

(RGE:NE-1124-2012)Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial-Necochea
Petición: Recurso Apelación en subsidio.

Peticionante: Codemandado (Dr.M.).

R.I. N° 175 (R)

Necochea, 18 de Octubre de 2016

VISTOS Y CONSIDERANDO: I- El recurso de apelación subsidiario interpuesto por el escribano codemandado contra la resolución de fs. 598/99 que resuelve: "...en el caso de autos, no habiendo intereses contrapuestos con los progenitores, en razón de la edad enunciada de los menores y lo dictaminado por la Asesora interviniente, considero que no corresponde la designación del abogado del niño pretendida...".

En su memorial aduce el apelante que en los presentes autos esta Alzada declaró nulo lo actuado ante el anterior Juzgado competente, retrotrayendo las actuaciones hasta la traba de la litis y para que esta última quede debidamente integrada, en razón de que no se había notificado la demanda a la menor M. C. G..

Que este Tribunal al decretar la nulidad fundamenta su decisión, entre otros fundamentos, en la necesidad de que la menor tenga la oportunidad de defender sus intereses en este proceso en carácter de codemandada.

Que el interés de la menor a preservar y que motiva retrotraer las actuaciones a fin de brindarle la oportunidad de defender sus intereses, está dado por un derecho patrimonial que en carácter de fideicomisaria se genera a su favor en el contrato de fideicomiso que pretende anular el actor.

Se resalta, que en caso de que prosperara la pretensión del actor, la declaración de nulidad del citado contrato de fideicomiso, tendría como uno de sus efectos inevitables, la de privar a sus hijos del citado derecho patrimonial que dicho contrato establece, según su opinión en forma válida y en consecuencia el accionante obtendría un beneficio patrimonial -indebido y sin causa a su criterio- al regresar los bienes a la herencia de sus padres

prefallecidos de quienes el demandante es heredero. Derecho patrimonial instituido a favor de la niña M., originado en el contrato de fideicomiso que se intenta impugnar en autos, todo lo cual dejaría en claro el conflicto de intereses entre el actor y su hija, quien resulta demandada por su propio progenitor.

Que ante dicha circunstancia y conforme lo dispuesto por el art. 109 inc. a) del CC. y C., corresponde en autos la designación de un tutor especial ad litem que represente los intereses de la niña M. defendiendo la integridad y conservación de su patrimonio.

Se agrega que la actuación de tal representante sería sin perjuicio de la que corresponde al Ministerio Público conforme el art. 103 del CC. y C.

Corrida la vista legal a la Sra. Asesora de Incapaces intervinientes a fs. 609/610 emite su dictamen, reiterando los argumentos expuestos a fs. 594/597 del presente, en el sentido que no corresponde en las presentes actuaciones la designación de un abogado del niño como tampoco de un tutor ad litem, encontrándose la niña M. C. debidamente representada por este Ministerio tal como lo prevee el art. 103 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

II- El recurso debe prosperar.

Este tribunal en la sentencia de fs. 537/43vta. resolvió decretar la nulidad de lo actuado para que, mediante juez hábil, se proceda a integrar debidamente la litis, atento no haberse dado intervención, en calidad de parte demandada, a la menor M. C.. Ello en tanto, como se adujo en dicha oportunidad, "...la menor resulta ser designada en el acto jurídico cuestionado, como "fideicomisario" conjuntamente con quienes sí fueron demandados (Omar Nicolás C. y Rubén Osvaldo C.) por lo que su posición jurídica es parcialmente similar a la de éstos últimos, solo distinguiéndolos la calidad de beneficiarios que aquella no ostenta (v. contratos acusados de nulidad en especial fs. 7 y 19 vta.)".

Agregándose que "los contratos aquí impugnados prevén que los fideicomisarios recibirán los bienes una vez extinguido el fideicomiso, cuyo

plazo de duración es de treinta años. Asimismo se convino que en caso de no aceptación, renuncia o previo fallecimiento a la adquisición de algunos de los fideicomisarios, la porción indivisa acrecerá por partes iguales a los demás fideicomisarios, salvo que tuvieren descendencia (fs. 7/vta. y 20vta.).

"Como se advierte, de llegar a buen puerto el contrato de fideicomiso alumbrará, si no un condominio, al menos una situación de comunidad sobre los bienes emergentes de la fiducia, en tanto comparte su potestad con los comandados. De allí también la evidente necesidad de que la demanda sea dirigida contra todos ellos". "Esos roles (el genérico previsto legalmente y el específico otorgado contractualmente) implican que, de anularse los actos en cuestión, la fideicomisaria preterida resultará perjudicada en su interés sin haber sido oída en el proceso".

Posteriormente a la nulidad decretada, a fs. 579/81 toma intervención la Sra. Asesora de Incapaces solicitando audiencia con la niña, la que se celebra conforme acta obrante a fs. 591, en donde se deja constancia que la misma ha ejercido su derecho a ser oída.

Es evidente para este Tribunal que en la especial conflictiva que se plantea la participación de la menor revela un interés autónomo, personal, en abierta oposición al interés que persigue su progenitor con la demanda incoada y de directa atención por el órgano jurisdiccional que debe disponer las medidas necesarias para la defensa de sus intereses y derechos.

Y en ese camino, si bien, atento la edad (nueve años) y el grado de madurez de la niña M., no resulta aconsejable -como se viene sosteniendo en la causa- la figura del Abogado del Niño, "ello no implica desconocer la importancia de la participación de la niña en el procedimiento mediante los diferentes mecanismos que le confieren protagonismo en la defensa de su intereses por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento, teniendo debidamente en cuenta sus opiniones en función de la edad y madurez (art. 12 C.D.N.; arts. 3 inc. b, 24

y 27 incs. a y b, ley 26.061; conf. CNCiv., sala I, 15/10/13, La Ley 2013-F, p. 525).

Es conforme a dichos lineamientos, que en la especie a fin de resguardar el interés superior de la niña M. procede la designación de un tutor "ad litem" para que, sin perjuicio de la intervención del Ministerio Público, represente los intereses de la menor en relación a este conflicto garantizando su acceso a la justicia en condiciones de igualdad, sin desplazar a los progenitores en las restantes esferas de su vida (conf. art. 109 inc. a) CC. y C.; Camps "La capacidad de ejercicio de derechos en el proceso civil" DJ 22/06/2016,I; Yankielewicz, Daniela L. y Olmo, Juan Pablo "Participación en juicio de personas menores de 14 años de edad ¿Abogado del Niño o Tutor ad litem? La Ley 2014-A,449; Kemelmajer de Carlucci, Aída y Molina de Juan, Mariel F. "La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial" DJ04/05/2016,10).

Como ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva n° 16 del 1/10/1999 "la presencia de factores de desigualdad real -como en la que se hallan los niños, niñas y adolescentes- obligan a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de sus propios intereses" (párrafos 116 a 118).

Habiéndose destacado también que: "Las condiciones en la que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para éstos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento (...) si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que

se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías" (CIDH, Opinión Consultiva OC-17/2002, párrafos 96 y 98).

El criterio que se propicia, a tenor de lo expresado en el dictamen de fs. 609/610vta., no importa, como ya se adelantó, desconocer la presencia de la Sra. Asesora cuyo rol deviene imprescindible acompañando a la niña en el proceso aún contando con un tutor "ad litem", a la que le cabe ejercer las funciones que se le asignan en el marco de la intervención complementaria que estipula el art. 103 del CC. y C..(v. Camps ob. cit.; Kemelmajer de Carlucci, Aída y Molina de Juan, Mariel F ob. cit.).

En la especie, ante el conflicto que representa la acción entablada por el progenitor y el desinterés demostrado por la progenitora en el proceso, la representación dual de la Asesora de Incapaces interviniente y del curador especial como medida específica de compensación otorgará a la niña la defensa reforzada de la que es titular conforme la ley, la Constitución y los tratados (conf. arts. 14, 16, 18, 75 inc. 19, 22 y 23 Const. Nac.; 3.1 y 2, 4 y 12.1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.; 1, 8, 19 y 25 de la Convención Americana, 2 in fine y 27 de la ley 26.061; 27 dec. 415/2006, 1, 2, 103 y 109 inc. a) CCy C.; Corte I.D.H. Opinión Consultiva N° 17/02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Serie A, n° 17 del 28 de agosto de 2002).

POR ELLO: se revoca la resolución de fs. 598/599 y en consecuencia conforme los fines y los principios antes señalados, corresponde designar un abogado como tutor especial en los términos del art. 109 inc. a) del CC. y C. para que represente a la niña M. C. C. G. en esta causa, debiendo dicho nombramiento ser efectuado en la primera instancia, por el mecanismo pertinente (SCBA. Ac. 3229/05).. Costas por su orden (arts. 68 seg. párr. CPC; art. 31 ley 8904). Devuélvase. (arts. 47/8 Ley 5827).

Dr. Fabián M. Loiza

Dr. Oscar A. Capalbo

Juez de Cámara

///Si-

Dra.

Secretaria

Daniela

M.

///guen

Juez de Cámara

las firmas.

Pierresteguy

-