

Suprema Corte de Justicia:

I.- Llegan en vista las presentes actuaciones, en virtud de lo resuelto por V.E. a fs. 951/954vta., al hacer lugar a la queja interpuesta por la Sra. Asesora de Incapaces interviniente en representación del actor E. A. C., con motivo de la denegación en la instancia ordinaria del recurso extraordinario de inaplicabilidad interpuesto por la misma funcionaria en ejercicio de la aludida representación (v. fs. 870/876vta.). Como consecuencia de lo allí dispuesto, se resolvió dar intervención a esta Procuración General para que ejerza la participación que le compete en los términos del artículo 283 del Código Procesal Civil y Comercial local, a través de la vista cuya contestación procederé a desarrollar seguidamente.

II.- La Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mercedes resolvió, a fs. 854/864, confirmar la sentencia de origen que, a su turno (fs. 808/9), había declarado operada la caducidad de instancia requerida por la parte demandada al haberse verificado el cumplimiento de los recaudos objetivos impuestos en los artículos 310 y 315 del C.P.C.C.B.A. Fue en oportunidad de tramitar el recurso de apelación interpuesto por la actora contra dicha resolución, que la Alzada, advirtiendo que en autos se encontraban comprometidos intereses de un menor, dispuso correr vista de las actuaciones a la Asesoría de Incapaces correspondiente.

Como consecuencia de la participación conferida, la representante del Ministerio Pupilar impugnó la referida resolución a través del recurso de apelación de fs. 838 que fundó con el escrito obrante a fs. 846/vta. Entre sus agravios cuestionó su falta de participación previa (v.g. con la intimación prevista en el artículo 315 del ritual practicada en autos a fs. 806), omisión que le habría impedido ejercer actos en favor de la vigencia de la instancia. Y de allí, derivó que la conclusión del proceso por caducidad devenía en una solución prematura. En dicha oportunidad, asimismo, solicitó medidas tendientes a activar el curso del proceso.

III.- En cuanto aquí interesa analizar, la Alzada entendió que la apelación interpuesta por la Sra. Asesora no era procedente. El voto sobre el que se edifica la mayoría de la decisión en crisis se concentra en dar respuesta al planteo de dicha funcionaria, fincado en la falta de intervención oportuna, al no haberse sustanciado con ella el acuse de caducidad de fs. 803/804 y al considerarse que aquella participación cursada por el órgano revisor había sido la primera oportunidad útil para ejercer la facultad de activar el proceso, conforme lo prevé el artículo 315 del ritual.

El magistrado ponente procedió a interpretar los alcances del artículo 103 del Código Civil y Comercial relativo al rol del Ministerio Público en la representación de las personas con capacidades restringidas. En particular, analizó los términos del inciso “b” de dicho artículo que dispone la intervención principal del Ministerio Público cuando los derechos de los representados estén comprometidos y exista inacción de los representantes legales, afirmando, en suma, que el incapaz contaba en autos con su representante legal (la madre del adolescente involucrado en el proceso), de modo que, en el caso, no podía hablarse de *inacción*, independientemente de que aquella estuviera actuando bien o mal. Por ello, estimó que no correspondía en autos la intervención principal de la Asesora de Incapaces. Ello, sin perjuicio de la responsabilidad que tal obrar negligente de la representante legal pudiera ocasionar. Abunda así sobre la inexistencia de una doble representación procesal, destacando que la intimación fue sustanciada oportunamente con la representante del menor, por lo que habiendo intervenido dicha parte, no correspondía dar vista a la Asesora de Incapaces toda vez que no se había causado ningún perjuicio a su pupilo. Luego argumenta que el artículo 315 contempla una única oportunidad procesal para intimar a la parte que no impulsa el proceso, por lo que la vista ordenada en la instancia de apelación sólo pretendía que dicho órgano asesor se expidiera sobre la procedencia de la caducidad, pero sin permitirle ninguna actividad procesal impulsora que hubiera significado una retrogradación del proceso a etapas ya precluídas.

IV.- Detengo aquí la reseña del fallo en crisis pues de cuanto llevo expuesto se evidencia el grueso error de juzgamiento en que se ha incurrido.

En efecto, el tema central traído a debate por los contendientes consiste en la determinación del rol que cabe asignar al Ministerio Público en cumplimiento de la defensa de los intereses de las personas que, por diferentes razones, carecen de capacidad suficiente

para el ejercicio de sus derechos por sí mismas (art. 100 y 103 del CCyC), función que -desde ya adelanto- no se agota con el mero formalismo de conceder una “vista” previa al dictado de un pronunciamiento, si con ello no se habilita la adecuada tutela de los derechos de los pupilos, como parece sugerirse en alguna de las afirmaciones formuladas en el voto objeto de cuestionamiento.

A propósito de ello, en un precedente del fuero laboral que guarda similitudes con la presente causa, esta Procuración General tuvo ocasión de señalar, cuando todavía se encontraba vigente el Código Civil anterior a la reforma del año 2015, que *“En reiterada doctrina, ese Alto Tribunal ha sostenido que aunque se admita que, en principio, las funciones del Asesor de Incapaces son fundamentalmente de asistencia y contralor conforme ciertas normas legales, no puede negarse que el art. 59 del Código Civil le confiere el carácter de representante promiscuo y de parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa en que los incapaces demanden o sean demandados, todo ello bajo pena de nulidad.”*

“Asimismo agregó que en todo supuesto judicial donde la intervención del Asesor de Incapaces sea necesaria para la adecuada defensa de los intereses de los menores debe admitirse su actuación, sea de mera asistencia o de representación y, con mayor razón si se trata de suplir la defectuosa defensa hecha por los representantes legales o de complementar ésta en la forma que se considere adecuada (conf. S.C.B.A. causas Ac. 27.579, sent. del 19-VIII-1980; Ac. 41.005, sent. del 27-II-1990 y L. 64.499, sent. del 5-VII-2000)” (Dictamen P.G., causa L.83.196, del 26-XII-2002).

Y a lo apuntado se adunó que *“Del juego armónico de las normas adjetivas que rigen el instituto de la caducidad de instancia en el procedimiento laboral y lo dispuesto por el art. 59 del Código Civil antes comentado, no cabe más que concluir que la perención de la instancia de este juicio ha sido dispuesta por el tribunal de grado en infracción de lo prescripto por el art. 12 de la ley 11.653, como resultado de lo cual se ha visto lesionado el derecho de defensa en juicio que asiste a los menores actores así como también la garantía del debido proceso legal (arts. 18, Constitución nacional y 10, Carta provincial)”*. Ello así, en la inteligencia de que en las mentadas actuaciones la intimación a las partes para que produzcan actividad útil para la prosecución del trámite en los términos del art. 315 del C.P.C.C.B.A. no había sido cumplimentada con relación a los menores involucrados *“en*

tanto -como se vió- omitieron cursar la referida intimación a la funcionaria del Ministerio Pupilar quien -por imposición legal (art. 59, Cód. Civil)- reviste el carácter de representante promiscua de aquéllos en calidad de parte legítima y esencial en este proceso” (del dict. de la causa L.83.196, ya cit.).

Y al expedirse V.E. en el precedente aludido tuvo oportunidad de señalar -a través del voto que concitó la mayoría de opiniones y en concordancia con la opinión vertida en la ocasión por la Procuración General- que *“Se ha declarado que las funciones del Asesor de Menores, más que de representación legal propiamente dicha -que es ejercida por el representante necesario- son de asistencia y contralor, las cuales sin embargo no se agotan en una actuación conjunta con el representante legal del incapaz toda vez que en ciertas circunstancias cuando éste es omiso en el ejercicio de su función y es necesario impedir la frustración de un derecho, aquél será **representante directo**.”* (el destacado me pertenece).

“Es así que el art. 59 del Código Civil le confiere el carácter de representante promiscuo y de parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, todo ello bajo pena de nulidad. Tan amplios términos tienen su razón de ser en el interés público de ver protegidos la persona y el patrimonio de los menores (recuérdese la nota de Vélez al art. 58 del referido Código y la propia organización del Ministerio de Menores en la legislación de fondo -arts. 491 a 494-, como institución peculiar del país).”

“Además en todo supuesto judicial donde la intervención del Asesor de Incapaces sea necesaria para la adecuada defensa de los intereses de los menores debe admitirse su actuación, sea de mera asistencia o de representación y con mayor razón si se trata de suplir la defectuosa defensa hecha por los representantes legales o de complementar ésta en la forma que se considere adecuada (conf. causas Ac. 27.759, sent. del 19-VIII-1980 en "D.J.B.A.", 119-682, Ac. 41.005, sent. del 27-II-1990 en "Acuerdos y Sentencias ", 1990-I-240; Borda Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil- Parte General", Edit. Abeledo Perrot, 12ª edición, Tº I, págs. 398/399; Llambías Jorge J., "Tratado de Derecho Civil- Parte General", Edit. Abeledo Perrot, 19ª edición, Tº I, pág. 379; Highton Elena I., "Funciones del Asesor de Menores. Alcance de la asistencia y control", en "La Ley", 1978-B-904; Bossert Gustavo- Zannoni Eduardo "Manual de Derecho de Familia", Edit. Astrea, 1988, págs. 449;

Ortiz de Rozas Abel- Roveda Eduardo "Manual de Derecho de Familia", Edit. Lexis Nexis, 2004, pág. 426)" (del voto del Ministro Genoud en causa L. 83.196, sent. del 13-II-2008).

V.- En sintonía con lo expuesto, la Corte Suprema de la Nación *in re* "Quintana" sostuvo que la omisión del *a quo* de conferir intervención al ministerio pupilar para que ejerza la representación necesaria de una hija menor -beneficiaria de la pensión derivada de la muerte de su padre- afecta la finalidad tuitiva perseguida por el legislador al prever la defensa apropiada de los derechos del menor, la cual ha sido objeto de consideración en tratados internacionales de jerarquía constitucional, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño que establece el compromiso de los estados partes de dar al menor oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado (Fallos v. 320-2, pág. 1291 y ss.).

VI.- Ahora bien, más recientemente, encontrándose ya sancionado el Código Civil y Comercial de la Nación –aunque todavía no vigente- esa Suprema Corte provincial, haciendo referencia a la intervención del Ministerio Público en defensa de los derechos de los menores involucrados en un proceso, se ha manifestado dando cuenta del nuevo paradigma protectorio y de tutela diferenciada que insufla nuestro ordenamiento jurídico en general, y civil y comercial, en particular (conf. S.C.B.A., causa 117.505, sent. del 22-IV-2015, que en adelante se sigue).

En ese orden de ideas, un nuevo protagonismo le ha sido reconocido al rol del Asesor refiriendo que su intervención ha cobrado un posicionamiento superior a partir de la Constitución y de las normas convencionales especialmente referidas a los derechos de niños y niñas, con la imposición de adecuaciones procesales que garanticen el pleno goce del acceso a la justicia de quienes se encuentran en condiciones desventajosas para el ejercicio de derechos propios (arts. 1.1, 8, 9, 19 y 25 CADH y 2, 3.1, 5, 6, y 12 de la Convención sobre los Derechos del niño, O.G. N°17/28 de agosto de 2002, “Condición jurídica y los Derechos Humanos del Niño”, art. 75 inc. 22 y 23 CN, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad, XIV Cumbre Iberoamericana, 2008, citados en el voto del Ministro de Lázari, en la causa aludida), reposicionamiento que también se refleja en la nueva regulación sustantiva, que en su art. 103 determina que la intervención del Asesor puede ser “complementaria” de la de los representantes legales de los menores (representación dual) en todos los procesos en que se encuentren involucrados intereses de

personas menores de edad, pero en caso de que ocurran determinadas circunstancias -cuando tales derechos estuvieran comprometidos y existiera inacción de los representantes legales-, dicha actuación habrá de convertirse en “principal” con el fin de garantizar, en condiciones de igualdad, el goce de la tutela de sus derechos a través de la atención especializada del Asesor de Menores.

Se destacó igualmente que si bien esta función no resulta totalmente novedosa, toda vez que la doctrina ya asignaba tales alcances al artículo 59 del Código de Vélez, hoy aparece de modo explícito en su redacción, cuya lectura, a su turno, debe integrarse con lo que al respecto dispone el artículo 38 inc. 4° de la ley 14.442, reglamentaria a nivel provincial de las funciones inherentes al Ministerio Público (conf. S.C.B.A., causa C.117.505, ya cit.)

En línea con lo que llevo dicho, habré de reproducir seguidamente la opinión vertida a manera de conclusión por Gustavo Moreno en “Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes” (Directora Silvia Eugenia Fernández), Ed. Abeledo Perrot, Tomo III, págs. 2695 y ss., en torno al rol de Asesor de Menores e Incapaces, cuando refiere que *“debe reconocerse su intervención como una “garantía orgánica” o un “plus de garantía de derechos” en el marco de la exigibilidad de todos los derechos de la infancia como de la salud mental, a la luz de la Convención de los Derechos del Niño (ley 23.849; de raigambre constitucional, art. 75, inc. 22, CN), de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (ley 25.280), y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (ley 26.378); como las leyes nacionales de Protección integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (ley 26.061) y de Salud Mental (ley 26.657)”*. Añadiendo que le cabe *“asumir una representación que importe la actuación en todo supuesto en que los derechos del niño o de la persona con padecimiento mental, requieran una actuación judicial o extrajudicial, ya sea en coordinación con los representantes individuales, legales y necesarios -coadyudando en la representación, en tanto el planteo se ajuste a derecho y a las necesidades de la persona incapaz-; o actuando en reemplazo y hasta en contra de los representantes legales (padres, tutores, curadores) o sistemas de apoyo, cuando éstos no amparan a la persona por falta, exceso o defecto en su intervención”*.

Siendo ello así, y ponderando que esta Procuración General se ha manifestado en casos análogos al presente proponiendo la anulación de oficio de todo lo actuado a partir de

la falta de notificación de la intimación derivada del acuse de caducidad de instancia al Asesor, pues ello provoca un perjuicio directo en la defensa de los derechos del menor involucrado, quien se vio por ello privado de contar con la representación del entonces vigente artículo 59 del CC (conf. dictamen P.G. causa L 83.196, del 26-XII-2002, ya cit., seguido por V.E. al emitir sentencia del 13-II-2008; e. o.), estimo que tal habrá de ser la solución a aplicar por V.E. en la especie, solución que más allá de lo apuntado en los párrafos precedentes, me exime de responder puntualmente a cada uno de los agravios traídos a esta sede extraordinaria por la Magistrada de este Ministerio Público en su recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

VII.- Por todo cuanto hasta aquí he expuesto estimo que corresponde anular de oficio todo lo actuado desde de fs. 806, dando al Ministerio Público la intervención que por ley viene impuesta para dar cumplimiento a la tutela adecuada de los derechos de niñas, niños y adolescentes, para asegurar la remoción de los obstáculos que impidieran su acceso a la justicia y al goce de sus derechos.

La Plata, 27 de noviembre de 2017.-

Fdo. Julio M. Conte-Grand
Procurador General