



NEUQUEN, 25 de julio del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**ORTEGA AMALIA DEL CARMEN C/ HEREDEROS DE FUSTER EDUARDO RAFAEL Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)**", (JNQCIA EXP N° 504919/2014), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia **CLERICI** dijo:

I.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 479/489 vta., que hace lugar a la demanda respecto de los herederos del señor Eduardo Rafael Fuster, con costas a los vencidos; y la rechaza respecto de la aseguradora citada en garantía, con costas a la actora.

A fs. 532/vta., una vez sustanciado el recurso de la recurrente, contesta la vista conferida la Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente, peticionando se declare la nulidad de todo lo actuado a partir de fs. 244.

La señora Defensora advierte que en el presente proceso se han violado derechos y garantías de raigambre constitucional, como la defensa en juicio, la tutela judicial efectiva, y el debido proceso legal.

Dice que oportunamente, en vista respondida a fs. 163, ese Ministerio ya había advertido el estado de indefensión en el que se había colocado a los niños pero, haciendo caso omiso de ello, se continuaron con las actuaciones, sin subsanar la grave afectación de la defensa en juicio denunciada.



Sigue diciendo que ahora se advierte que no se han incorporado las actas de nacimiento debidamente legalizadas, ni se ha acreditado la apertura del sucesorio (art. 719, CPCyC), entendiendo que la documental de fs. 55 y 69 no es suficiente para tener a los niños como herederos forzosos. Y agrega que habiendo sido notificada la persona a quién se denuncia como progenitora de los niños, ésta no ha comparecido a juicio, siendo declarada rebelde, sin considerar que esta omisión de la progenitora evidencia claros intereses contrapuestos o accionar negligente en perjuicio de los intereses de los niños.

Destaca que no se le ha dado intervención previa al dictado de la sentencia de primera instancia.

II.- Analizadas las constancias de la causa no cabe sino concluir en que le asiste razón a la Defensora de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, debiendo procederse a declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de fs. 244.

En efecto, en autos la demanda fue dirigida contra dos personas menores de edad: R.A.F., quién tendría seis años a la época de la demanda (15 de octubre de 2014), y su hermana D.C.F., de dos años de edad a esa misma época, a quienes se denuncia como herederos del señor Eduardo Rafael Fuster (fs. 140).

Requerido por el juzgado que se denuncie el nombre y la dirección del representante legal de las personas menores de edad (fs. 150 vta.), la actora denuncia a quién sería su madre: María Cristina del Carmen Pelicari (fs. 152).

Habiéndose librado la pertinente cédula de notificación, la persona que atendió al Oficial Notificador dijo desconocer a la requerida (fs. 156/157).



A fs. 163 toma intervención la Defensoría de los Derechos del Niño, y señala: *"...a fin de establecer claramente la legitimación pasiva de los niños demandados, así como la competencia en los presentes, deberá denunciarse el Juzgado donde tramita el sucesorio del Sr. Eduardo Rafael Fuster, o en su caso, la parte actora deberá accionar de conformidad con lo establecido por el art. 719 del CPCC".*

A fs. 164 obra constancia actuarial que informa que, del registro del sistema Dextra, no surge que se haya iniciado el sucesorio de Fuster, Eduardo Rafael. En la misma foja se tuvo presente y se hizo saber a la actora el dictamen de la Defensoría.

Habiéndose autorizado la notificación a la demandada bajo responsabilidad de la parte, a fs. 244/245, se fija copia de la cédula y la documental acompañada con ella, no obstante que la persona que atendió al Oficial Notificador dijo ser la propietaria del inmueble y que la requerida no vive allí, y que tampoco la conoce.

Se declara la rebeldía de la señora P. (fs. 247) y se continúa con la tramitación de la causa, dictándose la sentencia de primera instancia y llegando el expediente a esta Alzada sin que se le diera más participación a la Defensoría de los Derechos del Niño, lo que recién su subsana en segunda instancia, con el resultado ya indicado.

El art. 103 del Código Civil y Comercial distingue dos clases de intervenciones para el Ministerio Público respecto de la actuación en juicio de las personas menores de edad, una complementaria y otra principal.

Angeles Burundarena señala que la intervención del Ministerio Público es representativa, de orden legal, de carácter necesario, es de control en el ámbito judicial para el ejercicio de la responsabilidad parental y en el caso de



los supuestos contemplados en el inciso a, resulta complementaria de la actuación de los representantes legales individuales. Y agrega que el Ministerio Público, como órgano constitucional (art. 120, CN), es el representante para la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (cfr. aut. cit., "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. I, pág. 456).

En el ámbito provincial, esta función ha sido otorgada por el art. 49 de la ley 2.302 al Defensor de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente.

En autos, se ha dado intervención al Defensor de los Derechos del Niño en una sola oportunidad, y en lo que aparecía como una actuación complementaria de la intervención de la representante legal de los niños. No obstante la señalización que hace, en esa oportunidad, el Ministerio Público, en orden a las deficiencias que presentaba la legitimación asignada a las personas menores de edad, se omite posteriormente toda otra intervención, incluso ante la rebeldía de quién sería el representante legal, y que podría haber transformado la intervención de la Defensoría de los Derechos del Niño en la prevista en el inciso b) apartado (i) del ya citado art. 103 del Código Civil y Comercial.

Esta omisión de brindar participación adecuada al Ministerio Público en una causa donde los demandados son dos personas menores de edad, no puede traer como consecuencia más que la nulidad de todo lo actuado.

La autora ya citada sostiene que: *"el código derogado en su artículo 59 no señalaba el carácter de la nulidad que acarrea la falta de intervención. No obstante la doctrina y la jurisprudencia son contestes desde hace tiempo sobre el carácter relativo de la nulidad que pudiera oponerse por falta de intervención del Ministerio Público. La sanción*



de nulidad prevista en la ley ante la falta de intervención del Ministerio Público, sea en su actuación complementaria o en la principal, es de carácter relativo porque puede ser confirmada. De haberse realizado actos disvaliosos para los intereses del niño/a y habiéndoseles causado perjuicio la omisiva intervención, la nulidad debe ser invocada por el Ministerio Público ya que representa al perjudicado y es en beneficio del vulnerable que se han establecido las nulidades como sanción, para protegerlo.

"Si el Ministerio Público por el artículo 103 bajo análisis y el artículo 388 de este Código toma conocimiento posterior en la causa judicial, a la realización de ciertos actos del proceso efectuados sin su intervención, siendo que todos ellos han sido favorables para la prosecución de las actuaciones y para el interés de la persona a quién debe representar, ningún sentido tiene oponer la nulidad por su falta de intervención, porque no se deriva ningún perjuicio para su representado...Si, por el contrario, trátase de la actuación principal o complementaria, el Ministerio Público toma conocimiento de la causa con posterioridad a la realización de distintos actos que son perjudiciales para los intereses de su representado, es en virtud de la doble representación que les cabe a las personas menores de edad...que debe el Ministerio Público plantear la nulidad en beneficio de su representado/a por haberse omitido su intervención" (cfr. aut. cit., op. cit., pág. 456/458).

En estas actuaciones se ha tramitado el proceso en forma íntegra y se ha llegado a la condena de dos personas menores de edad sin la debida intervención de la Defensoría de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente y, además, haciendo caso omiso a los reparos planteados por el Ministerio Público en su única presentación en la instancia de grado. Ello determina que ha existido, en este trámite, una concreta



vulneración del derecho de defensa en juicio de los dos niños involucrados, que parte desde la misma traba de la litis, en tanto no se conoce si los niños son efectivamente herederos de la persona fallecida, como tampoco se conoce si la persona que ha sido notificada en su condición de representante legal de los menores de edad, ficción procesal mediante, es efectivamente la madre y representante legal de los niños.

A partir de este déficit inicial, se encuentra viciado todo el proceso tramitado en la instancia de grado, y su consecuencia que es la sentencia dictada en autos.

El Tribunal Superior de Justicia ya se ha pronunciado también sobre la necesidad de nulificar las actuaciones judiciales cuando se omite dar intervención al Ministerio Público.

Dijo el Alto Tribunal provincial que: *"...el transcurso del tiempo y las nuevas demandas sociales transformaron la figura del Ministerio Público. Nació junto con la doctrina de la situación irregular, que concebía al niño como objeto de derechos, y se mantuvo unido al sistema de incapacidades regulado en el Código Civil funcionado como una herramienta –a veces omnipotente u omnipresente– para suplir la incapacidad de las personas menores de edad, a las cuales había que proteger sin considerar su voluntad y autonomía. Con la reforma constitucional, su actuación debió acomodarse al nuevo paradigma del niño y el adolescente como sujeto de derechos. El Código Civil y Comercial potencia esta redefinición (Cfr. La Ley On Line; La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial; Kemelmajer de Carlucci, Aída Molina de Juan, Mariel F.; Publicado en: RCCyC 2015 - noviembre- 3) y amplía el ámbito de su actuación. Además, de las personas menores de edad y de las personas declaradas incapaces, también intervendrá por las personas con capacidad restringida y por aquellas cuyo ejercicio de su capacidad*



requiera de un sistema de apoyos, aclarando que dicha actuación puede ser complementaria o principal y sólo en la esfera judicial. La pauta para saber si es complementaria está dada porque su falta de intervención acarrea la nulidad relativa del acto [...] (Conf. Alberto J. BUERES, Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado, T. 1, Ed. Hammurabi, 1ra. Edición y 1ra. Reimpresión. Bs. As. 2015, pág. 131/132).

"Es decir, que la adecuada y debida representación en casos como el presente exige la participación procesal tanto del representante necesario como del complementario. Una y otra se integran -en una suerte de doble representación- y resultan ser un requisito ineludible cuando se está en presencia de intereses en los que se hallan comprometidos niños y personas con capacidad restringida.

"Al propio tiempo: "En el marco de un proceso judicial, las facultades del mencionado órgano no se limitan a un mero análisis superficial de las actuaciones, sino que se extiende a una evaluación sustancial. Así podrá deducir todos los recursos ordinarios y extraordinarios disponibles según la ley procesal, cuando lo resuelto se considere perjudicial para los intereses representados o se aparte de lo establecido legalmente. Esto, aun cuando el representante legal consienta una resolución en tal sentido" (cfr. Ac.N°5/08 citado más arriba).

"Es menester agregar que de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 54 de la Ley Orgánica del Ministerio Público 24.946 el Defensor de Menores es parte esencial y legítima en todo asunto judicial o extrajudicial en el que intervenga un menor de edad, e incluso puede deducir todas las acciones y adoptar las medidas que sean necesarias para su mejor defensa en juicio, bajo pena de nulidad de todo acto que hubiere lugar sin su participación.



"En la faz local, La Ley 2302, en su capítulo III, establece la integración y funciones del DEFENSOR DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y ADOLESCENTE, quien "Artículo 49 [...] deberá velar por la protección integral de los derechos de los niños y adolescentes. Será ejercida por su titular, los defensores adjuntos, un equipo interdisciplinario y personal administrativo. Sus funciones y atribuciones, además de las establecidas en el artículo 59 del Código Civil y en la Ley Orgánica de Tribunales, serán: 1) Defender los derechos de los niños y adolescentes por sobre cualquier otro interés o derecho, privilegiando siempre su interés superior [...] 11) Intervenir en todas las causas judiciales en primera y segunda instancia [...]"

"Ahora bien, la ausencia adecuada de representación -como se dijo- afecta a uno de los presupuestos que hacen a la validez constitucional del proceso, en lo que respecta a su eficaz conformación, estando a cargo de la judicatura velar por esto. Lo cual en el caso concreto implica que se integre la participación en el proceso de la persona con capacidad restringida (P. G.), así como también la de sus hijos menores de edad, a través de sus dos representantes -complementario y necesario-.

"Más aún ante la adopción de decisiones posibles de causar a dichas representaciones complementarias un gravamen de insusceptible reparación ulterior, como lo fueron las sentencias de Primera y Segunda Instancia dictadas durante el proceso por las cuales se rechaza la demanda de daños y perjuicios incoada.

"De no cumplirse con ello, y en particular ante la ausente intervención al Ministerio de Incapaces y del Pupilar, la sanción legalmente establecida es la nulidad de todo lo actuado (Arts. 59 y 494 del Código Civil Veleziano y 103 del Cod. Civ. y Com. de la Nación).



" Cabe recordar, en este punto, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación concordante con lo señalado en el dictamen del Defensor General y a la reiterada doctrina sobre el tema, expresó en un caso que es "...descalificable la sentencia que, al confirmar una resolución, omitió dar intervención al ministerio pupilar para que ejerciera la representación promiscua a pesar de que dicha resolución comprometía en forma directa los intereses de la menor, lo que importa desconocer el alto cometido que la ley le ha asignado a dicho ministerio, y no sólo menoscaba su función institucional sino que acarrea la invalidez de los pronunciamientos dictados en esas condiciones" (conf. C. 1096. XLIII. R.O. -Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSES s/daños y perjuicios- sentencia del 19 de mayo de 2009, ver también Fallos: 325:1347 y 330:4498 y doctrina de Fallos: 305:1945 y 320:1291 -cfr. autos "Gutiérrez c/ González", expte. n° 359.983/2007, R.I. n° 31/2016 del registro de la Secretaría Civil, entre otros-.

III.- Conforme lo dicho, deviene abstracto el tratamiento de los recursos de apelación planteados por la parte actora.

IV.- Por tanto, propongo al Acuerdo declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de fs. 244, inclusive; y declarar abstracto el tratamiento de los recursos de apelación planteados por la parte actora.

Sin costas en la Alzada, dada la nulidad resuelta (art. 68, 2da. parte CPCyC).

El Dr. José I. **NOACCO** dijo:

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

Por ello, **esta Sala II**



RESUELVE:

I.- Declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de fs. 244, inclusive; y declarar abstracto el tratamiento de los recursos de apelación planteados por la parte actora.

II.- Sin imposición de costas de Alzada, dada la nulidad resuelta (art. 68, 2da. parte CPCyC).

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

DRA. PATRICIA M. CLERICI - DR. JOSE I. NOACCO
Dra. MICAELA S. ROSALES - Secretaria