

Número de registro: 210

Número de folio: 1069

En la Ciudad de Dolores, a los once días del mes de septiembre del año dos mil siete, reunida la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial, en Acuerdo Ordinario, con el objeto de dictar sentencia en causa N° 84.752, caratulada: "S., M. F. C/ HENRIQUEZ, YANIEZ NOEMI S/CUMPLIMIENTO DE CONTRATO-COBRO DE PESOS", habiendo resultado del pertinente sorteo (arts. 263, CPCC; 168 de la Const. Pcial.), que los Señores Jueces debían votar según el siguiente orden: Doctores María R. Dabadie, Alvaro Gómez Ilari y Francisco Agustín Hankovits; no interviniendo el Dr. Gómez Ilari por haberse acogido a los beneficios de la jubilación.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

-----C U E S T I O N E S-----

1a.) ¿Es justa la sentencia apelada?

2a.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

-----V O T A C I O N-----

-----A LA PRIMERA CUESTION LA DOCTORA DABADIE DIJO:---

I. Situación apelatoria.

Dictada la sentencia de primera instancia, el pronunciamiento fue apelado por la parte actora, que expresó sus agravios a fs. 286/287, respondidos por la accionada a fs. 291/292.

La providencia "autos para sentencia" (fs. 293), posibilita el sorteo de fs. 296 realizado el 12-02-2007, quedando a partir de ese momento el expediente en condiciones de dictarse pronunciamiento. (arts. 260, 263 del CPCC)

Advertida que fue la falta de intervención de la señora Asesora de Incapaces durante el proceso, se dictó medida para mejor proveer a fs. 297.

A fs. 299/301 tomó la intervención que le corresponde la Dra. Nora Inés Fabrè, al tiempo que solicitó la nulidad de todo lo actuado por haberse omitido su convocatoria al proceso y por no haber ordenado la juez de la causa, las diligencias preliminares necesarias para evitar el rechazo de la demanda por excesivo rigorismo formal; siempre que los menores continuaran siéndolo al tiempo de su petición.

En cumplimiento de la medida dispuesta por esta Cámara a fs. 303, a fs. 308/309 fueron agregados los certificados de nacimiento de los aún menores de edad B.O. y E. P. S.. Hubo de tomar conocimiento de esa circunstancia la señora Asesora de Incapaces a fs. 313.

Conferido el traslado del pedido de nulidad del Ministerio Pupilar a las partes de autos, sólo lo contestó la demandada a fs. 317 y vta..

II. Vista la causa y las cuestiones que en ella han quedado planteadas, para un buen orden de método decisorio habré de principiar por establecer la función del Ministerio Pupilar y la viabilidad del pedido de nulidad del proceso solicitado a fs. 299/301 reiterado a fs. 313.

Conforme el texto del art. 59 del Código Civil, la representación de los incapaces es dual y conjunta por el representante legal y el Ministerio de Menores, en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que se encuentren comprometidos intereses de incapaces. De allí que la intervención del Ministerio Pupilar deba ser simultánea con la del representante necesario y aquél puede suplirla y aún contrariarla según cada caso. (HIGHTON de NOLASCO, Elena I., *Funciones del Asesor de Menores. Alcance de la asistencia y control*, LL. 1978-B)

El ministerio no realiza actos a nombre de los incapaces, ni es su mandatario convencional o legal. La representación consiste en que obrando, a favor de sus intereses, concurre con su dictamen en todo litigio en que el menor sea parte y controla la actuación, sea esta judicial o extrajudicial de sus representantes necesarios. De modo rotundo no hay procuración o delegación sino asistencia y control, acciones que cumple de forma *promiscua*, palabra que proviene del portugués, empleándose en el sentido de una representación colectiva o conjunta. (BUSSO, Eduardo B, *Código Civil Anotado*, T. I, Ediar, Bs. As. 1958; SCJBA, Ac. 41.005, sent. 27-II-1990, Ac. 25. 579, sent. 19-VIII-1980)

Por su parte el art. 494 Cód. Civil reproduce la norma antes citada, en cuanto ambas establecen que resultará nulo todo acto y todo juicio en que el Ministerio Público no hubiere intervenido cuando así correspondía.

En el *sub judice* es ineludible la intervención de la Asesora de Incapaces toda vez que la acción fue instada por la señora M. F. S. en nombre y representación de sus hijos menores de edad E. y B.O. P. S. (fs. 9 y 11). El juzgado hubo de advertir la necesidad de la intervención (fs.

100 vta.), más este mandato judicial fue incumplido tanto por el propio juzgado cuanto por las partes.

La no actuación del Ministerio Pupilar es sancionada con la nulidad; esta nulidad es relativa y como tal saneable mediante la confirmación, sea expresa o tácita, ya que la finalidad que persigue la norma sustantiva es la de proveer a la buena defensa de los intereses del incapaz. (BELLUSCIO, Augusto C., *Código Civil y leyes complementarias*, T. 1, pág. 303 y sgts., Ed. Astrea, Bs. Aires, 1978)

Corresponde analizar si la falta de intervención de la señora Asesora de Incapaces debe derivar en la nulidad de las actuaciones cumplidas. La falta de intervención durante todo el proceso, conlleva la existencia real de un perjuicio para la defensa de los intereses de los menores, así señala la Dra. Fabre en su presentación de modo puntual a las falencias probatorias en que incurrió el letrado patrocinante de los menores y aquellas en que incurriera la juez de causa.

Como anticipé, la nulidad a que refiere el art. 59 del Cód. Civil es relativa y puede ser subsanada por la ratificación expresa o tácita de los trámites realizados sin la presencia del representante del Ministerio Pupilar, en el *sub examine* la Asesora de Incapaces solicita la declaración de nulidad de todos los actos cumplidos sin su intervención y más aún señala que no los ratifica expresa ni tácitamente, con una clara indicación de los perjuicios sufridos por los menores.

Los tribunales de apelación en su función revisora deben ir más allá de la revisión del fallo circunscripta al agravio planteado por el recurrente, tienen sobre sí una función superior que es la de resguardar las garantías constitucionales; de modo puntual la defensa en juicio y el debido proceso. (SCJBA, Ac. 53972, sent. 19-XII-1995; Ac. 51.073, sent. 1-III-1994; causa "Belofiglio, Oscar Roberto c/ Club Newman s/ Ind. Ley 9688", voto del doctor de Lazzari)

Conforman el déficit la defensa de los menores, tal como bien lo ha señalado la señora Asesora de Incapaces la ausencia en el expediente de las partidas de nacimiento de los menores y la de defunción de su progenitor; extremos estos que al encontrarse incumplidos viabilizaron el rechazo de la demanda por falta de personería y de legitimación para obrar en el accionante, excepciones estas articuladas por la accionada al contestar la demanda.

La presencia del Ministerio Pupilar en el proceso pudo haber subsanado esas omisiones probatorias y haber posibilitado al menos que la *iudex a quo* conociera del objeto de la demanda que ni siquiera ha sido visto en la instancia de origen, atento el fundamento del rechazo de la acción.

Más allá se advierte que si bien los padres están habilitados para representar a sus hijos menores en juicio sin obligación de acompañar las partidas no es menos cierto que el juez a petición de parte o de oficio puede intimar su presentación. Sabido es que el juez debe controlar de oficio el presupuesto de la representación procesal, no obstante la facultad de las partes de plantear la excepción previa de falta de personería, aquella conducta del magistrado se debe dar sin que medie la oposición de la excepción; sobretodo cuando se encuentran en litigio intereses de incapaces. (arts. 46, 345 inc. 1 CPCC; CNCiv., Sala D, 14/2/78, LL, 1978-B-169; FENOCHIETTO, Carlos E., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T. 1., págs. 211 y sgts., Ed. Atrea).

No corresponde que me expida sobre el fondo de la cuestión ni sobre la procedencia de las excepciones articuladas por la demandada; mas sí corresponde que vista la causa destaque que el letrado patrocinante de los menores, no hubo de producir la prueba ofrecida al contestar aquellas defensas (fs. 32 vta.). Así libró oficio al Registro Provincial de las Personas requiriendo los certificados de nacimiento de los menores en dos oportunidades (fs. 45 y 76) más en ninguna de ellas solicitó el de defunción de P. conforme lo hubo de ofrecer a fs. 32 vta. punto 1) del capítulo Prueba. Tampoco obra constancia de haberse librado oficio a los fines de la remisión de la IPP 19967, que más allá de no haberse motivado el ofrecimiento de esta prueba y aún desconociéndolo, pudo haber tenido alguna relevancia a su tiempo.

También resulta relevante que al acompañarse el informe de la delegación Pinamar del Registro Civil de las Personas en el que se informa que el nacimiento de los menores no se encuentra registrado en esa repartición y el Dr. Zamora no sólo solicita un nuevo oficio esta vez a la delegación Mar del Plata, sino que hubo de acompañar fotocopia simple de aquellas y pedido pase a la Asesora de Incapaces; el órgano jurisdiccional sólo ordenó librar el nuevo oficio (fs. 134 vta. y fs. 165) pero nada se dispuso con relación al Ministerio Pupilar y su intervención. Si bien no es cometido de esta Alzada realizar una revisión pormenorizada del proceso en cuanto al cumplimiento de sus pasos no sólo por parte del juez sino por el actuario, se advierte un error al

realizar el certificado de prueba de fs. 216, ya que al referirse a la de la parte actora señala respecto de la informativa que fue producida en forma parcial faltando el oficio al Correo Argentino, habiéndole pasado inadvertido al funcionario que no se había cumplido la informativa al Registro de las Personas (fs. 165) como así tampoco ninguna de las ofrecidas a fs. 32 vta..

No tengo duda que los menores ante las irregularidades señaladas, que no sólo se han de atribuir al actuar del letrado patrocinante del representante legal sino también al juez de la causa, han sufrido perjuicios de tal índole que hicieron posible el rechazo de la acción promovida en su nombre como así que se han violado las garantías antes enunciadas ante la no intervención del Ministerio Pupilar. (CSJN, Fallo: 762-96182, LL., t. 1997 E).

En este sentido la Suprema Corte Bonaerense en la resolución 20341/97 en cuanto al "interés superior del niño" (art. 3º, ley 23.849) requiere para su observancia de todos los integrantes del Patronato de Menores y, en especial, de quien ha sido llamado por ley a ser el representante de aquél en defensa de su persona y bienes, parte esencial en todo proceso que lo involucre. (arts. 75 inc. 22 C. Nacional; ley 23.849; ley 26.061; ley 10.903; ley 10.067/83).

### **III. Decisorio.**

Compartido que sea lo dicho corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado en la causa a partir de fs. 41 en adelante, etapa procesal oportuna para la intervención de la Asesoría de Incapaces tiempo en que correspondía darle traslado de la presentación de fs. 27/30.

Los autos deberán volver a la instancia de origen para que –mediante juez hábil– se continúe el trámite de la causa con la debida intervención del Ministerio Pupilar, hasta concluir con el dictado de la sentencia.

**VOTO POR LA NEGATIVA.**

**EL SEÑOR JUEZ DOCTOR HANKOVITS ADHIRIO AL VOTO PRECEDENTE POR SUS FUNDAMENTOS**

**A LA SEGUNDA CUESTION LA DOCTORA DABADIE DIJO:**

Corresponde por los argumentos vertidos: 1) declarar nulo todo lo actuado en la causa a partir de fs. 41; 2) remitir la causa a la instancia de origen para que se continúe el trámite con la intervención del Ministerio Pupilar, con intervención de juez hábil.

**ASI LO VOTO.**

**EL SEÑOR JUEZ DOCTOR HANKOVITS ADHIRIO AL VOTO PRECEDENTE POR SUS FUNDAMENTOS CON LO QUE TERMINO EL PRESENTE ACUERDO, FIRMANDO LOS SEÑORES JUECES DE ESTA EXCMA.CAMARA DE APELACION---**

Dolores,        once    de septiembre de 2007.-

Por los fundamentos expuestos en el Acuerdo que antecede, los que se tienen aquí por reproducidos, se /

declara nulo todo lo actuado en la causa a partir de fs. 41; y se remite la causa a la instancia de origen para que se continúe el trámite con la intervención del Ministerio Pupilar, con intervención de juez hábil.

Notifíquese y devuélvase.-

Firmantes: Dra. Dabadie-Dr. Hankovits