Comodoro Rivadavia, de septiembre de 2010.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: "J. M. E. y otra c/ N. M. y Otro s/ SUMARIO (Daños y perjuicios)" Expte. no. 259/2010, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia Civil y Comercial No. 1 (Expte. Nº 368/2005) por haber interpuesto la actora a fs. 571, recurso de apelación contra la sentencia interlocutoria de fs. 569/570vta.

I.- Se agravia el apelante a fs. 573/575vta., porque la sentencia hace lugar a la excepción de falta de personería opuesta por los co-demandados y, en consecuencia, rechaza la demanda deducida en nombre de la niña M. A. J.. Relata en forma preliminar los antecedentes del caso, entre ellos, que se designó tutor "ad litem" a fin que represente en juicio a la niña M.A.J, nieta de los actores. Señala que así lo peticionó expresamente la Sra. Asesora de Familia e Incapaces por ser un caso en el que existen intereses contrapuestos. Es que, el padre falleció, la madre es demandada y los abuelos no se encuentran habilitados para representar a la nieta en este juicio. Denuncia que se encuentra en trámite la tenencia de la niña M.A.J., requerida por los actores (abuelos de la menor de edad). Manifiesta que siempre han procedido en salvaguarda del interés superior de su nieta. Agrega que cuando los padres no pueden asumir las obligaciones emergentes de la patria potestad, los tribunales han decidido otorgar la guarda de los niños a los abuelos en función del derecho que les asiste. Destaca que la tutora especial designada al efecto ratificó la demanda y actuaciones realizadas por los abuelos. Señala que ante dicha ratificación es incomprensible el rechazo dispuesto por el tribunal. Cita jurisprudencia que entiende avalan su postura. Solicita se revoque la sentencia en crisis y se rechace la excepción de falta de personería, con costas.

A fs. 578, contesta los agravios la codemandada N. M. y sostiene los fundamentos del fallo.

II.- De las constancias del expediente surge que a fs. 25/37 M. E. J. y N. F., en su calidad de padres de R. M. J. y abuelos de la niña M. A. J. – MAJ-, interponen demanda por daños y perjuicios contra la Provincia del Chubut y N. M..

En su escrito manifiestan expresamente que atento que los derechos de su nieta aún no fueron ejercidos por quien ostenta su guarda, en resguardo de los mismos, actúan en representación de la niña. Solicitan la intervención del Ministerio Pupilar. (Punto II-Objeto, segundo párrafo de fs. 25). Relatan los hechos y el derecho en que fundan la pretensión. Adjuntan documental y acreditan el vínculo invocado.

A fs. 84, toma participación por la Asesora de Familia e Incapaces Subrogante, Dra. Gladys Ramírez.

A fs. 88, la actora amplía demanda y prueba documental.

A fs. 488/495 contesta demanda la Provincia del Chubut y opone excepciones de: falta de legitimación, falta de personería, prescripción y falta de reclamo previo eficaz. A fs. 508/513, contesta demanda la señora N. M. y opone excepciones de falta de legitimación activa, personería y prescripción. A fs. 520, se corre vista a la Sra. Asesora de Familia e incapaces de las excepciones opuestas por las co-demandadas, quien solicita la designación de un tutor especial que represente a la niña.

A fs. 527 se designa tutor ad litem a un abogado de la matrícula, quien acepta el cargo a fs. 529 de autos.

Sustanciadas las excepciones opuestas, el tribunal difiere el tratamiento de la excepción de falta de legitimación activa al momento de dictar sentencia definitiva y pasa a resolver las demás excepciones de falta de personería, prescripción y falta de reclamo administrativo previo.

A fs. 569/570, dicta la sentencia impugnada y su aclaratoria a fs. 579 y vta.

Realizada la reseña del caso corresponde introducirnos en la cuestión en debate.

III.- El juez sostiene que los letrados de los actores al momento de interponer la demanda care-cían de mandato suficiente para representar a la niña M. A. J.. Agrega que no se alegó ni se demostró la urgencia del caso, ni las diligencias efectuadas a fin de designar un tutor especial que represente a la niña en virtud de la existencia de intereses contrapuestos al estar el padre fallecido y la madre demandada. Sostiene que la ratificación efectuada por la tutora especial

designada en autos en representación de la niña carece de eficacia, dado que implica alterar los plazos y formas procesales y afecta el derecho de defensa de la contraria. Por dichas razones, rechaza la representación de los letrados de la actora para actuar en nombre de la niña y por carecer de tutor especial al momento de interponer la demanda, hace lugar a la excepción de falta de personería y rechaza la demanda deducida en nombre de la nieta M. A. J..

Corresponde señalar que la excepción de falta de personería por falta de representación concurre cuando quien se presenta como actor o demandado por un derecho que no le es propio, omite acompañar con su primer escrito los documentos que acreditan el carácter que invoca, salvo que se aduzca la imposibilidad de presentación y el juez estime atendibles las razones invocadas o que medien supuestos excepcionales en los cuales se admite la gestión procesal. (Ver: Palacio Alvarado Velloso. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Anotado y Explicado. Tomo 7°, pags. 345 y ss. Editorial Rubinzal Culzoni).

La excepción que nos ocupa es meramente dilatoria y su finalidad consiste en subsanar la supuesta ausencia de capacidad procesal en el actor o demandado o la falta, defecto o insuficiencia de representación de quienes comparecen a proceso en nombre de aquéllos, no siendo el rechazo de la demanda el efecto previsto por la ley (art. 357 inc 4° CPr.D.J, antes 354 CPCCH).

En este sentido se sostiene que si bien, en principio, es fundamental en materia de acreditación de la personería de quien litiga por otro, el acompañamiento del instrumento que acredite el carácter que invoca en el primer acto de comparecencia ante el juez o tribunal, la omisión de dicha exigencia formal no puede acarrear por sí sola la nulidad de la presentación defectuosa si no media intimación previa destinada a obtener el cumplimiento del recaudo procesal (Ver: Cám 2ª Civ y Com. La Plata Sala II, 18/8/94 elDial W78F4. Citado por: Elena Highton.Beatriz Areán. Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Tomo 6. Págs.745. Editorial Hammurabi).

Surge de la presentación de fs. 25 que, los señores M. E. J. y N. F. se presentan mediante apoderado para que en su nombre y representación promueva demanda por daños y perjuicios contra la Provincia del Chubut y la señora N. M. (madre de la niña MAJ). En el segundo párrafo del punto II-Objeto,

expresamente manifiestan que atento que los derechos de la niña aún no habían sido ejercidos por quien ostenta su guarda, en resguardo de los mismos, actúan en representación de la menor de edad. Solicitan la intervención del Ministerio Pupilar.

Como se advierte, las circunstancias y motivos denunciados en este segundo párrafo implican la invocación de actuación como gestores procesales en resguardo de los intereses de la niña, por expresa petición de los abuelos mandantes del letrado presentante conforme surge del poder general para juicios que se acompaña.

Las razones de urgencia surgen evidentes de la propia causa y documental adjunta: edad de la niña M.A.J., colisión de intereses por el fallecimiento del padre y ser la madre demandada, y la proximidad del cumplimiento del plazo de prescripción.

No es posible soslayar que el Tribunal de grado antes de dar trámite a la demanda debió dictar de oficio un despacho saneador, conforme con las facultades del art.34 inc.5 CPCCCh, señalando los defectos y “ordenando se subsanen dentro del plazo que fije”, circunstancia que no ocurrió y motivó la advertencia del defecto por la contraparte. Estos son los motivos por los que se hace lugar a la excepción de falta de personería pero se omite cumplir con las disposiciones del artículo 357 inc. 4 del CPr.D.J.- antes 354 del CPCCH-; es decir: otorgar un plazo dentro del cual debía subsanarse el defecto de representación y no rechazar la demanda interpuesta en nombre de la niña.

El poder otorgado por los actores a su letrado es un poder general y amplio, que incluye todas las gestiones necesarias para actuar en su nombre y representación en juicio y asuntos administrativos, por lo que, estas facultades incluyen actuar como representante de los abuelos en su calidad de gestores procesales de la nieta y así se hizo.

El caso presenta especiales circunstancias y características que no pueden ser soslayadas por los jueces, en especial, porque se encuentran involucrados intereses de una menor de edad cuya protección tiene raigambre constitucional.

Repárase que al momento de interponer el reclamo administrativo y la presente demanda, los hechos eran los siguientes: el padre de la niña M.A.J., hijo de los actores, había fallecido; la progenitora de la menor de edad se encontraba suspendida en el ejercicio de la patria potestad por estar privada de libertad por la condena impuesta judicialmente, circunstancias que no han sido negadas por la contraria y que habilitaban la designación de un tutor en los términos previstos por los artículos 389 y 390 del CC.

En este sentido la jurisprudencia sostiene que ante la ausencia de los padres, los abuelos asumen ministerio legis la tutela legítima del menor de edad, por aplicación de las disposiciones del artículo 390 citado. (ED 152-656). Por ello, si bien es el juez quien debe discernir la tutela legal del niño y quien designa el pariente más idóneo para ello, mientras esto no ocurra los abuelos se encuentran habilitados para ejercer la función de gestores procesales de la nieta, sobretodo como en el presente, en el que se denunció la ausencia de los padres (uno fallecido y otro privado de libertad por condena penal), la inobservancia de la guardadora de hecho en resguardar los intereses de la niña y la proximidad del plazo de prescripción.

Por ello concluimos que la actuación cumplida por los abuelos como gestores procesales, a través de su letrado apoderado, en representación de la niña MAJ, es eficaz. No obsta a lo sostenido la circunstancia que en el poder no se haya manifestado expresamente que se representa los intereses de la niña, porque de los términos de la demanda surge que así se realiza. Por otra parte, las especiales circunstancias del caso demuestran la urgencia del mismo.

Ha de verse también que, el tribunal no intimó a los presentes a subsanar los defectos de representación, designó a la menor de edad un tutor especial que represente los intereses de la misma y, éste a fs. 542 y 550 en representación de la niña ratificó todo lo actuado por los actores incluida la demanda interpuesta en su nombre.

Reparase que la ratificación formulada por el tutor especial en autos no ha sido objetada por los codemandados, acto que cabe señalar es oportuno pues se efectúo dentro del plazo para contestar la excepción.

Incluso, el Estado Provincial tampoco observó la representación invocada por los abuelos en nombre de la nieta en el reclamo administrativo presentado en iguales términos que la acción que nos ocupa, conforme surge del dictamen de fs. 193/194 y posterior resolución de fs. 196 y vta.

La ley 26061, que regula la tutela y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren dentro de nuestro país determina que dichos derechos y garantías son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles (art. 2°) y que se encuentran sustentados en el principio del interés superior del niño.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que "cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas puedan conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional"(C.S.J.N., 23/11/2004, "M., S. A.", Lexis N° 1/1004367).

Teniendo en cuenta lo expuesto y las premisas señaladas precedentemente, corresponde hacer lugar al recurso de apelación de los actores; en consecuencia, revocar la resolución de grado y rechazar la excepción de falta de personería interpuesta por los codemandados debiéndose continuar con el trámite del juicio según su estado.

IV.- Atento lo expuesto, corresponde introducirnos al estudio de las demás excepciones articuladas por los codemandados: falta de reclamo administrativo previo y prescripción que no fueron tratadas por el juez de grado, en virtud de la decisión adoptada cuya modificación proponemos.

Teniendo en cuenta los fundamentos expuestos por el Estado Provincial y la codemandada M. al oponer la excepción de prescripción de la acción y, en su caso, la falta de reclamo administrativo previo, que se encuentran subsumidos y estrechamente relacionados con los argumentos dados al oponer la excepción de falta de personería, por razones de método se tratarán seguidamente en forma conjunta.

En forma preliminar siguiendo el criterio sostenido por el Superior Tribunal de Justicia de Chubut, se señala que si bien la falta de reclamo

administrativo previo que conlleva la falta de habilitación de la instancia judicial, no tiene una regulación como una excepción de las expresamente previstas por el Código procesal, su reconocimiento por la legislación adjetiva y doctrina y jurisprudencia nacional y de otras provincias, ha motivado que la misma se acepte como defensa de previo y especial pronunciamiento a fin de evitar dilaciones para la realización del derecho y la justicia, siendo procedente su tratamiento en esta etapa por razones de ahorro procesal, dado que si la misma prosperase se evitaría así un dispendio jurisdiccional innecesario (STJCH SI 57/SCA/01, 73/SCA/03, entre otras).

A fs. 489 vta., opuso la Provincia del Chubut la excepción de prescripción y la defensa de falta de reclamo previo eficaz (sic). Señala que las mismas están estrechamente relacionadas con la excepción de falta de personería y falta de acción deducidas por su parte, por lo que solicita se tenga presente lo manifestado en su oportunidad.

Reconoce que el hecho generador del daño que se reclama ocurrió el día 19 de mayo de 2002. Manifiesta que los actores interpusieron por derecho propio y en representación de su nieta reclamo administrativo previo conforme el artículo 138 de la ley 920 – ahora Ley I N° 18 D.J.-. Agrega que el mismo fue rechazado. Alegan que la demanda se interpuso el día 27 de mayo de 2005, es decir tres años después de ocurrido el hecho. Aduce que por haber los abuelos interpuesto el reclamo previo sin tener la representación legal de la niña, conforme los fundamentos opuestos en la excepción de falta de personería, todos los actos jurídicos celebrados o realizados en su nombre no han producido efecto alguno. Agrega que la tutela no estaba discernida.

Insiste que el reclamo administrativo por haber sido promovido por quienes carecían de la referida representación, ha sido inocuo, no produciendo el efecto deseado, esto es, la interrupción de la prescripción.

Por ello, sostiene que dicha omisión no podrá ser subsanada por cuanto la acción al momento de la interposición de demanda estaba prescripta. Lo mismo expresa con relación al reclamo de los actores.

A fs. 509 la codemandada N. M., opone excepción de prescripción, la que vincula con la falta de personería de los abuelos para reclamar

en nombre de la niña M.A.J. Señala que el término de prescripción de la acción operó sin que el defecto haya sido subsanado por los actores.

De lo expuesto surge que ambos codemandados subsumen sus defensas y objeciones a los argumentos sostenidos al fundar la falta de personería, excepción que fue rechazada precedentemente remitiéndonos a los fundamentos expuestos en dicha oportunidad.

Con relación a al reclamo administrativo previo que ahora se pretende calificar de ineficaz, es dable destacar que la Provincia nada dijo en dicho sentido al tramitar el mismo. Es más, no surge de los fundamentos dados para su rechazo objeción alguna respecto de la representación invocada por los abuelos en nombre de su nieta- ver fs. 193/194 y 198/199-, de los argumentos expuestos se observa que para así resolver solo se adujo la falta de responsabilidad del Estado en el hecho dañoso.

La crítica realizada por la Provincia en esta etapa procesal demuestra una conducta contraria a la realizada al dar trámite al reclamo en sede administrativa. Entonces ergo, es producto de una reflexión tardía carente de eficacia, como consecuencia de la aplicación de la doctrina de los actos propios. Esto es así pues, surge de las constancias de autos que: a) dio el trámite pertinente al reclamo interpuesto en iguales términos que la presente demanda y, b) dictó resolución rechazando el reclamo de los actores por razones ajenas a la personería o representación invocada en nombre de la niña M.A.J. Ello, sin soslayar que el trámite duró más de un año, no habiendo efectuado el Estado Provincial durante su pendencia advertencia u oposición alguna con relación a los defectos que pudiera tener la presentación de los actores.

La invocación en sede judicial de la falta de personería de los abuelos para interponer el reclamo administrativo previo en representación de su nieta es improcedente. Entonces, por estas razones y de conformidad con lo anteriormente resuelto, corresponde el rechazo de esta defensa.

Con relación a la excepción de prescripción, cabe destacar que el reclamo administrativo previo es un requisito necesario previsto por los artículos 136 y 138 de la Ley I N° 18 (antes ley 920), sin el cual no corresponde posteriormente tener por habilitada la instancia judicial. Por lo tanto, la

interposición del mismo interrumpe el plazo de prescripción de la acción, en consecuencia, el tiempo que hubiere operado se debe tener por no sucedido manteniéndose dicho efecto durante todo el trámite proceso administrativo (art. 3986, 3998 y cc. Cód.Civil).

Los actores interpusieron su reclamo en sede administrativa- en nombre propio y en representación de su nieta- el día 19/05/2004, conforme surge del sello impuesto a fs. 17 vta. El hecho dañoso que motiva el presente juicio ocurrió el día 19 de mayo de 2002. Surge de lo señalado que el reclamo administrativo fue interpuesto durante el curso del plazo de prescripción interrumpiendo el mismo. Por ello, el cómputo del término debe comenzar a contarse nuevamente a partir de la finalización del trámite administrativo, circunstancia que ocurrió el día 15 de junio de 2005 fecha en que se dictó la Resolución N° II 154 (fs. 198/199), habiendo sido notificados de la misma los actores el día 9 de septiembre de 2005 (fs. 201).

La demanda judicial se interpuso el día 27 de mayo de 2005 (fs. 64/76 vta).

El cotejo de las fechas enunciadas evidencia que, al momento de interponer la demanda judicial el plazo de prescripción previsto por el artículo 4037 del CC no estaba vencido, por lo tanto corresponde el rechazo de la excepción de prescripción.

Reparase que habiéndose subsanado los defectos de personería, queda convalidado todo lo actuado, por ende, puede entenderse que el defecto nunca existió y, en consecuencia, el plazo de prescripción de la acción no venció.

V.- Con relación a la excepción opuesta por la codemandada M., por iguales fundamentos a los expuestos precedentemente, se rechaza la prescripción de la acción interpuesta por la parte.

VI.- Atento el modo de resolver la cuestión se torna operativa la norma del artículo 282 del CPr., por lo que se modifica la imposición de costas y honorarios regulados.

Costas de ambas instancias a los codemandados. Regular los honorarios por la incidencia de primera instancia, teniendo en cuenta la labor desarrollada, etapa del proceso, éxito obtenido y demás pautas orientadoras de la

ley de aranceles para abogados, fijando por su actuación al Dr. M. R. C. en el 15%, a la Dra. I. A. M., en el 10% y al Dr. F. M. M., en el 10%, todos de los que resulten al dictar sentencia definitiva (arts. 5 a 7, 32, y conc. Ley XIII N°4, antes ley 2200).

Regular los honorarios de la alzada correspondientes al Dr. M. R. C. en el 30% y los del Dr. F. M. M., en el 25% de los que resulten de la incidencia de primera instancia (arts. 32, 13 y ss Ley XIII N° 4).

En este estado el Dr. Fernando Nahuelanca dice:

Que concuerdo con la solución dada al caso en cuanto resuelve revocar el decisorio de grado, pero no así con relación a la prosecución del trámite del proceso. En este sentido, considero que por el debido resguardo de los derechos de la niña, entre ellos, el derecho de defensa en juicio (ley 26061), resulta necesario la designación de un tutor legal que la represente en este proceso conforme las disposiciones de los artículos .389 y 390 del CC. Teniendo en cuenta ello y el estado procesal del juicio, a fin de sanear el trámite del mismo estimo que corresponde suspender el proceso hasta tanto los interesados comuniquen al tribunal el estado procesal y resultado obtenido en el juicio de discernimiento judicial de la tutela legal de la niña M.A.J. y subsanen el defecto señalado en autos, a cuyos efectos se otorga un plazo prudencial y razonable que, en razón de los especiales intereses en juego, entre ellos el interés superior del niño, fijo en el término de tres meses de notificada la resolución, bajo apercibimiento de considerar desistido el proceso en cuanto a la presentación de la niña M.A.J. (art. 357 inc. 4) y cc CPr D.J.).

Por ello, la Sala A de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la disidencia del Dr. Fernando Nahuelanca,

R E S U E L V E:

1)Hacer lugar al recurso de apelación de los actores interpuesto a fs. 571 y, en consecuencia, revocar la sentencia de fs.569/570 vta.

2)Rechazar las excepciones interpuestas por los codemandados de falta de personería, de falta de reclamo administrativo previo y de prescripción interpuestas, debiéndose continuar con el trámite del juicio según su estado.

3)Costas de ambas instancias a los codemandados vencidos. Regular los honorarios correspondientes a la incidencia de primera instancia del Dr. M. R. C. en el 15%, Dra. I. A. M., en el 10% y Dr. F. M. M. en el 10%, todos de los que resulten al dictar sentencia definitiva.

4)Regular los honorarios por la actuación en la alzada de los Dres. M. R. C. en el 30% y F. M. M. en el 25%, de los que resulten de la incidencia de primera instancia.

5)Regístrese, notifíquese, devuélvase.