



NEUQUEN, 25 de Noviembre del año 2021.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**T. M. A. S/ CAPACIDAD JURIDICA**", (JNQFA5 EXP N° 130500/2021), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante, Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación, **Patricia CLERICI** dijo:

I.- El apoderado del señor M. A. T. interpuso recurso de apelación contra la resolución de fs. 40 -dictada el día 15 de septiembre de 2021- en cuanto rechaza su presentación en calidad de apoderado del interesado, contestando demanda.

a) En su memorial de fs. 46/48vta. -presentación web de fecha 5 de octubre de 2021-, el recurrente señala que estas actuaciones fueron iniciadas en su calidad de apoderado general judicial del interesado, al haber tomado conocimiento del estado de vulnerabilidad en el que se encontraba, producto de la manipulación que venían ejerciendo sobre él terceras personas.

Indica el estado en que se encontraba el señor T., prácticamente postrado en su cama, sin poder incorporarse ni hablar. Agrega que pensando que se trataba de un deterioro propio de su avanzada edad, se pudo concretar una consulta médica en el domicilio, lo que resultó en el diagnóstico de neumonía, la que se trató hasta su completa recuperación, no obstante persistir las secuelas de su patología de base.

Dice que también tomó conocimiento de que el señor T. no estaba percibiendo ni jubilación ni pensión, es decir, no contaba con ingresos para solventar sus necesidades



más elementales ni el pago de la única persona avocada a su cuidado, que era su empleada doméstica.

Sigue diciendo que esta situación lo llevó a intervenir no sólo por una cuestión estrictamente humanitaria, sino por la obligación impuesta por su condición de apoderado en pos de la tutela de sus derechos, aún sabiendo que no estaba legitimado para instar la acción.

Manifiesta que luego logró contactar a la nuera (viuda del hijo) del señor T. y ponerla en conocimiento de lo que estaba sucediendo, quién, encontrándose legitimada, se presentó en el expediente para insistir en la necesidad de designar un sistema de apoyo al señor T..

Señala que se solicitó, como medida cautelar, la transferencia de la jubilación y pensión que el señor T. percibe a una cuenta judicial a la orden del juzgado, y se inhabilitaran las tarjetas vinculadas a estos beneficios, lo que permitió retomar el control sobre los ingresos del interesado.

Sin embargo, sostiene el recurrente, pese a haberse despacho la cautelar solicitada, y de existir fondos depositados en dicho carácter, el señor T. sigue sin poder percibir los mismos.

Da cuenta de que por resolución de fecha 30 de septiembre de 2021, la jueza de grado dispuso que, pese a existir dictamen favorable del Ministerio Público, la concesión y trámite del presente recurso lleva a tener que esperar para que se resuelva sobre la percepción de los fondos.

Reseñado el trámite del expediente, el apelante indica como agravio que la sentenciante de primera instancia infiere que las circunstancias en las que se ha otorgado el poder, en el año 2010, han variado respecto de las actuales,



siendo que antes el poderdante contaría con plena capacidad y ahora no.

Afirma que más allá de la forma en que el señor T. se presente en el expediente, si lo hace en un primer momento mediante su representante legal o en forma personal - recuerda que el señor T. se encuentra imposibilitado de hacerlo personalmente por su cuadro de salud-, lo que debe realmente indagarse, para concluir en que podría configurarse una situación de intereses contrapuestos, es concretamente que se está pidiendo y para qué se está pidiendo.

Insiste en que, ya sea que ello sea solicitado por la figura de apoyo propuesta, por el letrado apoderado, o por el propio interesado, todos apuntan del mismo modo a atender las especiales circunstancias que se encuentra atravesando el señor T.: casi postrado en su cama -lo que pudo ser conocido por el juez subrogante en la audiencia celebrada en autos-.

Entiende que con las medidas solicitadas, las que vienen siendo postergadas, el señor T. podría retomar el control de sus ingresos, los que deberán ser administrados por un tercero, el que deberá rendir cuentas en el expediente.

Vuelve sobre la naturaleza de este proceso, para concluir en que no existen partes contradictorias, sino simplemente una que solicita el dictado de medidas de resguardo frente a la imposibilidad del interesado de hacerlo por sus propios medios.

Reitera que todos apuntan a mantener la asistencia del señor T. en su domicilio, con todas las atenciones de salud que él necesita, y que esto resulta fácilmente acreditable si la jueza a quo hubiera arbitrado los medios para tomar contacto directo con el beneficiario del



sistema de apoyo que se propone y con el entorno, el que también se ha ofrecido para declarar en este trámite.

Sostiene que sin perjuicio de rechazar una y otra vez lo propuesto, tampoco la jueza de grado propone otra medida que permita allanar los formalismos, incumpléndose con la manda convencional y constitucional de facilitar el acceso a justicia de las personas con discapacidad, persistiendo en la realización de actos procesales que adolecen de un ritualismo manifiesto.

Cita el art. 35 del CCyC.

b) A fs. 52/53 el Ministerio Público contesta el traslado del memorial.

Dice que en fecha 30 de agosto de 2021 ese Ministerio Público dictaminó que sin que se hubiera cumplido con el traslado de la demanda, ordenado en fecha 18 de agosto de 2021, ni designado patrocinante al interesado, no correspondía conceder la cautelar requerida.

Sigue diciendo que esa falencia continúa, y que es preciso que la litis continúe mediante la contestación de la demanda, para resguardo del debido derecho de defensa del interesado y a partir de allí podrá producirse la entrevista interdisciplinaria, y la entrevista personal del juez.

Señala que la urgencia motivada en razones de salud no se contrapone con lo requerido, ni tampoco justifica el desconocimiento de las normas que regulan el presente trámite, desde que la regla de la capacidad presunta prevista por el art. 31 del CCyC no puede alterarse, invocando cuál sería su voluntad respecto a los bienes.

Manifiesta que no se advierte el justificativo, en la emergencia, para no haber dado cumplimiento en todo este tiempo a lo ordenado en el proceso.



Sostiene que en fecha 20 de agosto de 2021 se designó cautelarmente a la nuera del señor T. como figura de apoyo provisorio para que realice todas las gestiones que requiere su estado de salud.

Insiste en que no se advierte denegatoria de justicia y considera que el recurrente pretende eludir el trámite de responde de la demanda.

Destaca que no existe posibilidad que una misma representación letrada ejerza el requerimiento de declaración de la incapacidad, y la defensa contra el mismo, desde que el interesado es parte en los términos previstos en el art. 36 del CCyC y, en tal carácter, goza de los derechos y defensas de fondo que puede ejercer en el proceso, ofreciendo prueba u oponiéndose a la pretensión total o parcialmente, debiendo para ello ser asesorado e informado con medios y técnicas adecuadas para su comprensión, debiendo contar con patrocinio letrado obligatorio, lo que no se encuentra garantizado en el presente proceso.

II.- Ingresando en el tratamiento del recurso de apelación de autos, comienzo su análisis partiendo del hecho que la nueva mirada que trae el Código Civil y Comercial de la Nación, que entrara en vigencia en al año 2015, respecto de la capacidad jurídica de las personas y sus restricciones requiere que las normas procesales sean aplicadas e interpretadas de forma flexible, con el objeto de adecuarlas a la normativa de fondo hoy vigente -la que contiene normas de naturaleza procedimental- con el objeto de no frustrar los principios que, en la materia, contienen los tratados internacionales, la legislación nacional citada y la ley 26.657.

Ello no solamente por un imperativo lógico y por aplicación de las reglas de la interpretación jurídica, sino



también porque el propio Código Civil y Comercial obliga al juez o jueza intervinientes a asegurar la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento, de acuerdo con la situación del interesado (art. 35).

Alfredo Jorge Kraut y Agustina Palacios precisan que para alcanzar la condición de accesibilidad se cuenta con dos estrategias complementarias: el diseño universal y los ajustes razonables. *"El diseño universal consiste en concebir o proyectar, desde el origen, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas. Mediante la técnica del diseño universal se prevé la realización de accesibilidad universal. Es una actividad dirigida a dicho fin. El diseño universal en el ámbito de la capacidad jurídica debe poner el acento en las necesidades de comunicación, y así lo prevé el Código (art. 31 inc. d), aunque no se limita a dicho ámbito.*

"Los ajustes razonables son aquellas medidas destinadas a adaptar el entorno a las necesidades específicas de ciertas personas que, por diferentes causas, se encuentran en una situación especial, que no ha podido ser prevista a través del diseño universal. Estas medidas tienden a facilitar la participación en igualdad de condiciones...El Código da un amplio margen al juez. Aquí impera asimismo la aplicación del artículo 13 de la CDPD, fundamentalmente en otros dos sentidos. El primero de ellos será de carácter regulatorio, ya que en virtud de las facultades de los Poderes Judiciales, se infiere la potestad para dictar normativas de carácter interno que reglamenten el funcionamiento de los tribunales de justicia. En este aspecto, la autoridad judicial podrá ir complementando los ajustes de procedimiento contemplados en la ley, con autorregulaciones de acuerdo a la práctica cotidiana de sus respectivas competencias. En un segundo sentido, será



directamente el juez quién deberá disponer de adecuaciones que emanen del sentido común en un caso concreto del cuál esté conociendo, aún cuando no estén contempladas en la ley o en las autorregulaciones del Poder Judicial. La casuística suele ser amplia y puede ocurrir que algunas diversificaciones no alcancen a estar reguladas exhaustivamente en forma previa, en cuyo caso el papel que asuma el juez para el caso individual será determinante en esta materia” (cfr. aut. cit., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. I, pág. 169/171).

Ahora bien, en autos tenemos una persona adulta mayor (87 años a la fecha de esta sentencia, ver fs. 1), que presenta secuelas de ACV y Parkinson, miocardiopatía y arritmia, adenoma prostático, incontinencia urinaria, con disminución de su agudeza visual, trastornos cognitivos y artrosis (fs. 5vta./7), cuyo apoderado general judicial denuncia que se encuentra en un estado de extrema vulnerabilidad, postrado en una cama, sin percibir sus ingresos mensuales provenientes de los beneficios de jubilación y pensión debido a la manipulación de terceras personas, por lo que no puede proveer a sus necesidades elementales ni a la atención de sus patologías. Ello con fecha 26 de julio de 2021 (fs. 8/10vta.).

En su primera providencia, el juez de feria advierte que el peticionante no se encuentra legitimado para promover un proceso tendiente a restringir la capacidad jurídica del interesado -lo que también puso de manifiesto el presentante en su presentación-, pero dada la situación de vulnerabilidad denunciada le dio intervención al Ministerio Público, considerando -correctamente- la presentación de fs. 8/10vta. como una denuncia (cfr. Pestalardo, Alberto Silvio, “Los procesos de restricción de la capacidad y de declaración



de incapacidad por motivos de salud mental”, RDF 89, pág. 209).

Luego, se presenta la nuera del interesado - pareja del hijo premuerto-, a quién se le otorga legitimación para promover la restricción de la capacidad jurídica del señor T. (fs. 20/21).

Habiéndose solicitado una medida cautelar, se celebra audiencia con el interesado el día 20 de agosto de 2021 (fs. 24/vta.) y se dispone, con carácter cautelar, la transferencia de todos los fondos que existieran depositados a nombre del interesado en los bancos de Galicia, Macro y Provincia del Neuquén y los que se depositaren mensualmente a una cuenta judicial, a la orden del juzgado; la anulación de las tarjetas de débito y/o crédito de titularidad del interesado y sus extensiones, requiriendo de PAMI y del ISSN la cobertura adecuada a las necesidades del señor T., designando a la nuera del interesado como figura de apoyo provisoria para gestionar en su nombre los trámites necesarios antes las obras sociales (fs. 25/26 y 29).

Luego se solicita, también como medida cautelar, la apertura de una caja de seguridad que tendría el interesado en el Banco Columbia, la que es denegada por la jueza de grado (fs. 31/32).

A fs. 37/38vta. se presenta el letrado apoderado del interesado y contesta el traslado de la demanda, presentación que no se considera admisible por cuanto el letrado apoderado del interesado es el mismo que patrocina a la nuera peticionante de la restricción de la capacidad jurídica (fs. 40), providencia que es la que viene apelada a esta Alzada.

A fs. 41 se presenta la nuera del interesado y solicita la liberación de los fondos depositados en la cuenta



judicial de autos, con el objeto de proveer a la manutención del señor T., quién hace más de tres meses que no percibe ingreso alguno, difiriendo -la jueza de primera instancia- la resolución respecto de la liberación de los fondos al resultado de la apelación que aquí se trata, en tanto el Ministerio Público presta conformidad a la procedencia de la medida precautoria pero una vez que se efectivice el traslado de la demanda.

III.- Comparto la posición de Roland Arazi y Jorge A. Rojas -avalada por Jorge Kielmanovich- respecto a que los procesos de restricción de la incapacidad y de inhabilitación no son contenciosos, en tanto el proceso contencioso tiene por presupuesto o condición para su ejercicio, la existencia de un litigio entre dos o más sujetos a causa de haber una pretensión insatisfecha o una pretensión discutida. *"Partiendo de la premisa enunciada, es evidente que no pueden incluirse los procesos de incapacidad e inhabilitación dentro de los contenciosos. La persona que inicia el juicio no tiene un interés actual contrapuesto con el del presunto insano, sino que se presenta a la jurisdicción para proteger a la persona y los bienes de ésta, aunque haya un interés mediato, como el del eventual heredero de los bienes del insano, el del cónyuge respecto de los gananciales...La cuestión se advierte con mayor claridad cuando el que pide la declaración es el representante del Ministerio Público...y hasta el propio insano..."* (cfr. aut. cit., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación...", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. III, pág. 752/75; Kielmanovich, Jorge L., "Procesos de Familia", Ed. Abeledo-Perrot, 1998, pág. 418).

Vuelvo a citar a Arazi y Rojas, *"Este proceso, igual que otros en los que el legislador ha consagrado una solución tuitiva hacia la persona, como el de adopción, por ejemplo, sólo por aproximación o analogía tolera las formas y*



los esquemas tradicionales, pues, en rigor, constituye una categoría independiente. Son notorios los matices publicísticos y de orden público en razón del bien jurídico o interés fundamental protegidos, que no se compatibilizan con los contenidos y finalidades de las controversias patrimoniales” (cfr. aut. cit., op. cit., pág. 754).

El art. 31 del CCyC, en su inciso e) establece como regla general para los procesos de restricción de la capacidad el derecho de la persona a participar del proceso judicial con asistencia letrada, la que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios.

Ahora bien, entiendo que el llamado al interesado para que participe en el proceso no debe ser entendido como un traslado de demanda propiamente dicho, sino como un anoticiamiento del pedido formulado, con el objeto que se presente en el trámite, se oponga -si lo entiende conveniente- y ofrezca la prueba que haga a su derecho.

Adviértase que el art. 33 del CCyC otorga legitimación al propio interesado para pedir la restricción de su capacidad (inciso a), lo que pone de manifiesto la inexistencia de contradictorio.

En autos se ha librado cédula de notificación al interesado (fs. 51/vta.), la que no pudo ser diligenciada en la persona del señor T. ya que nadie contestó a los reiterados llamados efectuados por el Oficial Notificador a través del portero eléctrico, a la vez que se ha desestimado la contestación de la demanda suscripta por el letrado apoderado del señor T., por ser el mismo profesional que patrocina a la nuera del interesado -peticionante de la restricción de la capacidad-.

Llegados a este punto del proceso es cuando entiendo que deben hacerse los ajustes razonables en el



trámite, con el objeto de no dilatar más la tutela efectiva que requiere el señor T., y en atención a la especial circunstancia que se da en torno a él, ya que su apoderado fue el primer denunciante de la situación de vulnerabilidad en la que se encontraría, luego patrocinó a su nuera, quién se ofreció para integrar el sistema de apoyo del interesado, y además estaría postrado, con escasa posibilidad de movilizarse, habiendo transcurrido cuatro meses desde la primera denuncia sin que se haya oído al señor T. y avance el trámite.

Por ello, a fin de impulsar el trámite y preservar la inmediación -esencial en este tipo de procesos- corresponde que la jueza a quo cite al juzgado al señor T. o se constituya en el domicilio de éste en el supuesto que no pueda trasladarse, con la presencia del Ministerio Público, con el objeto de tomar conocimiento de su real situación, y requerirle que ratifique o rectifique la presentación realizada a fs. 37/38vta. por su letrado apoderado, y para el supuesto que se oponga a lo solicitado por la peticionante o no alcance a comprender acabadamente el alcance de este proceso, o la magistrada entienda que podrían existir intereses contrapuestos entre el apoderado y el poderdante procederá a designarle -sin más trámite- asistencia letrada a través de la Defensa Oficial; sin perjuicio de la facultad del señor T. de designar un abogado particular distintos de su apoderado.

Kraut y Palacios señalan, comentando el art. 35 del CCyC, que *"la inmediatez no se agota en el conocimiento formal de la persona, sino que debe ser una constante en el proceso de determinación de capacidad. Esto está demarcado en el Código, a través de dos instancias diferentes. El artículo, por un lado, se refiere a la inmediatez que debe imperar durante todo el proceso. El conocimiento directo no solo*



permite al juez la comprensión de la situación de la persona y de sus habilidades y necesidades, sino que también permite que la persona pueda ser oída desde una escucha directa, con apoyos, pero sin intermediarios. Este requisito se encuentra diferenciado de la entrevista que debe tener el juez antes de dictar resolución; esa es otra exigencia que se suma, pero no agota en sí misma el requisito anterior. Es una relación de género (inmediatez) a especie (entrevista previa)” (cfr. aut. cit., op. cit., pág. 165/vta.).

Asimismo, dicha entrevista debe ser fijada con carácter urgente, para permitir también una pronta resolución de la medida cautelar solicitada por la nuera del interesado, referida a la disposición de los ingresos del señor T. provenientes de los beneficios de jubilación y pensión.

Si bien la peticionante no ha planteado queja respecto de la denegatoria de la apelación resuelta por la jueza de grado a fs. 54/55vta., no puede considerarse que se brinda una tutela efectiva y se garantiza el ejercicio de los derechos de la persona vulnerable, en los términos del art. 34 del CCyC, cuando se ordena el depósito de las prestaciones de la seguridad social en cuenta judicial, pero se retienen estos fondos, sin advertir que las necesidades del interesado no pasan solamente por la atención de su estado de salud, sino también por su alimentación, gastos de higiene personal, pago de servicios (luz, gas, por ejemplo), expensas del edificio donde vive, y otros comunes a la vida cotidiana, obligándolo a generar deudas y/o a ser mantenido por terceros, cuando cuenta con dinero de su propiedad.

IV.- Conforme lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación del letrado apoderado del interesado, revocar la resolución recurrida en cuanto considera inadmisibles la presentación de fs. 37/38vta. y



disponer la citación del interesado en los términos especificados en los Considerandos.

Sin costas en la Alzada por tratarse de una cuestión suscitada exclusivamente con el juzgado.

José I. NOACCO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Revocar la resolución de fs. 40 -dictada el día 15 de septiembre de 2021- en cuanto considera inadmisibile la presentación de fs. 37/38vta. y disponer la citación del interesado en los términos especificados en los Considerandos.

II.- Sin costas en la Alzada por tratarse de una cuestión suscitada exclusivamente con el juzgado.

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ I. NOACCO
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria