueda recurrir a los mecanismo que brinda el ordenamiento jurídico argentino para reducir, al máximo posible, el impacto negativo que pudiera a todo evento generar la implementación de la medida de restitución anticipada solicitada (C.S.J.N., “Recurso de hecho deducido por la Asesora General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la causa “Escobar, Silvina y otros s/ inf. art. 181, inc. 1º C. P.”, E 213-XLVI01/08/2013, 01/08/2013).

_____ Tal es el criterio sostenido por esta Sala en un precedente –“Hoyos, Marcela M. vs. Hoyos, Cyntia L. s/ Desalojo”- en el que se ordenó el desalojo del inmueble en el que habitaban niños menores de edad y en él se resaltó -con cita doctrinaria y jurisprudencial- que debe arribarse a una solución que, a través del diálogo de fuentes que propugnan los redactores del Proyecto de Código Civil y Comercial que resultara sancionado y aprobado por ley 26.994, de manera tal de preservar en la mayor medida posible los dos derechos en juego de raigambre constitucional, a saber: el derecho de propiedad del titular del inmueble y el derecho del niño con discapacidad a la vivienda y la tutela integral por parte del Estado. Sostuvo que disímiles han sido hasta el presente las soluciones ensayadas por los tribunales, aun cuando es prácticamente unánime la posición que postula la indispensable comunicación al Ministerio Público de la sentencia que ordena el desalojo, aun cuando se considerase que

los menores de edad no son parte en la causa, pues su interés en el resultado del pleito resulta indiscutible por cuanto podrían verse privados de vivienda; en el entendimiento de que la función que pueden y deben desempeñar los representantes del Ministerio Público se endereza a verificar que los niños y adolescentes no se vean privados de su derecho 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. _____

_____ Asimismo, se dijo que: “Cuando un juez actúa como Director de un proceso de desalojo tramitado contra una familia con niños o discapacitados, enfrenta una situación compleja, pues es su deber asegurar la vigencia de todos los derechos constitucionales involucrados, (...) No es tarea sencilla, por lo que debe adoptar medidas tempranamente (...) el obligado en materia de vigencia de los Derechos Humanos es el Estado, por lo que no se pueden adoptar criterios que lleven a que sea el locador —quien no necesariamente estará en mejor situación que el locatario en materia de vivienda — quien subvencione en forma indirecta el problema habitacional de la parte demandada”. Señaló que “es en cada caso concreto en donde debe analizarse la forma de resolver la aludida tensión entre los altos derechos en juego, sin aspirar a una solución genérica y abstracta, idéntica para cualquier supuesto, que podría en esta delicada cuestión generar consecuencias no deseadas que a la postre terminen menoscabando los derechos fundamentales que se intenta proteger. Es en estas circunstancias que se torna más evidente el factor prudencial del acto jurisdiccional que presupone la conformidad de la decisión a la situación real, es decir al complejo de realidades concretas que ‘circunstancian’ la operación humana singular. (...) La más característica función de la prudencia es su referencia al plano de los ‘camino y medios’ que es el de la última y concreta realidad”. Advirtió que “el problema se presenta si la respuesta del Poder Judicial no es eficaz. Si, en pos de proteger los derechos de los niños que pudieran conformar el grupo familiar de la demandada, se dilata groseramente el trámite del proceso iniciado por el

locador para recobrar la tenencia de la cosa. El mensaje que recibiría entonces el mercado y que se esparciría rápidamente por los canales de intermediación inmobiliaria sería ‘no conviene alquilar a familias con chicos’, lográndose un resultado notoriamente distante de la tutela efectiva perseguida. Por ello, es importante que los representantes del Ministerio Público de Menores que intervienen en procesos de desalojo en los que se da tal situación, colaboren en la rápida concreción de medidas efectivas de protección por vía de la búsqueda de soluciones alternativas al problema de vivienda que enfrenta el grupo familiar del caso en el que actúan; dirigiendo los esfuerzos de su actividad a lograr una respuesta eficaz de los órganos del Estado. Es necesario lograr que se alcance protección sin dilación, a fin que no se produzca en el mercado una suerte de discriminación encubierta, solapada, no declarada, que no haría más que afectar los derechos de los vulnerables que se intenta proteger. En el proceso, (*los letrados*) deben colaborar con el juez para posibilitar la garantía adecuada de los derechos involucrados, entendiendo —y haciendo saber a sus defendidos— que el magistrado está en la compleja situación de tener que satisfacer garantías constitucionales que por momentos tienen direcciones divergentes y que sólo logran conciliarse con una efectiva y rápida respuesta del Estado para la cobertura de las obligaciones a su cargo. (Caramelo Díaz, Gustavo D., op. cit.). Los jueces tienen la difícil tarea de ponderar derechos constitucionales a fin de solucionar el conflicto, asegurando la vigencia del derecho de propiedad del locador, como de los derechos que pueda tener los accionados y la tutela especial en caso de los niños o personas vulnerables. En este sentido, la actuación del Ministerio Público de menores e Incapaces debe ser absolutamente responsable en estos casos y brindar su mayor colaboración para la adopción de medidas de protección que tiendan a obtener soluciones a la problemática de aquéllos, su intervención tiene que ser temprana para no dilatar la concreción de la finalidad a la cual está llamada y, en definitiva, aquello sobre lo que debemos ocuparnos”. (Apel. C.C., Sala II, L. Protocolo 1ª parte, Sent. def., año 2016, fl.289/294).

_____ Por ello, teniendo en cuenta el objeto de la litis así como el estado

procesal de autos no se advierte que sean los intereses o los bienes de los hijos de la apelante los que se encuentran comprometidos en este proceso, situación que torna improcedente la intervención del asesor de incapaces, ello sin perjuicio de quedar abierta la posibilidad de que si en el curso del proceso se produce la afectación de sus derechos se disponga la participación de aquel funcionario a los fines que hubiere lugar, tal como lo ha dispuesto el señor Juez en grado en la resolución de fojas 62/64. _____

_____ En virtud de las razones expuestas, corresponde rechazar el recurso de apelación articulado en subsidio por la demandada a fojas 59/60 y confirmar el punto III de la providencia obrante a fojas 58. _____

_____ 3º) Con respecto a las costas, al no existir motivos que conduzcan a apartarse del principio general objetivo del vencimiento, corresponde que corran a cargo del apelante (art. 67 C.P.C.C.). _____

_____ Por lo expuesto, _____

_____ **LA SALA SEGUNDA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL,** _____

_____ **I) RECHAZA** el recurso de apelación interpuesto por la demandada a fojas 59/60 y, en su mérito **CONFIRMA** el punto III de la providencia de fojas 58. Con costas. _____

_____ **II) ORDENA** que se registre, notifique y baje.- _____

SALA SEGUNDA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE SALTA - VOCALES: HEBE ALICIA SAMSÓN VERÓNICA GÓMEZ NAAR - SECRETARIA: DRA. SALA II, T.1ª PARTE INTERLOCUTORIOS, 2018, Fº 85/90, 09/03/2018. EXP N° 579036/17.