Comodoro Rivadavia, de junio de 2016.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"ASESORIA DE FAMILIA (H.J.N.) en autos: "H., D. M. y Otro c/ M. M., A. y Otro s/ SUMARIO (Daños y Perjuicios)" s/ ACCION DE NULIDAD", Expte. N° 98/2016**, venidos del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 2, Secretaría N° 3 (Expte. N° 552/2015), por haber interpuesto la Sra. Asesora de Familia a fs. 261, recurso de apelación contra la resolución obrante en fs. 260, que rechaza in límine la nulidad impetrada.

I.- De los antecedentes del proceso, surge que a fs. 252/259, la Sra. Asesora de Familia Dra. Verónica Andrea Roldán, en representación principal del niño J. N. H., interpone incidente de nulidad de todo lo actuado en el proceso principal caratulado: "H. D. M. y Otra c/ M. M. A. y Otro s/ Sumario (Daños y Perjuicios)" Expte. N° 1/2015, por no haberse otorgado al ministerio Pupilar la participación correspondiente desde el primer acto procesal, es decir desde que se admite la demanda incoada y se le imprime trámite sumario, por haberse omitido lo normado por el art. 103 CCC., siendo ésta su primera y única intervención.

Relata hechos, funda en derecho, formula reserva del Caso Federal y peticiona se haga lugar a la nulidad interpuesta decretando la misma desde el dictado de la providencia del 24/02/2015 que admite como parte a su representado, más no otorga intervención al Ministerio Público.

Fundamenta la nulidad en el hecho de que la ausencia de su intervención trajo aparejado un perjuicio irreparable al interés superior del niño

involucrado en los presentes actuados. Se le otorgó intervención después de trabada la litis y en el trámite avanzado de la apertura a prueba, cuando su representado ya no revestía la calidad de accionante, por haber prosperado el planteo de la demandada en cuanto a la falta de legitimación activa del niño, y en segunda instancia dicha resolución fue confirmada, encontrándose firme a la fecha. Al asumir su intervención en este estadio procesal, el único remedio posible es la declaración de nulidad de todo lo actuado. Denuncia que la nulidad resulta manifiesta y señala que su falta de intervención ha impedido la correcta conformación de la litis negando el debido acceso al a justicia de su representado, quien se encuentra injustamente privado de continuar un reclamo patrimonial en su beneficio. Peticiona se suspenda el trámite del proceso principal hasta tanto se sustancie el incidente.

El señor Juez de grado, en su resolución de fs. 260 textualmente expresa: "*(…) Al entrar en el tratamiento de la cuestión traída a estos autos, cabe aclarar que el art. 7 del Código Civil y Comercial (Ley 26.994) establece la regla de aplicación inmediata del nuevo ordenamiento pero instala, -al igual que lo hacía el art. 3 del Código derogado-, un límite a su aplicación retroactiva. En este marco, la novel codificación rige para los hechos posteriores o aquellos que se encuentren en curso de ejecución. Las consecuencias de los hechos pasados, como en este caso, quedan sujetas a la ley anterior (Ley 340), pues se trata de relaciones jurídicas consumadas (…)*"

En su memorial de fs. 264/269vta., la Sra. Asesora de Familia precisa como agravios: 1) La

carencia de adecuada motivación fáctica jurídica de lo resuelto y el apartamiento del derecho vigente. Si bien se le otorga participación en el carácter invocado, es decir en representación principal del niño, rechaza in limine el incidente de nulidad. Su falta de intervención ni siquiera fue analizada y dicho análisis no depende de la aplicación temporal del nuevo código civil conforme la regla que establece en el art. 7 del cuerpo normativo, ya que el art. 103 del CCC tiene su antecedente en el art. 59 del anterior código civil, que regulaba la intervención promiscua del Ministerio Pupilar de modo similar al actual art. 103 CCC. Expone que en los procesos judiciales, la falta de intervención del asesor en representación de la persona menor de edad involucrada en tiempo oportuno, determina la nulidad de cualquier resolución que cause perjuicio. En ambas normas se regulaba la intervención legal y necesaria del Ministerio Público o de Menores como representante promiscuo o complementario de los niños, niñas y adolescentes involucrados en un proceso judicial, siendo la consecuencia frente a la falta de intervención, la nulidad relativa.

2) El rechazo in limine y la falta de tratamiento de los fundamentos del incidente de nulidad. Le agravia el rechazo in limine del incidente, ya que no se adentra al tratamiento de los fundamentos fácticos y jurídicos de la nulidad invocada, fundamentalmente por los perjuicios ocasionados a su representado en virtud de las irregularidades observadas en el trámite de la causa principal. Resulta contradictorio que la primera intervención otorgada sea con el fin de evitar futuras nulidades, y cuando pone en evidencia la nulidad

existente para que no sea convalidada, se rechace de plano el planteo esgrimido, sin realizar un mínimo análisis de los argumentos brindados.

3) La ausencia de toda consideración al interés superior del niño. Se omite deliberadamente toda consideración al interés superior del niño, a sabiendas de que en toda decisión que involucre a niños, niñas y adolescentes, debe primar el interés superior de éstos, así lo establece la Convención de los Derechos del Niño, la ley 26.601 y lo recepta el art. 706 CCC. Formula reserva del Caso Federal, Peticiona se revoque la providencia impugnada y se ordene hacer lugar al incidente de nulidad interpuesto.

II.- Así sintetizados los antecedentes del proceso, corresponde ingresar al tratamiento del recurso interpuesto.

Del examen de la causa surge que el juez de grado desestima in limine el planteo nulidificatorio, haciendo un análisis únicamente respecto a la normativa que corresponde aplicar, si el código civil derogado o el que entrara en vigencia en agosto de 2015. Entiende que las consecuencias de hechos pasados, como en este caso, quedan sujetas a la ley anterior, pues se trata de situaciones jurídicas consumadas.

Sin otro análisis dicta su resolución. Ahora bien, en los términos en los cuales la cuestión se encuentra planteada, corresponde poner de manifiesto que en la causa principal, los accionantes comparecen por sí y en representación de su hijo menor a promover demanda de daños y perjuicios. Corrido traslado de ley a los demandados éstos oponen excepción de falta de

legitimación activa del niño y el magistrado hace lugar a la misma mediante sentencia interlocutoria N° 56/2015 obrante a fs. 188/191vta. de la causa principal 01/2015. A fs. 236 de dicha causa y a fin de evitar futuras nulidad, el magistrado ordena correr vista de todo lo actuado a la Asesora de Familia, y es en esta oportunidad donde toma intervención la misma recurriendo el planteo que hace lugar a las excepciones y deduciendo asimismo incidente de nulidad de todo lo actuado sin su intervención.

Se cuestiona por distintas vías, por la Sra. Asesora de Familia (recurso de apelación e incidente de nulidad), la resolución que hizo lugar al planteo excepcionario de la parte demandada y que dejó fuera del litigio al niño, en función de haberse omitido la intervención de la Asesoría.

En tal sentido, y en primer lugar, se debe señalar que el art. 59 del Código Civil –derogado- disponía que "a más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación" (conf. arts. 494 y siguientes del Código Civil y Fallos: 312:1580).

A su vez, y concordantemente, con la sanción de la ley V N° 139 se dispuso entre las funciones de los Asesores de Familia intervenir en los términos del art. 59 del Código Civil -redacción

anterior- en todo asunto judicial o extrajudicial que afecte derechos de niños, niñas, adolescentes y personas con padecimiento mental, entablando las acciones o recursos que sean pertinentes. Interviene en el control de legalidad de las medidas adoptadas por organismos administrativos; así como peticionar, en los casos del inciso anterior, las medidas que hagan a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes y personas con padecimiento mental, en forma autónoma y ejerciendo la directa representación de quienes carecieran de asistencia o representación legal o cuando resulte necesario suplir la inacción u oposición de sus representantes legales o de las personas que los tuvieren a su cargo por disposición judicial o de hecho (art. 21).

Asimismo, conforme a la reciente entrada en vigencia de la ley 26.994, es oportuno destacar que el art. 103 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, establece: "Actuación del Ministerio Público. 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 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. (…)”

Resulta suficientemente claro que la omisión de remitir las actuaciones en su oportunidad a la Asesora de Familia, ante la presentación de la acción o previo a resolver, le impidió a ésta tomar participación y peticionar lo conducente para la adecuada protección del niño, vulnerándose el interés del mismo al no haberse dado la intervención necesaria a los fines de integrar debidamente su representación.

En tales condiciones, no se debe soslayar que la intervención del Asesor se caracteriza por ser promiscua y complementaria ya que no sustituye ni reemplaza a los representantes legales (Fallos: 320:2762 y 324:151).

En ese sentido, el Alto Tribunal ha dicho que de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 59, 493 y 494 del Código Civil -redacción anterior-, y el art. 54 de la Ley Orgánica del Ministerio Público 24.946, el Defensor de Menores es parte esencial y legítima en todo asunto judicial o extrajudicial en el que intervengan menores e incapaces, e incluso puede deducir todas las acciones y adoptar las medidas que sean necesarias para su mejor defensa en juicio, bajo pena de nulidad de todo acto que hubiere tenido lugar sin su participación (Fallos 333: 1152).

Del estudio de los autos principales, se advierte que no se ordenó ni dispuso la participación en forma previa a la adopción de una decisión que causó a dicha representación promiscua un gravamen no susceptible de reparación ulterior, como lo es la sentencia interlocutoria N° 56/2015 que hizo lugar a la

excepción de falta de legitimación activa para obrar del niño Joaquín Nicolás Hernández, opuesta por la demandada e imponiéndole las costas.

Por los fundamentos expuestos y por encontrarse en juego el derecho de defensa del niño Joaquín Nicolás Hernández, corresponde revocar la resolución de fs. 260, debiendo el magistrado en la instancia de grado proveer de conformidad el incidente articulado por la Sra. Asesora de Familia.

III.- Las costas de la Alzada, por no mediar contradicción y por tratarse de una decisión *ex officio*, se imponen por su orden en atención a la naturaleza del pleito (conf. art. 69 y cc. del CPr). A los fines de la regulación de honorarios se tendrá en cuenta -a efectos de determinar los porcentuales previstos por el art. 13 de la Ley XIII N° 4- el resultado obtenido y la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada, como asimismo el mínimo establecido por el art. 32 del citado ordenamiento legal.

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, **RESUELVE:**

1°) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 261. Revocar la resolución de fs. 260, ordenándose que en la instancia de grado se provea de conformidad el incidente articulado por la Sra. Asesora de Familia.

2°) Imponer las costas de la alzada por su orden. Regular los honorarios profesionales de la Dra. Verónica Andrea Roldán, Asesora de Familia, por la

labor desarrollada en esta instancia en el uno coma cinco por ciento (1,5%), de lo que oportunamente se le regule por su actuación en el proceso principal, con más la alícuota del IVA si correspondiere.

3°) Por Secretaría procédase a la refoliación de la causa a partir de fs. 53.

4°) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara, por encontrarse vacante un cargo de Juez de Cámara y existir concordancia en la solución del caso (Ley V N° 17 Digesto Jurídico Chubut).