-----Trelew, 14 de febrero de 2021. ----------

-----**Y VISTOS**: Estos autos caratulados: “I., V. F. c/ Sucesores de C., S. M. y Otra s/ Daños y Perjuicios” (Expte. Nro. 400 – Año 2021 CAT) venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral, Rural y de Minería de la Circunscripción Judicial I con asiento en la ciudad de Rawson (Expte. Nro. 1075 – Año 2013) a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Asesora de Familia Dra. G. A. L. junto a la Dra. M. M. C. a fs. 386, contra la sentencia interlocutoria dictada el 27/10/20, fundado a fs. 389/393vta.----------

-----**Y CONSIDERANDO:** ----------

-----I) A fs. 382/385 el juez de grado resuelve no hacer lugar al planteo de nulidad efectuado por la Asesora de Familia. Para ello señaló que el Código Civil derogado preveía un sistema de representación dual de los incapaces: representación necesaria (art. 57) y promiscua (art. 59). Agrega que la intervención del Ministerio de Menores era primordialmente de naturaleza representativa, de carácter necesario y resultaba complementaria de la actuación de los representantes legales individuales.----------

-----Refiere que el art. 103 del C.C. y C. dispone que, además 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 el 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. ----------

-----Expresa que de conformidad con el art. 103 citado el Ministerio Público debe intervenir respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida y de aquéllas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos.

-----Indica que la intervención es complementaria en todos los procesos en los que se encuentren involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida. Agrega que la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto, por lo que puede subsanarse si así conviene a los intereses de la persona y no genera un perjuicio, ya que no está comprometido el orden público (art. 386 y 388 del C.C. y C.).----------

-----Describe que la actuación es principal cuando los derechos de los representados están comprometidos y existe inacción de los representantes, cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes o cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación. Agrega que el

Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando se encuentran comprometidos derechos sociales, económicos y culturales. ----------

-----Menciona que la doctrina ha señalado que la no actuación del Ministerio Pupilar es sancionada con la nulidad, la que es relativa y como tal subsanable mediante la confirmación, sea expresa o tácita.----------

-----Indica que la finalidad que persigue la norma es la de proveer a la buena defensa del interés del incapaz. ----------

-----Da cuenta de que el Ministerio Público tomó debida intervención en autos al ordenarse el traslado de la demanda incoada a fs. 64 y en la oportunidad previa a la apertura a prueba, tal como surge del dictamen de fs. 144 y que, además de ello, se le corrió vista de lo actuado previo al dictado de la sentencia definitiva (ver fs. 370) y en esta última intervención la Asesora de Familia de Rawson se presenta y acusa nulidad de las resoluciones dictadas el 20/04/15 de fs. 173, la del 02/06/13 de fs. 193 y la dictada el 03/09/18 obrante a fs. 311, por considerar que no se le dio intervención para evitar la inacción de la Sra. C. lo cual devino en caducidades y negligencia de los medios probatorios en detrimento de sus asistidos. ----------

-----Explica que la Asesoría tomó la respectiva intervención promiscua y que no se debe confundir con la ausencia de la presencia durante todo el proceso por parte de la Asesora, quien estuvo notificada de la presente acción.----------

-----Refiere que pretende enervar su falta de control con nulidades procesales, las cuales se encuentran todas convalidadas, por lo que el planteo de nulidad deviene extemporáneo de acuerdo a lo previsto por el art. 171 segundo párrafo del C.P.C.C. Indica que los actos cuya nulidad se pretende se encuentran consentidos y que la Asesora de Familia tenía 5 días hábiles a los efectos de realizar el planteamiento de las nulidades ya que de conformidad con el principio de convalidación, toda nulidad procesal queda subsanada por el consentimiento sea expreso o tácito del afectado.----

-----II) Que a fs. 386 se presenta la Asesora de Familia de la ciudad de Rawson y plantea el recurso de apelación, fundando el recurso interpuesto a fs. 389/393vta. Efectúa una descripción sucinta de los antecedentes de la causa. Se agravia por cuanto las resoluciones adoptadas a lo largo del proceso sin la vista correspondiente a la Asesoría de Familia afectaron directamente los derechos e intereses de los adolescentes involucrados, no habiendo mediado participación necesaria del Ministerio en las etapas procesales precluidas, por lo que solicita se decreta la nulidad de las resoluciones de

fs. 173, 193 y 311. ----------

-----Relata que la interpretación realizada por el magistrado de grado es incorrecta respecto de la función especial que le compete a la Asesoría de Familia. Señala que resulta un contrasentido técnico "correr vista de todo lo actuado" para, luego de que se dictamina, dar por precluídos los plazos procesales para poder cuestionar lo que estima corresponder.----------

-----Refiere que resulta reprochable endilgarle al ministerio la falta de contralor de las actuaciones y que importaron la convalidación de los actos cuya nulidad se pretende cuando los mismos no fueron sometidos a control de legalidad del orden público que debe ejercer la Asesoría.----------

-----Da cuenta de que la falta de intervención oportuna se debió exclusivamente a la falta de debida diligencia por parte del Tribunal en las presentes actuaciones, por cuanto debió haberse corrido vista de cada etapa procesal, remitiendo las actuaciones al público despacho para poder tomar efectivo conocimiento y ejercer el contralor de las mismas.----------

-----Describe que son llamados a ejercer la representación promiscua de personas menores de edad o de adultos incapaces a los fines de garantizar la legalidad del proceso en resguardo de los derechos de carácter público y afectación de tales grupos vulnerables. Señala que incluso están llamados a intervenir de oficio en toda cuestión judicial o extrajudicial en que se vean afectados los derechos e intereses de sus representados. ----------

-----Detalla que las funciones específicas y la naturaleza tuitiva que reviste la intervención del Ministerio Pupilar confiere contenido al imperativo emanado de las normas internaciones y constitucionales de los derechos humanos de los niños y personas con padecimiento mentales que establecen el deber de asegurar su derecho a una protección especial. ----------

-----Expresa que todo trámite o disposición legal que excluya la intervención del Asesor de menores o defensor de menores, sean en los procesos de derecho público como privado o se traten de cuestiones penales o civiles que involucren a personas o los bienes de los menores, además de la nulidad ya explicitada, es inconstitucional.--------

-----Manifiesta que resulta crucial para entender la cuestión bajo análisis entender el modo en que deben notificarse las providencias al Ministerio Público en todas aquéllas causas en las que se encuentran involucrados intereses de niñas, niños y adolescentes. Indica que en el caso de autos se ha desnaturalizado y dejado sin efecto una garantía

constitucional indiscutible que es el control de legalidad y defensa en juicio de las niñas, niños y adolescentes por parte de la Asesora de Familia. Da cuenta de que no resulta posible equiparar el modo en que deben realizarse las notificaciones a la de cualquier justiciable, cuando se encuentran comprometidos los derechos de las niñas, niños y adolescentes o personas con capacidad de restringida o incapaces.----------

-----Señala que la notificación debe realizarse de conformidad con la regla que prevé el art. 137 del C.P.C.C. para los funcionarios judiciales, descartando la notificación automática o por ministerio de la ley. Cita jurisprudencia y doctrina en aval de su postura. Formula el petitorio de estilo.----------

-----III) Los vicios de los actos procesales deben referirse a estos mismos, de tal suerte que la nulidad que se invoque a su respecto no puede tener otro origen que la transgresión de las normas que reglamentan la actividad de las partes y del órgano jurisdiccional, siendo viable el incidente aún en el supuesto de que, a raíz de un acto defectuoso, se haya dictado una resolución judicial, pues en tal hipótesis no se impugna ésta en sí misma sino en la medida en que configura la culminación de un pronunciamiento irregular (esta Sala, SIC Nro. 45/2000).----------

-----Entrando a analizar el rechazo del incidente de nulidad incoado, cabe comenzar señalando que el Derecho Procesal está dominado por exigencias de firmeza y de efectividad en los actos, superiores a las de otras ramas del orden jurídico. De tal forma, frente a la necesidad de obtener actos procesales válidos y no nulos, se halla la necesidad de obtener actos procesales firmes sobre los que pueda consolidarse el derecho (conf. Couture, Eduardo J., "Fundamento del Derecho Procesal Civil", 1951, p. 287, N° 196; Palacio, Lino E., "Derecho Procesal Civil", IV-158; CNCiv., Sala F, L.L., 1996-A-137).----------

-----Por ello, en materia de nulidad, es principio incontestable –tanto en doctrina como en jurisprudencia- que la nulidad por la nulidad misma resulta extraña a nuestro sistema procesal (CNCiv., Sala C, L.L., 1977-A-554, 33.996-S).----------

-----De tales preceptos, tanto el perjuicio sufrido como el interés que procura subsanar, quien pide una declaración de nulidad procesal deben ser fehacientemente demostrados. No basta que la irregularidad haya colocado a la parte en estado de indefensión teórica, sino que debe concretarse en la mención expresa y precisa de las defensas que se vio privada de oponer, exigencia que no se ve suplida por la genérica mención a la violación del derecho de defensa en juicio (conf. CNCiv., Sala F, L.L., 1996-A-137).----------

-----Al plantear la nulidad, la Asesora de Familia (ver fs. 373/374) señaló que el interés legítimo que abona su pedido pasa por el hecho de no haber sido notificada de las resoluciones adoptadas a fs. 173, 193 y 311 en los términos del art. 137 inc. 8 tercer párrafo y que ello afectó el derecho e interés de los adolescentes involucrados en el presente proceso y no se le permitió la participación necesaria al Ministerio en las etapas procesales para ejercer el derecho que le corresponde.----------

-----Asimismo, lo propio hizo al expresar agravios donde puntualizó que el magistrado de grado realizó una errónea interpretación de la forma en que debe procederse a notificarse al Ministerio Público, pues la norma procesal dispone que las notificaciones deben hacerse en su público despacho.----------

-----IV) Surge de la compulsa de las presentes actuaciones que la Asesora de Familia tomó intervención en las presentes actuaciones a fs. 64 (14/02/14) con la remisión de las presentes actuaciones a su público despacho (ver fs. 63vta.), luego lo hizo a fs. 144 (24/06/14) donde también se le remitió el expediente conforme surge de fs. 143vta. y por último lo hizo a fs. 373/374, en oportunidad en que se le corre vista de todo lo actuado a fs. 370 último párrafo. Allí, además, el proveyente advirtió que se había omitido correr vista de todo lo actuado.----------

-----Importa dejar sentado que la Asesoría de Familia no realiza actos a nombre de los incapaces, ni es su mandatario convencional o legal. La representación que ejerce 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.----------

-----En tal sentido, 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. La no actuación del Ministerio Pupilar es sancionada con la nulidad; esta nulidad es relativa y como tal saneable mediante la confirmación 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 (arg. CC0000 DO c. 84752 Reg. 210/2007).----------

-----Se ha dicho que el rol del Asesor de Menores, función que no ha sido unívoca a lo largo de su historia, ha ido logrando un posicionamiento superior a partir de la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos, en especial la Convención Americana y la Convención de los Derechos del Niño; y luego, en nuestro país, con la sanción del Código Civil y Comercial, en cuyo artículo 103 lo posiciona de mejor modo en relación

con el art. 59 del Código Civil velezano. Sin embargo, ambos califican su intervención de complementaria a través de esta representación dual junto a los representantes legales; pero, en caso de que ocurran determinadas circunstancias cuando los derechos de los representados estén comprometidos y exista inacción de los representantes-, esa actuación se convierte en principal porque surge la necesidad de garantizar condiciones de igualdad en el acceso de sus derechos a través de la atención especializada del Asesor (Bueres, Alberto – Highton, Elena "Código Civil comentado", Tomo 1 "A", Ed. Hammurabi, julio 2003, pág. 501).----------

-----En virtud de ello, no resulta posible revisar la cuestión traída bajo examen sin antes reparar en la especial naturaleza y función reconocida a la Asesoría de Familia por el Código Civil y Comercial de la Nación, los tratados internacionales e incluso por nuestra Constitución provincial, que nos advierte sobre la autonomía reconocida a la función de dicho Ministerio.----------

-----Al respecto resulta preciso recordar la doctrina del Máximo Tribunal de la Nación que concibe la intervención del Asesor de Incapaces como garantía constitucional cuya omisión se sanciona con la nulidad de todo lo actuado (CSJN, Fallos: 330:4498; 332:1115; 333:1152; 334:419; entre otros).----------

-----Así las cosas y a poco que se analice la causa se advierte que mediante providencia dictada el 20 de abril de 2015 (ver fs. 173), el magistrado de primera instancia decretó la caducidad de la prueba confesional oportunamente ofrecida por la parte demandada, dándole por decaído el derecho a producir dicha prueba en lo sucesivo. A través de la providencia dictada el 02 de junio de 2015 (ver fs. 193) decretó la caducidad de la prueba testimonial respecto de los testigos G. I. V., F. S. C. y J. S. F. ofrecida por la parte demandada y por último mediante sentencia interlocutoria Nro. 377/2018, dictada el 03 de septiembre de 2018, declaró a la parte demandada Sucesores de S. M. C. negligente en la producción de la prueba pericial mecánica, dándole por decaído el derecho de producir la misma, imponiéndoles las costas. ----------

-----Como puede observarse la Asesora de Familia tomó intervención, en tres oportunidades con anterioridad a las resoluciones que cuestiona (ver fs. 64, 63vta. y 144) y por último lo hizo a fs. 373/374, es decir con posterioridad a las resoluciones de las cuales plantea la nulidad sin haber tenido la debida audiencia u oportunidad de ser oída previo al dictado de ninguna de tales resoluciones. ----------

-----V) Ahora bien, aquí estamos en presencia de dos institutos procesales distintos, por un lado la caducidad de la prueba confesional y testimonial y, por otro la negligencia

probatoria respecto de la prueba pericial mecánica. ----------
-----En el primer supuesto, esto es de caducidad, se diferencia de la negligencia pues operan en forma automática, a pedido de parte o de oficio, cuanto se constaten ciertas y determinadas omisiones que la ley reputa como representativa o demostrativa de esa negligencia probatoria, con prescindencia que las mismas ocasionen o no una demora en la tramitación de la causa o sean o no atribuibles al desinterés de la parte que solicitó la prueba en cuestión, una negligencia objetiva supuesta por la ley, que no admite prueba en contrario, no se sustancia con la contraria y puede ser decretara ex officio por el juez en ciertos casos.----------
-----Contrariamente, la negligencia exige la demostración de que la omisión generó una demora injustificada en la tramitación de la causa o de la prueba y que ella es imputable a quien la ofreció; da lugar a la formación de un incidente, que por fuerza se sustanciará con la contraria, y depende invariablemente de instancia de parte para su proveimiento (Kielmanovich, Jorge L., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Editorial Abeledo Perrot, Séptima Edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, Tº II, pág. 1062 y ss).----------
-----En virtud de ello, corresponderá rechazar el planteo de nulidad deducido por la Asesora de Familia respecto de las resoluciones de fs. 173 y 193 y consecuentemente confirmar lo decidido por el magistrado de grado en cuanto decretó la caducidad de las pruebas confesional y testimonial, en tanto como se dispuso precedentemente dicho trámite no requiere sustanciación con la parte contraria.----------
-----VI) Sentado lo anterior, cabe señalar que a esta altura cobra virtualidad el hecho de que la Asesora de Familia, además de tener, como ya se dijera, una representación promiscua y complementaria de la que ejerce el profesional, en este caso de la parte demandada, tiene un régimen propio de notificaciones.----------
-----Es que, recién cuando se le otorga vista de las actuaciones en los términos del art. 137 inc. 18 tercer párrafo del C.P.C.C., puede la Asesora de Familia formular los planteos y los recursos pertinentes contra las actuaciones o resoluciones de las que no hubiere tenido conocimiento anterior, incluso cuando se hubiere incurrido en algún vicio que pudiera derivar en la nulidad de todo lo obrado (arg. SCBA LP c. 119241 sent. 22/12/2015). ----------
-----En tal sentido la doctrina ha puntualizado que "El otro aspecto con que se cierra el artículo 135 está referido a las notificaciones a los funcionarios judiciales, es decir, a los que integran en principio el ministerio público: procurador general, fiscales de

cámaras, agentes fiscales y asesores de incapaces (…) con relación a estos funcionarios sólo procede remitir el expediente al despacho de los mismos a los fines de la notificación, si se dan las notas previstas en el artículo 135, quedando en todas las demás notificados según el sistema regulado en el artículo 133, o sea, martes o viernes en el subsiguiente día hábil. En cambio, con respecto a los nombrados en primer término –procurador general, fiscales de cámaras, agentes fiscales, asesores de incapaces y también peritos oficiales– sólo se notificarán el día que reciban el expediente." (Morello, Augusto; Sosa, Gualberto Lucas; Berizonce Omar, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, Comentados y anotados", Librería Editora platense, Año 1985, Tomo II B, pág. 744 y ccs.).----------

-----En el marco ya descripto, la primera oportunidad que tiene conocimiento el Ministerio Pupilar de las resoluciones cuya nulidad solicita es cuando el magistrado de grado le corre vista de todo lo actuado a fs. 370 último párrafo, siendo recepcionado el expediente el día 18 de agosto de 2020 (ver fs. 370vta.). ----------

-----Que en virtud de ello, el planteo nulificatorio de la resolución de fs. 311, resulta temporáneo pues cabe considerar que la Asesora de Familia recién tomó conocimiento de las irregularidades sobrevinientes a su última intervención ocurrida a fs. 144 cuando a fs. 370 se le corre vista de todo lo actuado (ver fs. 370 último párrafo), lo cual le impidió, con anterioridad, defender los derechos de los menores en debida forma, en razón de ello, la nulidad planteada ha sido deducida dentro del plazo de 5 (cinco) días que establece el art. 172 del C.P.C.C. ----------

-----Se ha sostenido y con criterio que se comparte que: "si la razón de los derechos del niño es asegurar sus necesidades básicas, debe pensarse en los modos en que tales exigencias serán tuteladas. No basta con una enumeración de derechos, sino que es preciso buscar los caminos para que tengan efectividad. Es decir, imaginar los mecanismos para garantizarlos, tanto desde el punto de vista asistencial como de su protección jurisdiccional" (Grosman, Cecilia; "Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia", LL 1993-B, pág. 1089). ----------

-----En función de lo analizado, se concluye en que debe hacerse lugar al recurso interpuesto por la Señora Asesora de Familia a fs. 386 y fundado a fs. 389/393vta., revocando la sentencia interlocutoria Nro. 666/2020 obrante a fs. 382/385 en todas sus partes. En consecuencia, corresponde declarar la nulidad de la resolución de fs. 311, facultándose a la Asesora de Familia a instar la prueba cuya negligencia en su producción se decretó en la resolución cuya nulidad se declara. ----------

-----VI) Por la forma en que se resuelve y no habiendo mediado contradicción las costas generadas por la actividad en esta Alzada se imponen en el orden causado (arts. 69 segundo párrafo y 70 del C.P.C.C.). ----------

-----A tal fin, teniendo en consideración la importancia y extensión de las labores desarrolladas en esta instancia, el carácter con que se actuó, la etapa cumplida y el resultado obtenido, se regulan los honorarios de las Dras. G. A. L. y M. M. C., en forma conjunta, en la suma equivalente a 8 Jus (arts. 13, 32 y 38 de la Ley de Aranceles y art. 59 de la ley V Nro. 90), ello con más el IVA pertinente si correspondiere (conf. art. 1ro. Res. Gral. D.G.I. 4214/96, leyes 23.349 y 23.871).----------

-----En su mérito, la Sala "B" de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial III con asiento en la ciudad de Trelew, **RESUELVE:**----------

-----I) REVOCAR parcialmente la sentencia interlocutoria Nro. 666/2020 obrante a fs. 382/385. En consecuencia, corresponde declarar la nulidad de la resolución de fs. 311, facultándose a la Asesora de Familia a instar la prueba cuya negligencia en su producción se decretó en dicha resolución cuya nulidad se declara.----------

-----II) IMPONER las costas en el orden causado dado lo dispuesto en el considerando respectivo (arts. 69 segunda parte y 70 del C.P.C.C.).----------

-----III) REGULAR los honorarios de las Dras. G. A. L. y M. M. C., en forma conjunta, en la suma equivalente a 8 Jus (arts. 13, 32 y 38 de la Ley de Aranceles y art. 59 de la ley V Nro. 90), ello con más el IVA pertinente si correspondiere (conf. art. 1ro. Res. Gral. D.G.I. 4214/96, leyes 23.349 y 23.871). ----------

-----IV) REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE y DEVUÉLVASE.----------

SERGIO RUBÉN LUCERO
PRESIDENTE

GUILLERMO NICOLÁS WALTER
JUEZ DE CÁMARA

-----REGISTRADA BAJO EL NRO. ____003____ DEL AÑO 2022 – SIC – CONSTE.----------

UBALDO RENÉ AGUILERA
SECRETARIO DE CÁMARA