

En la ciudad de Mar del Plata a los 29 días del mes de Octubre de 2015, reunida la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: "M. C. S. c. C. S. y otros s. Daños y perjuicios". Habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó del mismo que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Roberto J. Loustaunau y Ricardo D. Monterisi.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

- 1) ¿Debe declararse la nulidad de la actuado por el Dr. Gerardo Luis Guardia a partir de fs. 362?
- 2) En su caso, ¿es justa la sentencia apelada?
- 3) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

I: En la sentencia dictada a fs. 357-360 la Sra. Jueza de primera instancia hizo lugar al recurso de reposición promovido por el apoderado de la codemandada "Clínica del Niño y de la Madre S.A.", dejando sin efecto la designación de tutor especial de 338 y declaró la caducidad de instancia.

Impuso las costas por su orden en el primer caso y a la actora vencida en el segundo.

Decidió así porque estimó que la tutela especial tiene carácter excepcional y su alcance se limita en principio a los supuestos del art. 397 del Código Civil, entendiendo que los "intereses contrapuestos" están referidos a situaciones evidentes de intereses personales antagónicos entre los padres y los hijos.

Luego de haber tomado contacto directo con la menor en la audiencia de fs. 350 (329 antes de la refoliatura), consideró que sus derechos no habían sido vulnerados, y no advirtió tampoco una oposición de intereses con su madre, o que hubiera carecido de representación legal que justificara el nombramiento.

Se basó en que a fs. 318 (297) la Sra. Asesora de Incapaces tomó intervención asumiendo su representación directa para impulsar el proceso, a la vez que solicitó que la madre manifestara su voluntad de seguir con el juicio en representación de su hija, bajo apercibimiento de nombrarle un tutor ad litem para suplir su indefensión (fs. 358), luego de lo cual el letrado patrocinante de la madre impulsó el proceso con las diligencias que relata.

Estimó también que al no haber concluido el trámite del beneficio de litigar sin gastos requerido por la actora, los honorarios devengados por la actuación del tutor ad litem, estarían a cargo "prima facie" de la menor.

En cuanto al segundo pedido de caducidad de instancia formulado a fs. 335 (314), por el apoderado de la Clínica, señaló que la Sra. Asesora había respondido a fs. 337 (316) que la niña se encontraba "actualmente en real estado de indefensión por la inactividad procesal de su representante legal", insistiendo en la designación de un tutor ad litem y pidiendo la suspensión de los plazos procesales.

En un nuevo análisis, consideró que a ese momento, había transcurrido el plazo del art. 310 inc. 3 del CPCC, sin que la parte actora (por error se consigna demandada) "ni a través de su progenitora ni a través de la Asesoría de Menores e Incapaces que había asumido su representación directa en los términos del art. 38 de la ley 14.442", hubiera producido actividad útil, desde la intimación ordenada a fs. 317 (296), por lo que consideró procedente declarar caduca la instancia.

II: Apelaron el letrado patrocinante de la Sra. M. a fs. 362, y la Sra. Asesora de Incapaces a fs. 373; los recursos que fueron concedidos en relación a fs. 363 y 374, fueron fundados con los memoriales de fs. 366-368 y 375-377, mereciendo las respuestas de fs. 370-371 y 379-380 respectivamente.

II.1: El patrocinante de la madre de la menor se agravió de la declaración de caducidad de instancia, porque adujo que se pone en discusión el derecho de la niña a cobrar la indemnización, y en el marco de la normativa nacional -ley 26.061- e internacional que le asiste, hay que considerar que la declaración de caducidad provoca la pérdida de derechos, en algunos casos en forma definitiva (fs. 366 vta.).

Sostuvo que la Corte Nacional ha establecido que los jueces deben evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional (con cita del dictamen del Procurador general de la Nación en Fallos 324:122).

Señaló además que la intervención de la Asesora es necesaria, y que la funcionaria interviniente destacó a fs. 342-343 (321-322), que por la cantidad de causas en trámite en las que intervenía era materialmente imposible asumir la representación directa de la niña hasta el final del proceso.

A partir de ahí razonó que la omisión de intervención acarrea la nulidad de cualquier resolución que cause perjuicio a la menor, aún cuando se encontrara representada por sus padres u otros representantes legales (con cita del fallo "Quintana" de la CSJN).

Adujo que la resolución apelada no había sido notificada a la defensora oficial de la menor, impidiéndole expedirse y articular los medios de defensa de su derecho, por lo que "se ha faltado a su tutela efectiva" (al momento de la presentación del memorial (15-11-2014) aún no se había efectuado el pase a la Asesoría, ordenado a fs. 360 (339, efectivizándose el 5-2-2015, a fs. 372).

Recordó cuáles han sido los motivos personales de la madre de la menor para no activar el proceso -el transplante renal de su hermanito - que intentó explicar en la audiencia (se refiere a la de 350), sin que la magistrada se lo permitiese (fs.368 primer párrafo).

Si a ello se suma la revocación de la designación de un tutor especial porque se consideró que sus intereses estaban debidamente representados por el Ministerio Público que adujo que no podía defenderla en forma directa por la acumulación de causas, se configura, afirmó, la indefensión frente a las partes "más fuertes del proceso" (fs. 368, aludiendo a la Clínica y a la Cía. de Seguros).

II.2: La Sra. Asesora de menores se agravió porque se dejó sin efecto la designación de tutor ad litem que peticionara a fs. 316., en resolución contradictoria con otra anterior, por no encontrar configurada una situación evidente de intereses personales antagónicos entre la madre y la hija.

a) Sostuvo que al iniciar la madre la acción en representación de su hija menor de edad, su accionar procesal repercutió en forma directa en la defensa jurídica de los derechos de la niña.

Señaló que en la audiencia de fs. 329 -a la que no asistió la actora- lo que quedó demostrado fue su imposibilidad fáctica -"por razones humanamente justificables"- para continuar su intervención a raíz de una comprometida situación de salud de un hijo menor, que "lamentablemente" no tiene efectos procesales como causal de justificación para derribar un pedido de caducidad de instancia.

b) Recordó que luego del primer pedido de fs. 301, la actora respondió la intimación solicitando la citación de testigos, mediante la invocación del art. 48 del CPCC, y que ella, propuso medidas concretas para impulsar el proceso, asumiendo la representación directa a ese fin, peticionando la designación del tutor ad litem (fs. 376, la negrilla es original).

Esa designación fue admitida a fs.317, aunque no se suspendieron los términos, tal como se había solicitado para evitar la indefensión, ni se efectivizó el nombramiento.

La continuidad de la defensa jurídica de la niña dependía de ese nombramiento, por lo que no es cierto, afirmó, que no tuviese sus derechos vulnerados o que no existiese conflicto de intereses con su progenitora, cuya inactividad generó la consecuencia de la declaración de caducidad.

c) Discrepó finalmente, con el alcance o extensión temporal que en la resolución atacada se le asigna a la representación directa que asumiera, que reitera, lo fue sólo a los fines de impulsar el proceso; tan claro es este alcance que cuando la madre respondió a la primera intimación e impulsó el proceso, su actuación cesó, porque la representación directa del Ministerio de Menores es excepcional y cesa con la actuación directa y principal del representante legal (con cita del art. 59 del C.C. y su doctrina, art. 103 del NCCC, la negrilla es original).

La representación aparece así desde fs. 301 como exclusiva en cabeza de la madre, por lo que de "haberse ordenado la suspensión de términos oportunamente y efectivizado el nombramiento de tutor ad litem . no hubiese operado la nueva situación de falta de actuación procesal que motivó el segundo pedido de caducidad de instancia" (fs. 377 in fine, el resaltado es original).

III: Analizando el curso del proceso advierto que la demanda fue iniciada por C. S. M. "por derecho propio y en representación de mi hija menor de edad C. M.", con el patrocinio del Dr. Guardia con fecha 6 de noviembre de 2007 (fs. 16 y cargo de fs. 26).

Se reclamaron los daños provocados a la niña por lo que calificaban como una defectuosa atención médica por parte de la Dra. S.C., cuando concurrieron a la guardia pediátrica de la Clínica del Niño y de la Madre, el día 4 de abril de 2007.

La demanda se emplazó claramente en la órbita de la responsabilidad contractual vigente al momento de su promoción (arts. 505, 512, 1107 y ccdtes. del C.C.).

A partir de ese momento, su patrocinante actuó invocando el art. 48 del CPCC, presentando las correspondientes ratificaciones en término (fs. 60-63-66; 70-72-74; 98-100-102; 156-158-162-165; 168-179-181; 183-191; 197-214; 218-220-244; 255-257; 269-275-279; 295-297-301; 306-312).

La Sra. M., lo hizo personalmente a fs. 232 (9-11-2010), y a fs. 246 (23-2-2011).

a) El primer pedido de caducidad de instancia se produjo a fs. 316, con fecha 13 de julio de 2013.

Al contestar el traslado que se le confiriera, la Sra. Asesora, manifestó efectivamente que asumía la representación directa de la menor "sin perjuicio de los derechos de la progenitora de mi representada", a fin de impulsar el proceso" (fs. 318), y solicitó en primer lugar que la intimación a la madre en los términos del art. 315 del CPCC (ordenada a fs. 317), se efectuara "bajo apercibimiento de nombrarle tutor ad-litem para suplir su estado de indefensión y proseguir la causa hasta el dictado de la sentencia".

Pidió también como acto impulsorio la notificación a la perito desinsaculada.

La cédula de fs. 321 fue librada sin ese apercibimiento, y notificada el 18-9-2013; un día después, el 19-9-2013 el letrado patrocinante de la Sra. M. solicitó el préstamo del expediente invocando nuevamente el art. 48 del CPCC (fs. 319), y el 20-9-2013, a fs. 322, invocando la misma franquicia, pidió se fijara nueva audiencia para el beneficio de litigar sin gastos.

A esta presentación alude la Sra. Asesora cuando afirma que aquí cesó su representación directa (fs. 377, alude a fs.301).

En ambas ocasiones se lo tuvo por presentado, parte, debiendo acreditar la personería invocada dentro del plazo legal (fs. 320 y 323 punto I).

En el proveído de fs. 323 la Sra. Jueza ordenó notificar con aquel apercibimiento -que se había omitido a fs. 321-, y la cédula se encuentra agregada a fs. 330, siendo diligenciada el 21-10-2013.

A raíz de ello, el patrocinante se presenta a fs. 326 con fecha 22 de octubre de 2013, invocando el art. 48 del CPCC, y manifestando "la voluntad de continuar con el patrocinio y representación de la menor", y que se han solicitado audiencias para continuar con la tramitación.

A fs. 327 se le indicó que "encontrándose vigente la franquicia del art. 48 del CPC invocada a fs. 301 no ha lugar a la nueva invocación", cuando en realidad a fs. 301-302 se tuvo por ratificada la actuación anterior del letrado patrocinante, por lo que no había franquicia vigente, ya que la actuación de fs. 306 como he señalado, fue ratificada a fs. 312.

Se trataba de una nueva invocación independiente de las anteriores ya ratificadas.

En el mismo auto se fijó la audiencia peticionada.

b) El segundo pedido de caducidad de instancia se produjo el 30 de abril de 2014 a fs. 335.

Se le corrió traslado a la Sra. Asesora, quien a fs. 337 manifestó que la menor se encontraba actualmente "en real estado de indefensión" por la inactividad procesal del representante legal, y solicitó para que se asumiera "adecuadamente la defensa de sus intereses" la designación de un tutor ad litem, remitiendo a su presentación de "fs. 297" (318), en la que había requerido la intimación bajo apercibimiento de la madre.

Pidió también que se suspendieran los plazos procesales hasta que se efectivizara ese nombramiento.

A fs. 338, y en "virtud de lo solicitado por la Sra. Asesora", se designó tutor ad litem para representar a la menor, figura que recaería sobre un abogado de la matrícula.

La resolución tiene como fundamento, lo aconsejado por la Asesora, e implicó, a mi modo de ver, desplazar el tratamiento de la caducidad de instancia planteada, ante el estado de indefensión alegado.

c) El recurso de reposición con apelación en subsidio planteado a fs. 339-340, se funda en que la resolución "no dispone decretar la caducidad de instancia y resuelve designar un "tutor ad litem" en concordancia con el erróneo dictamen de la Sra. Asesora de Menores e Incapaces" (punto I de fs. 339, la cursiva no es original).

Sostiene que la menor está debidamente representada, "más allá de la negligencia de sus representantes" (fs. 340).

Corrido el pertinente traslado a quien había solicitado la designación, la Sra. Asesora lo respondió a fs. 342-343, manifestando que ya a fs. 297 (318) había advertido que C. M. no había sido diligente en el desarrollo del proceso, por lo que asumió la representación directa e impulsó el proceso, y que esa representación había cesado a fs. 301 (322) cuando la Sra. M. - su letrado patrocinante invocando el art. 48 del CPCC- la asumió nuevamente.

Ante el nuevo pedido de caducidad, y considerando que C. se encuentra "frágilmente defendida por su representante legal, omitiendo la impulsión del procedimiento, es que solicito el nombramiento de un tutor ad litem a efectos de que asuma su representación" (fs. 342 vta. la cursiva me pertenece).

Cuestionó la imputación de un obrar negligente en cabeza del Ministerio a su cargo, destacando que es "materialmente imposible" asumir la representación directa de los niños en las más de 14.000 causas en trámite en que interviene.

Destacó que la enumeración del art.397 del CPCC no es taxativa y que calificada doctrina señala que no debe limitarse al supuesto exclusivo de la contradicción de intereses, y que el bloque legal de protección de derechos, con la ley 26.061 a la cabeza impone fortalecer las nociones de participación procesal, representación y defensa de los menores de edad.

Previo a resolver "respecto al recurso de reposición incoado", a fs. 344 se fijó audiencia para el día 16 de julio de 2014, para "tomar contacto directo con la menor" (con fundamento en los arts. 75 inc. 22 de la CN, arts. 3 y 12 de la Convención sobre los derechos del niño", arts. 1,3, 24, 27 de la ley 26.061 y arts. 1 y 4 de la ley 13.298).

d) A esa audiencia (fs. 350) concurrió la abuela de la niña porque la mamá, de conformidad al certificado médico de fecha 4 de julio de 2014, agregado a fs. 349 se encontraba al cuidado de su otro hijo que se encontraba internado en el HPC desde el 2-7-2014 por un transplante renal.

Se dejó constancia de "que se ha tomado contacto directo con la menor" y se fijó nueva audiencia "a la que deberán concurrir todas las partes" para el 3 de septiembre de 2014.

De acuerdo a lo ordenado, esa audiencia fue notificada a los apoderados de la Clínica del Niño (fs. 351 vta.), de la compañía de seguros (fs. 352 vta.), y de la médica demandada (fs. 353 vta.).

A la audiencia "designada para el día de la fecha a los fines de lograr una conciliación", cuya acta obra a fs. 354, concurrieron la madre con su letrado patrocinante, el Dr. Arregui y la Dra. Medina invocando el art. 48 en representación de la Dra. C.

Se dejó constancia de que las partes no habían arribado a ningún acuerdo, pasando los autos a resolver el recurso de reposición, dictándose a fs. 357-360 la resolución apelada.

IV:El análisis efectuado me permite advertir que las presentaciones efectuadas por el letrado patrocinante de la Sra. M. a partir de fs. 322, invocando el art. 48 del CPCC, no han sido debidamente ratificadas (ver fs. 323).

Ya he señalado que los autos de fs. 327 y 329 que consideraron vigente esa franquicia omitieron las ratificaciones de fs. 301 y 312, por lo que las nuevas presentaciones sólo podrían entenderse ratificadas con la presentación de la Sra. M. en la audiencia conciliatoria del 3 de septiembre de 2014.

Si bien el plazo previsto por el art. 48 del CPCC (fs. 323) se encontraba largamente vencido, esa ratificación tácita, no cuestionada por las partes ha adquirido plena eficacia (esta Sala, exped. n°150.238, "D'Albis Norma c. Ruiz Manuel s. Ejecución de alimentos", sent. del 7-6-2012, R152 S F°773/78; exped. n°144.678, "Zerzion Bruria Judith c. Fuks Michael s. Simulación", sent. del 15-12-2009, R 986 S F°5543/46).

Menciono esta circunstancia porque a mi entender evidencia el estado de indefensión de C. invocado por la Sra. Asesora; el letrado patrocinante no puede ejecutar por sí mismo más que actos de mero trámite (arts. 56 y sgtes. del CPCC; arg. a contrario de art. 50 del mismo código), y a partir de determinado momento ya no contó -o no solicitó- la colaboración de quien le había encomendado la tarea profesional. Tampoco le sugirió el otorgamiento de un poder que supliera las comprensibles dificultades de la Sra. M. para efectuar un seguimiento del juicio.

Desde fs. 322 hasta la audiencia de fs. 354, este proceso se ha desarrollado sin que haya una constancia documental que permita tener por acreditado que la madre tuvo conocimiento efectivo de lo que en él ocurría, hasta que asistió a esa audiencia de conciliación.

IV.1: El Dr. Guardia apeló la resolución que dejó sin efecto la designación del tutor ad litem y declaró la caducidad de instancia a fs. 362, invocando nuevamente el art.48 del CPCC.

No hay una ratificación en término de su actuación, por lo que como medida para mejor proveer se requirió al Juzgado de primera instancia que informara si se habían presentado escritos a ese efecto (fs. 386).

El resultado negativo informado a fs. 391, determina que el Tribunal deba declarar de oficio la nulidad de lo actuado por el citado profesional desde fs. 362 en adelante (art. 48 del CPCC), es decir, los escritos de apelación (fs. 362) y de fundamentación del recurso (fs. 366-368).

Por las razones expuestas VOTO POR LA AFIRMATIVA a la primera cuestión.

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

V: Adelanto mi opinión en el sentido de que el recurso de apelación de la Sra. Asesora de menores debe prosperar.

Los fundamentos para dejar sin efecto la designación del tutor ad litem ordenada a fs. 338, fueron claramente insuficientes y perjudiciales para el superior interés de la niña cuyos derechos se discuten en autos.

La designación de fs. 338 se había fundado en "lo solicitado por la Sra. Asesora de Incapaces", es decir, la evidencia del "real estado de indefensión de la menor" ante el segundo pedido de caducidad de instancia.

Resulta de claridad meridiana que no hay estrictamente un conflicto de intereses entre C. M. y su mamá, pero, también que no han estado adecuadamente defendidos.

Una defensa técnica no implica de por sí que se encontrara "suficientemente representada" (fs. 358 vta. tercer párrafo de la resolución apelada).

Gozáini, señala que el derecho de defensa del menor, visto como un derecho subjetivo a la asistencia letrada, ocupa dos aspectos centrales de tipo positivo que se refieran a: a) el derecho al abogado de confianza y, b) la defensa técnica idónea (Gozáini Osvaldo, "El niño y el adolescente en el proceso", en LL-2012-D-600).

Los arts.12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 27 de la ley 26.061, interpretados armónicamente con el ordenamiento jurídico (art. 2 del CCCN) establecen, en orden a las garantías mínimas de procedimiento, que los niños tienen los siguientes derechos:

- a) a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;
- b) a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte - (la audiencia de fs. 350 pretendió cumplir con estos dos primeros incisos; art. 26 tercer párrafo del CCCN)- ;
- c) a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;
- d) a participar activamente en todo el procedimiento;
- e) a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

Por lo tanto, el sistema reconoce a los niños el derecho a ser partes y a contar con una representación legal independiente de la de los padres, y ésta es, según Gozáini (ob. cit., pág. 602; art. 26 segundo párrafo del CCCN), la función del abogado del niño, contribuir a una mejor defensa de sus intereses.

La figura no era incompatible con la representación dual y conjunta que organizaba el art. 59 del C.C. (Gil Domínguez Andrés, Fama María Victoria, Herrera Marisa, "Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes", Ed. Ediar, Bs. As. 2012, pág. 484), ni lo es ahora, con el esquema del art.103 del CCCN, aún en el supuesto de actuación principal del Ministerio Público, contemplada en el apartado b) del artículo (decreto 415/2006 reglamentario de la ley 26.061).

No se me escapa que cuando los intereses de los niños están adecuadamente defendidos, el nombramiento de un abogado del niño, máxime tratándose de una niña de menos de 13 años, puede no resultar imperativo (ver Llugdar Hugo Andrés, "De la Protección Integral de los Derechos de los Niños en la Provincia de Buenos Aires", en "Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes", Directora S. Eugenia Fernández", Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2015. Tomo II, pág. 1493), pero no es éste el caso: la Sra. Asesora hubo de asumir la defensa directa para instar el procedimiento, se produjo un segundo pedido de caducidad de instancia, y ha quedado evidenciada - con un mínimo de atención- una actuación del letrado patrocinante de la madre carente de ratificación en término, que determinó la declaración de nulidad a partir del escrito de interposición del recurso de apelación.

V.1: El sentido de la defensa técnica reside, precisamente en que de nada valdría el derecho de ser oído "si no se lo puede ejercer de modo útil y eficaz" (Morello de Ramírez María S., Morillo Augusto, "El abogado del niño" en ED-164-1180).

Ese derecho a ser oído se debe convertir en el patrocinio técnico de un abogado que traduzca los intereses del niño en actos procesales (Prólogo de Laura Musa a "Infancia y Derechos: Del Patronato al Abogado del Niño. Experiencia de la Clínica Jurídica de la Fundación Sur", de Laura Rodríguez, Ed. Eudeba, Bs. As. 2011, pág.12).

No desconozco la discusión existente en doctrina y jurisprudencia, sobre si la representación letrada está unida o no al concepto de "parte procesal" y a la necesidad de gozar de capacidad de ejercicio para serlo (ver las distintas posiciones en Gil Domínguez, Fama y Herrera, ob. cit., págs. 455 y sgtes.), desde la tesis restrictiva que limita la posibilidad a los menores adultos - hoy adolescentes a tenor del art. 25 del CCCN- (Kielmanovich Jorge, "Reflexiones Procesales sobre la ley 26.061", en LL-2005-F-1127; Kemelmajer de Carlucci Aída, Herrera Marisa, Lloveras Nora, "Tratado de Derecho de Familia", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2014, Tomo IV, págs. 37 y sgtes.), a la amplia, que señala que el inc. d) de la ley no exige el requisito de la madurez o desarrollo del niño como sí lo hace el inc. b) (Mizrahi Mauricio; "Familia, matrimonio y divorcio", Ed. Astrea, Bs. As. 2006, págs. 739 y 740; Morello de Ramírez María S., "El derecho del menor a ser oído y la garantía del debido proceso legal", en "Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia", Ed. Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Bs. As. 2007, n°35, pág. 49, quien sostiene que "Cuando está en juego un interés personal, directo y legítimo del menor ante un tercero y la decisión judicial versa sobre asuntos que lo afectan, y en que participen los padres como representantes legales, el niño siempre debe ser considerado como parte en sentido material."; Loyarte Dolores, "Ley Nacional 26.061. Redefinición del marco institucional en materia de infancia a partir del sistema de protección de derechos. Nuevas funciones administrativas y judiciales", en "Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes", ob. cit., pág. 1462; CSJN, "G.M.S. c. J.V.L." sent. del 26-10-2010, con comentario de Solari Néstor, "Un importante precedente de la Corte Suprema sobre la figura del abogado del niño", en LL-2010-F-422. En el caso la Corte había designado, a pedido del asesor, un abogado en el proceso a los menores, sin tener en cuenta si eran impúberes o adultos;).

En otro precedente posterior, "P.G.M. y P.C.L. s. protección de personas" (causa P.195 XLVII, sent. del 27-11-2012), el Tribunal Superior estableció que los menores impúberes no podían designar válidamente un abogado (aunque curiosamente calificó como de nulidad absoluta a ese acto jurídico), pero tuvo en cuenta no obstante, que el Comité de los Derechos del Niño (intérprete autorizado de la Convención según Fallos: 331:2047), en su Observación General n°12, "El derecho del niño a ser escuchado", y en referencia al art. 12 segundo párrafo de la Convención, había establecido que "debe prestarse especial atención a la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios" (en negrilla en el original, considerando 15),

y en base a ello, determinó que correspondía solicitar la juez que les asignara un letrado especializado a fin de garantizar que sean escuchados y pudieran hacer efectivos sus derechos (conf. Fallos:333:2017; considerando 16).

En el caso, la discusión pierde relevancia en tanto la Sra. Asesora pidió la designación de un tutor ad litem (o especial, art. 109 del CCCN) , petición que se condice con la edad de la niña, porque como sostiene Gozaíni, ninguna de las normas de la ley 26.061 condiciona la actuación del niño en el proceso al suficiente juicio, madurez o grado de desarrollo intelectual, lo que significa que un niño de pocos días de vida tiene derecho a participar en el juicio que lo afecta y a contar con un abogado que lo asista."Claro está que en estos supuestos su actuación se hará efectiva con la intervención de un tutor especial que lo representará y con la labor consecuente que desempeñará el letrado a favor del niño" (Gozaíni Osvaldo, "La representación judicial de los menores", en LL-Supl. Esp. Mayoría de Edad, 2009 (diciembre)-27, cita on line AR/DOC/4450/2009).

Es quizá la figura que más se superpone con la del abogado del niño, y corresponderá al juez establecer en qué supuestos -en función de la edad del niño- deberá designarse un tutor ad litem para que sea representado en el proceso, o podrá admitirse que se presente con su propio abogado (Moreno Gustavo, "La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño", en "Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", Ed. Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Bs. As. 2007, pág, 59).

Ninguna confusión puede suscitarse en cambio con el rol del Ministerio Público, contrariamente a lo que parece inferirse de la resolución apelada (fs. 358 segundo párrafo, 358 vta. tercer párrafo) y de los fundamentos del recurso de reposición (fs. 339 in fine y 339 vta. primer párrafo), aún en la redacción del art. 103 del CCCN y de conformidad a lo expresamente establecido por el decreto 415/2006 al reglamentar el art. 27 inc. c) de la ley 26.061, que de manera contundente marca la diferencia de los roles que caben al Ministerio Público y al letrado del niño en un proceso donde resulten afectados sus derechos:

"El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar".

La diferencia ya ha sido establecida en un precedente de la Sala III de esta Cámara, en causa "R. J.M, M. A., G. N., C., S. L., V. M. s. Protección de personas" (expediente n°146.389, sent. del 19-4-2012, R157 R F°342/345), y por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, que en reciente fallo ha establecido:

"Por lo demás, la aludida exigencia no se satisface mediante la intervención del Asesor de Menores -a quien se le corrió traslado de lo expresado en ambas ocasiones-, toda vez que el art. 27 del decreto nacional 415/2006 -reglamentario de la ley 26.061- dispone al respecto que "el derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial [conf. art. 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño], todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar" (el subrayado y el entrecorchetado me pertenece)" (SCBA, causa C.115.519, "S.M.A. art. 19 de CIDN", sent. del 20-5-2015, voto del Dr. Hitters, que hizo mayoría).

V.2: Por último, el pretendido fundamento del devengamiento de honorarios del tutor ad litem que "prima facie" estarían a cargo de la menor (fs. 358 vta. último párrafo de la resolución apelada) no se sostiene a poco que se advierta que está vigente en la Provincia de Buenos Aires la ley 14.568 (B.O. 6-2-2014), que en cumplimiento de lo establecido en los arts. 12 inc. 1 y 2 de la Convención de los Derechos del Niño, 8 del PSJCR y 27 de la ley 26.061 (art.1), crea en el ámbito de la provincia la figura del Abogado del Niño, "quien deberá representar los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes legalmente ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, en el que intervendrá en carácter de parte, sin perjuicios de la representación promiscua que ejerce el asesor de incapaces".

La ley crea un Registro Provincial de Abogados del Niño en el ámbito del Colegio de Abogados de la provincia (art. 2), y en el art. 5 establece que el estado provincial se hará cargo del pago de las acciones derivadas de la actuación de los abogados patrocinantes de los niños.

El decreto reglamentario 62/2015 (B.O. 13-5-2015), establece en el Anexo único, art. 1, que en "En cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo en el que se encuentre afectado el interés personal e individual de un niño, niña y/o adolescente, el juez con asistencia del representante del Ministerio Público, o en su caso, la autoridad administrativa, deberán informarle personalmente al niño, niña y/o adolescente, acerca del derecho que le asiste a ser representado por un Abogado del Niño".

El Ministerio de Justicia -autoridad de aplicación- establecerá las pautas y el procedimiento correspondiente, a los efectos del pago de las acciones derivadas de las actuaciones de los abogados patrocinantes, a cuyo efecto celebrará convenios con el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires (art. 5).

Aún si el Registro no estuviera organizado todavía, el nombramiento debería recaer en el Defensor Oficial (esta Cámara, Sala III, Exped. n°146.389, ya citado) o en un abogado del consultorio jurídico gratuito, a fin de no desnaturalizar la norma tuitiva aplicable.

Reitero que la designación fue solicitada por la Sra. Asesora, y que el nombramiento puede efectuarse a pedido de parte o aún de oficio (Solari Néstor, ob.cit.), ya que el juez tiene facultades para ordenar que se designe un letrado patrocinante en cumplimiento de la ley, pues el último párrafo del art. 2 de la ley 26.061 establece: "Los derechos y garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles", y en tal contexto, prevé las consecuencias frente a las omisiones a su observancia (art. 1 tercer párrafo de la ley 26.061).

Este contenido de orden público es fundante de la exigibilidad del sistema de protección, que junto con el interés superior del niño son los dos pilares que le dan sustento a la ley 26.061, "en tanto su fuerza normativa es de tal envergadura, que ningún operador del sistema de protección de derechos podrá desentenderse de sus directivas, sea éste el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo o el Poder Judicial. Esta idea trae como consecuencia que esa exigibilidad conlleve a su "plena operatividad. como una forma de dar expreso cumplimiento a la obligación internacional asumida al ratificar la CDN y a la obligación constitucional determinada por la jerarquía constitucional que adquirió ese instrumento internacional tras la reforma constitucional de 1994" (Tavip Gabriel Eugenio, "La doctrina de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes y la reformulación de actuación de los tres poderes del estado", en "Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes", ob. cit., pág. 1248, con cita en nota 41 de Gil Domínguez, Famá y Herrera, "Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes, pág. 50, ya citado, quienes concluyen diciendo que "Por ende, ninguno de los poderes constituidos ni los particulares podrán aducir la existencia de lagunas o antinomias que impidan el pleno ejercicio de estos derechos por parte de sus titulares").

Desde esta perspectiva protectoria entiendo que debe revocarse la resolución apelada y proceder a la efectiva designación del tutor ad litem ordenada a fs.338, para que continúen los autos según su estado una vez efectuado ese nombramiento (art. 1, 2, 3 último párrafo, 5 inc. 2 de la ley 26.061; art. 12 inc. 2 de la CIDN; art. 26 del CCCN).

V.3: No es óbice para ello el pedido de caducidad de instancia deducido a fs. 335, en atención a que los intereses que se hallan en juego tienen prioridad absoluta y comprometen la responsabilidad gubernamental a la hora de garantizarlos mediante la aplicación imperativa de la normas constitucionales, convencionales y legales vigentes (art. 5 párrafos primero, cuarto y quinto inc. 2 de la ley 26.061; arts. 1 y 2 del CCCN; Monterisi Ricardo, "El derecho al recurso como garantía constitucional en el proceso civil", en LL-2011-B-767, punto III).

Por otra parte, entiendo que la fijación de una audiencia de conciliación por iniciativa de la Sra. Jueza, la citación a todas las partes y su concurrencia a ella sin plantear objeciones, implicó, un acto procesal revelador de que la instancia estaba viva, porque una perimida no puede ser

objeto de conciliación que es otro modo anormal de terminación del proceso (art. 309 del CPCC).

El objetivo de esa audiencia fue indiscutible: el recurrente le había solicitado la aplicación del art. 314 del CPCC (fs. 340), la primera audiencia se fijó para tomar contacto directo con C.M. (344), se dejó constancia de haberlo tomado, y no obstante, en lugar de resolver, se fijó una nueva audiencia "con todas las partes" (fs. 350).

Adviértase la diferencia entre una y otra audiencia; a la primera concurren la menor con su abuela, el patrocinante de la madre y la representante de la Asesoría; a la segunda, todas las partes, sin formular objeción alguna.

Estimo que se ha producido en autos lo que Maurino denomina "desistimiento del acuse de perención", que se diferencia de la convalidación, en que opera una vez "acusada" la perención, y no antes de ser solicitada, pero con un mismo "efecto negativo: traducido en la no producción de la caducidad de instancia" (Maurino Alberto Luis, "Perención de la instancia en el proceso civil", Ed. Astrea, Bs. As. 2003, págs. 83 y 350).

El acto que lo ha producido es un acto procesal que emanó del órgano jurisdiccional, habilitado para extinguir la paralización del proceso, o lo que es lo mismo, que tenga el efecto de impulsarlo (Maurino, ob. cit., pág. 114; Loutayf Ranea Roberto, Ovejero López Julio, "Caducidad de la instancia", Ed. Astrea, Bs. As. 1986, pág. 99, con cita de Spota; Suprema Corte de Justicia de Mendoza, causa 76.053, sent. del 7-5-2004, LS 090; sobre la idoneidad del pedido de fijación de audiencia para interrumpir el curso de la caducidad, ver SCBA, Ac. 87.882, "Giménez Acosta Isabel c. Harnan Andrea C. s. Revocación de donaciones", sent. del 5-4-2006, voto del Dr. Roncoroni al que adhirieron los Dres. Pettigiani, Kogan, Genoud y de Lázzari, en contra, Dres. Hitters y Soria; en la causa, luego de un pedido de fijación de audiencia de conciliación formulado en respuesta a la intimación del art. 315 del CPCC, se había declarado oficiosamente la caducidad, por considerar que ese pedido era inidóneo para impulsar el procedimiento).

Ese acto jurisdiccional impulsorio, se produjo el 16 de julio de 2014 (fs. 350), por lo que a la fecha de la declaración de caducidad de instancia, el 10 de septiembre de 2014 (fs. 357), aún no había transcurrido nuevamente el plazo que exige el art. 310 inc. 3 del CPCC.

No se ha dado en el caso ninguna expresión de voluntad en el sentido de no consentir ese acto procesal (CNCiv., Sala C, sent. del 24-3-1986, en LL-1986-D-256), ni se dejó constancia en el acto de la audiencia de la no convalidación del procedimiento (CNCiv., Sala F, sent. del 1-10-1975, en ED-65-447).

Ello determina a mi entender -que la declaración de fs.360 sea prematura porque a ese momento no había transcurrido nuevamente el plazo legal.

V.4: Tengo presente también los principios de celeridad y economía procesal (Sosa Gualberto L., "Purga de la caducidad de instancia", en JA-1972-81), en atención a que nada impediría la interposición de una nueva demanda por parte de la actora y el consiguiente dispendio de gastos y actividad que esa circunstancia traería aparejada, ya que la acción no está prescripta (art. 4023 del C.C.; arts. 2561 y 2537 del NCCC).

No puede perderse de vista que los derechos que están en juego son los de una niña que hoy tiene casi 11 años (arts. 1.1, 8, 19 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 2, 3.1, 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Opinión consultiva 17/2002 de la CIDH, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", puntos 96, 98, 99 - Participación del niño-, Opinión de la Corte, puntos 1, 2, 3 y 10; Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, reglas 3, 5, 24, 29, 30, 31, 52, 53 y 78; arts. 1, 2, 3, 5 y ccdtes de la ley 26.061), y por ende, las soluciones procesales que afecten sus intereses -sin entrar en la consideración de la procedencia o no de la demanda-, deben ser evaluadas "con perspectiva de infancia" de conformidad a la más reciente doctrina legal de la Corte Provincial.

En la causa C. 117.505, caratulada "M. M. N. d. C. y otros c. 17 de agosto SA y otros s. Daños y perjuicios", en sentencia del 22 de abril de 2015, el Superior Tribunal hizo lugar por mayoría al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por el apoderado de la madre de los menores y la titular de la Asesoría de Incapaces (la Asesora se había notificado de la sentencia que rechazaba la demanda, y "en virtud del recurso deducido por la representante legal" solicitó que se elevaran los autos a la Cámara; el recurso fue declarado desierto por presentación extemporánea de la expresión de agravios, por lo cual solicitó la nulidad de lo actuado, y en pieza por separado, asumiendo la representación directa de los menores presentó un escrito de expresión de agravios, peticiones rechazadas por la Cámara), pese a que en el voto que abrió el acuerdo, el Dr. Soria había establecido:

" los quejosos no logran explicar de qué modo se podría permitir la flexibilización de las reglas procesales al punto de admitirse el cumplimiento de una carga -en el caso, la presentación del escrito de expresión de agravios- por un sujeto que no fue el apelante -y es más, por fuera de los plazos legalmente previstos al efecto-, ni en qué razones de hecho o de derecho se podría fundar esta excepción a las normas rituales"

El Dr. de Lazzari, en coincidencia con la opinión del Subprocurador, en voto al que adhirieron los Dres. Hitters, Pettigiani y Kogan, estimó que los recursos era procedentes porque "se ha argumentado con una crítica certera sobre el cercenamiento que se ha hecho a la actuación de la Asesora de Menores frente al mal ejercicio de parte de sus representantes legales al desconocer que en el ámbito procesal está presente una garantía judicial que precisa de un enfoque de derechos con perspectiva de infancia"

"Respetuosamente, y parafraseando a la Corte Suprema de la Nación en el caso "Pedraza, Héctor Hugo c/ A.N.Se.S. Acción amparo" (sent.del 6-V-2014), considero que el pronunciamiento en revisión viene "a contramano del mandato del constituyente de otorgar mayor protección a quienes más lo necesitan".

" El Código Civil y Comercial recientemente sancionado -ley 26.994, publ. 8-X-2014-, en su art. 103, posiciona de mejor modo al Asesor de Menores en comparación con el art. 59 del Código Civil aún vigente al clarificar con dinamismo la asignación de funciones, dejando atrás la primera etapa. Sin embargo, en lo que respecta a las subsiguientes, califica su intervención de complementaria a través de esta representación dual junto a los representantes legales en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, 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 de Menores (v. en su correlato el art. 706, 2º párr. en su mención al modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables).

"Esta particularidad no es nueva. Con palabras de Elena I. Highton, el alcance de las funciones de asistencia y control del Ministerio de Menores es cada vez más amplio y no se agota con la actuación dual y conjunta con el representante legal del incapaz, ya que cuando éste es omiso en el ejercicio de su función y es necesario impedir la frustración de un derecho, el Asesor de Menores será representante directo (comentario art. 59, C.C. en "Código Civil Comentado", Tomo 1, A, Bueres, Alberto y Highton, Elena I., Editorial Hammurabi, julio 2003, Ciudad de Buenos Aires, pág.501). A ello agrego, con una visión integradora de las distintas fuentes legales disponibles en el sistema, que en la Provincia de Buenos Aires esta función está prevista dentro de las facultades que obliga la ley en su ejercicio -art. 38 inc. 4 de la ley 14.442- y que complementan el marco normativo previsto en el art. 59 del Código Civil"

" En mi entender, como juez debo pesar las consecuencias futuras de las decisiones, sobre todo cuando los destinatarios son los niños -C.S.J.N., in re "A.F.S. s. Protección de persona", sent. del 13-III-2007- y en este contexto, en la interpretación del cumplimiento de las cargas recursivas no se valoró la importancia de la garantía que implica impedir la frustración de un derecho, en este caso la tutela judicial efectiva -art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires-, ni se tuvo en cuenta la interpretación conforme el mandato constitucional nivelador en beneficio de B. , D. y K. en razón de su edad (art. 75 incs. 22 y 23, Const. nac.)"

"Con esta interpretación limitada, desde el enfoque de derechos humanos con perspectiva de infancia no se asegura el efecto útil de las disposiciones que protegen derechos humanos, reconociendo la necesidad de que tal interpretación sea verdaderamente práctica y eficaz y no convierta las reglas de protección de derechos en fórmulas vacías de contenido que no tengan ningún efecto en la práctica ("Caso Bahena Ricardo y otros vs. Panamá, competencia", sent. del 28 de noviembre de 2003, Serie C, núm. 104; art. 8.1 de la Convención Americana en relación con los arts. 19 y 1.1. del referido instrumento; Observación General N° 14 del Comité sobre los Derechos del Niño a que su interés superior sea una condición primordial en la cual se busca un efecto útil diferenciado; ver mi voto Ac. 84.102, sent. del 10-V-2006, Ac. 99.204, sent. del 20-IX-2006, Ac. 96.178, sent. del 5-XI-2008; C.S.J.N., "Quintana", sent. del 1-VII-1997, JA 1997-IV-112/113; C.S.J.N., "Quiroz", sent. del 1-VI-2004, "D.J.", 2004-3-406)" (los resaltados y subrayados no son originales).

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires admitió que una Asesora que no había apelado la sentencia, expresara agravios fuera de todos los plazos procesales aplicables, ante la deficiente defensa ejercida por la representante legal (ver en igual sentido, voto en minoría del Dr. Palermo, en SCMendoza, Sala I, "H. vda. De M.R.B. p.s. y p.s.h.m. c. H.A. y ots. s. Daños y perjuicios s. Cas.", sent. del 1-7-2013, en LL-Gran Cuyo-2013 (octubre)-935, en la que señala: ". la omisión de cumplimentar actos que necesariamente deben realizarse antes del término de la perención, tenga o no explicación la inacción, no resulta atribuible a los menores que no han sido adecuadamente representados, en los términos referidos por mis colegas. En consecuencia, una inadecuada representación de los niños, no puede, en mi consideración, acarrear la perención de la instancia y dejar, eventualmente, sin reparación el daño sufrido. En conclusión, en materia de derecho de niños, y no existiendo una adecuada representación, no puede haber caducidad de instancia", el resaltado no es original).

Analizando los hechos de la causa y la normativa vigente "con perspectiva de infancia", entiendo que esta Cámara, no puede confirmar la resolución apelada, por lo que propondré que se haga lugar al recurso de apelación de la Sra. Asesora de Incapaces, y se revoque la resolución de fs. 357-360.

VOTO POR LA NEGATIVA

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A la tercera cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

Considero que corresponde: I) Declarar la nulidad de lo actuado por el Dr. Gerardo Luis Guardia a partir de fs. 362, imponiéndole las costas (art.48 del CPCC). II) Hacer lugar al recurso de apelación de la Sra. Asesora de Menores y revocar la sentencia de fs. 357-360 en todas sus partes, ordenando el inmediato nombramiento de un tutor ad litem a la menor C.M. y la prosecución del proceso según su estado, una vez efectuada la designación. III) Imponer las costas de esta instancia a la demandada vencida (art. 68 del CPCC). IV) Diferir la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 51 del decreto ley 8904.

ASÍ LO VOTO

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

SENTENCIA

Por los fundamentos dados en el acuerdo que antecede se dicta la siguiente sentencia: I) Se declara la nulidad de lo actuado por el Dr. Gerardo Luis Guardia a partir de fs. 362, imponiéndole las costas (art. 48 del CPCC). II) Se hace lugar al recurso de apelación de la Sra. Asesora de Menores y se revoca íntegramente la sentencia de fs. 357-360, ordenando el inmediato nombramiento de un tutor ad litem a la menor C.M. y la prosecución del proceso según su estado, una vez efectuada la designación. III) Se imponen las costas de esta instancia a la demandada vencida (art. 68 del CPCC). IV) Se difiere la regulación de honorarios

para la oportunidad del art. 51 del decreto ley 8904. Regístrese. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del CPCC). Devuélvase.

Roberto J. Loustaunau Ricardo D. Monterisi

Alexis A. Ferrairone

Secretario