

RESOLUCIÓN INTERLOCUTORIA NRO.152.

NEUQUÉN, 26 de noviembre de 2014.

V I S T O S:

Los autos caratulados: **G., J. L. Y OTRO CONTRA K., R. Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS (Expte. Nro. 76 - año 2012)** del Registro de la Secretaría Civil de Recursos Extraordinarios del Tribunal Superior de Justicia, venidos a conocimiento de la Sala Civil para resolver, y

CONSIDERANDO:

I. Llegan los autos a resolución, en virtud del recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley deducido por el actor C. A. G. a fs.140/148vta. contra la resolución de fs. 135/137vta. dictada por la Cámara Apelaciones con asiento en San Martín de los Andes que confirma el decisorio recaído en la instancia anterior, en cuanto rechaza el planteo de nulidad articulado por la misma parte.

A fs.150/155 la Sra. Defensora Oficial en carácter de Ministerio Pupilar interpone también recurso por Inaplicabilidad de Ley y comparte el impetrado por la actora.

Como fundamento de su queja alegan, en primer lugar, que la Alzada incurre en violación de la ley (Art. 15, Inc. a), Ley 1.406, por falta de intervención del Ministerio Pupilar y lesión a derechos de raigambre constitucional, invocando el Art. 120 de la Constitución Nacional, 2 y 3 de la Convención de Derechos del Niño, Art. 59 del Código Civil, Art. 67 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Luego, invocan la causal del Art. 15, Inc. b), del ritual casatorio y aducen que el decisorio se asienta sobre fundamentos dogmáticos, genéricos y aparentes que no se condicen con el acontecer de la causa. Sostienen que, conforme criterio del Tribunal Superior de la Provincia, en el cómputo de la caducidad de instancia no corresponde contabilizar los días de feria judicial, y en consecuencia, el plazo de tres meses de inactividad no habría transcurrido.

Alegan que, además, no puede considerarse consentido el acto cuya nulidad se denunció, pues el plazo de cinco días para cuestionarlo comienza a computarse a partir de que la parte ha tomado conocimiento de las irregularidades invocadas y ello sucedió recién cuando la actora se presentó con nuevo patrocinio.

Finalmente, por la vía del Art. 15, Inc. c), de la Ley Casatoria, denuncian la arbitrariedad de la sentencia dictada. Refieren que incurre en exceso ritual en tanto considera consentido el acto porque la nulidad no fue planteada dentro del quinto día de notificado.

Señala que el haberse confirmado la caducidad de instancia conlleva un perjuicio irreparable, pues tiene como no interrumpido el plazo de prescripción.

A fs. 165/168 contesta la vista conferida el Sr. Defensor General. Peticiona la declaración de nulidad de lo actuado a partir de la deficiente o ausente representación del Ministerio Pupilar, ante el grave perjuicio que les irroga la resolución cuestionada a sus tutelados.

Asimismo solicita se otorgue la debida participación en autos a las niñas M.A.G.C. y K.S.G.C., arbitrándose en la instancia de grado las medidas procesales oportunas para su comparecencia al proceso.

Para el supuesto de que no se resuelva favorablemente su petición, solicita se declare admisible el recurso casatorio y oportunamente se case la resolución cuestionada.

A fs. 170/173vta. el Sr. Fiscal General dictamina, propiciando la declaración de admisibilidad de los recursos casatorios incoados por C. A. G. y la Sra. Defensora en ejercicio del Ministerio Pupilar con fundamento en los incisos a) y b) del Art.15° de la Ley 1.406.

II. Sentado lo cual, corresponde el tratamiento en primer lugar del planteo de nulidad deducido por el Sr. Defensor. Para ello es menester una breve reseña de las circunstancias por las que ha atravesado este particular trámite:

La acción promovida pretende el resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por la muerte del Sr. C. E. G., ejerciendo la legitimación activa la Sra. C. P. en representación de sus hijos menores de edad M. y C., conjuntamente con J. L. G., todos hijos del fallecido.

A pedido del Juzgado, los actores aclaran que interponen la demanda a efectos de interrumpir la prescripción y a posteriori presentan sucesivas ampliaciones a fs. 16, 19, 25, 27, 29, 31vta., 33/34, 36vta., 40,42, 44 y 46.

Al arribar a la mayoría de edad, M. E. G. comparece por sí, con patrocinio letrado de la Dra. ... y ratifica lo actuado por su progenitora (fs.38).

Cuando la letrada patrocinante de los actores -Emilce María Carrascosa- renuncia al patrocinio (fs.50), el Juzgado tiene presente la renuncia y ordena se notifique al domicilio real de los patrocinados (fs.51).

Luego, J. L. G. y la Sra. P. del C. P. en representación de su hijo menor de edad C., se notifican de dicha renuncia y comparecen con un nuevo patrocinio a la sazón, de la Dra. Nora Myriam Porreca (fs.52 y 53).

Más adelante, también esa letrada -Nora Myriam Porreca- renuncia al patrocinio y el Juzgado ordena se notifique a los actores al domicilio real, (fs.55 y 56).

Es relevante destacar que a fs. 59 la primera letrada Emilce María Carrascosa informa que no ha podido notificar su renuncia al patrocinio a M. G., por cuanto éste se suicidó en junio de 2009, y que solicita, para acreditar el fallecimiento, se libre oficio al Registro Civil de Junín

de los Andes a efectos de que remitan copia del acta de defunción. Asimismo y a esos fines, denuncia el número de D.N.I. de quien fuera su patrocinado.

Ante ello, con fecha 19 de noviembre de 2009, el Juzgado provee, teniendo presente lo manifestado; y respecto del oficio solicitado, lo rechaza por el momento por ser innecesario (fs. 60).

Con fecha 1° de febrero de 2010, se declara de oficio la caducidad de instancia y se dispone notificar al Ministerio Pupilar, diligencia que se cumple (fs.61/vta.).

A fs. 64 la actora P. P. manifiesta que ningún abogado de la jurisdicción accedió a patrocinarla por lo que debió recurrir a letrados de la ciudad de Neuquén. Solicita el préstamo de las actuaciones, las que son también requeridas por la Defensoría del Tribunal Superior de Justicia (fs. 66).

A fs. 77 la Sra. P. P. acompaña acta de defunción de su hijo M. E. G., acaecida el 1° de agosto de 2009.

Asimismo, solicita se declare la nulidad de la resolución dictada el 1 de febrero que declara la caducidad instancia, con respecto a su hijo menor de edad C., en virtud de no haberse dado intervención al Ministerio Pupilar de conformidad con el Art. 59 del Código Civil y normativa de la Convención de Derechos del Niño que reviste jerarquía constitucional.

El planteo es rechazado por el Juzgado con fundamento en que el supuesto vicio se encuentra convalidado, porque la parte interesada fue notificada y no promovió la nulidad dentro de los cinco días subsiguientes al conocimiento del acto (83/vta.).

La resolución en cuestión es apelada a fs. 84/89vta. por la Sra. P. P., en representación de su hijo C.A.G.

Expresa que el Juez rechaza el pedido de nulidad de su parte con fundamentos dogmáticos, sin abordar el fundamento, cual es la falta de intervención del Ministerio Pupilar como lo manda el Art. 59 del Código Civil, omisión que considera imputable al propio Juzgado. Asimismo señala que, además, el plazo de caducidad no había transcurrido.

A fs. 90 se concede el recurso en relación y con efecto suspensivo.

Llegados los autos a Cámara, a fs. 92, el Presidente del cuerpo advierte que:

a) no se ha dado intervención al Ministerio Público de Menores, que la omisión no puede ser suplida con la notificación de fs. 61vta., dado que ello no sólo no implica una intervención, sino que resultaría en una directa vulneración del derecho de defensa y su efectiva tutela judicial. Cita legislación aplicable y antecedente de este Tribunal Superior de Justicia Lizama R.I. N°96/2008;

b) no se cumplió con la intervención de la Fiscalía de Estado dispuesta a fs.28;

c) finalmente, habiéndose denunciado el fallecimiento de uno de los menores actores, no se ordenó medida alguna dirigida a acreditar tal circunstancia y eventualmente citar a sus herederos.

Dispone que vuelvan los autos al Juzgado de origen a tales fines.

A fs. 94 el Juzgado de Primera Instancia ordena se corra vista al Ministerio Pupilar a sus efectos, y a lo demás, se tenga presente y haga saber, a los fines que correspondan.

A fs. 96/98 la Sra. Defensora Civil, en ejercicio de dicho Ministerio contesta vista y adhiere al planteo de nulidad articulado por la Sra. P. en representación de su hijo C.

A fs. 102/104 la Sra. P. denuncia como herederas de M. E. G. a sus hijas: K.S.G.C. y M.A.G.C., de 2 y 5 años de edad, respectivamente, y acompaña partidas de nacimiento.

A fs. 105 el Juzgado dispone que se agreguen a sus efectos las copias certificadas de las partidas de nacimiento acompañadas.

A fs. 135/137vta. la Cámara dicta sentencia confirmando el resolutorio dictado en primera instancia. Expresa que el Ministerio Pupilar fue notificado de la resolución que decretó la caducidad de instancia, lo que significa que tuvo intervención y pudo oponerse a su dictado en beneficio del joven. Agrega, que no habiéndose trabado la litis, y dado que tal intervención aún puede constituirse no se advierte cuál es el perjuicio que alega.

III. Al avanzar en el estudio de las actuaciones y previo al tratamiento del planteo de nulidad deducido por el Sr. Defensor General, se advierte que resulta imprescindible atender a un aspecto relevante que afecta al presente y es la ausencia de los presupuestos que hacen a la validez constitucional del proceso.

Es que se torna evidente la falencia en lo que respecta a la regular configuración del contradictorio, por cuanto la persona que actuaba como parte co-actora, M. E. G., deja de existir y sin embargo el juicio continúa su trámite, haciéndose caso omiso a la relevancia de ese hecho jurídico (Art.896 del Código Civil).

En efecto, ante la denuncia del fallecimiento del actor M. E. G. (fs. 59), el Juzgado omite suspender el proceso y cumplir con las medidas que manda el Art. 43 C.P.C. y C. a fin de que comparezcan los herederos y se constituyan como parte.

El citado artículo 43 del ritual establece:

Cuando la parte que actuare personalmente falleciere o se tornare incapaz, comprobado el hecho, el juez o tribunal suspenderá la tramitación y citará a los herederos o al representante legal en la forma y bajo el apercibimiento dispuestos en el artículo 53, inciso 5°.

La norma a la que remite establece:

[...] el Juez señalará un plazo para que los interesados concurren a estar a derecho citándolos directamente si se conocieren sus domicilios, o por edictos durante dos días consecutivos, si no fuesen conocidos, bajo apercibimiento de continuar el juicio en rebeldía en el primer caso y de nombrarles defensor en el segundo[...].

Lejos de tal temperamento, el magistrado interviniente, anoticiado del suicidio de M. E. G. (fs.59), continúa tramitando el juicio y decreta la caducidad de instancia de oficio (fs. 61 y vta.), con lo cual se extingue el proceso, tornándose flagrante la vulneración a los derechos que conforme las normas sustantivas y adjetivas, le asisten a los herederos del litigante fallecido durante el trámite de la causa (Arts. 3410, 3417, 3279 del Código Civil).

Cabe señalar que la falta de citación de los herederos del accionante, fue advertida oportunamente por el Presidente de la Cámara, quien dispuso que fueran devueltas las actuaciones al Juez de Primera Instancia para sanear las falencias detectadas (fs. 92).

No obstante, si bien la Sra. P. (co-actora en representación del menor de edad C.) acompañó las partidas de defunción de su hijo M. G. y de nacimiento de las hijas menores de edad de él (fs. 77, 102 y 103), las medidas procesales que el artículo 43 del ritual pone en cabeza del órgano judicial, no se ordenaron.

En efecto, pese a la denuncia debidamente acreditada del fallecimiento del co-actor, y la advertencia del superior, el Juzgado incumplió con su deber de suspender el proceso y arbitrar los medios para la citación a estar a derecho de los herederos, en el caso, de las niñas denunciadas a fs. 104, a través de su progenitora, en carácter de representante necesaria con intervención al Ministerio Pupilar en los términos del Art. 59 y 494 del Código Civil. Señala Calamandrei, con claridad que para que exista proceso válido, es necesario un órgano judicial y una demanda dirigida a él (cfr. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Depalma, 1943, p.276, citado por MAURINO, Alberto Luis, *Nulidades Procesales*, Astrea, 3^a edición, 2009, Buenos Aires, p.102). Va de suyo que la demanda debe ser deducida y sostenida durante el trámite, por una parte procesal, y que esta ha de ser una persona, en los términos del Art. 30 del Código Civil. Asimismo que tratándose de una persona de existencia visible, termina su existencia por la muerte natural (Art.103 CC) y corresponde -en casos como el presente en que se debaten derechos patrimoniales- citar a los herederos para que asuman la posición de parte.

Al verificarse que se ha tramitado la causa, con una parte fallecida -ya que, reiteramos, ante la denuncia de la muerte del actor M. E. G., el Juzgado continúa tramitando

la causa, sin ordenar las medidas que le encomienda el Art. 43 del C.P.C. y C.-, le compete a este Tribunal ponerlo de manifiesto y nulificar *ex officio* o lo actuado, pues se trata de resguardar una de las garantías básicas de nuestro sistema constitucional que es la defensa en juicio.

Máxime, cuando la falencia obedece a la actuación de los órganos jurisdiccionales, ya que detectada y señalada por el Presidente de la Cámara, no se subsanó. Sin embargo, luego, fue avalada por la Alzada.

En ese sentido cabe recordar que la presencia del magistrado -o magistrada-, como sujeto y presupuesto del proceso, garantiza la observancia del trámite indicado por la ley y el debido engarce en sus sucesivos actos y etapas (AMAYA, N. Enrique, Cuadernos del Instituto de Derecho Procesal, Facultad de ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de Córdoba, n° 121- 13, p. 40, citado por MAURINO, Alberto Luis, *Nulidades Procesales*, Astrea, 3ª edición, 2009, Buenos Aires, p.89), misión que en elcasus no se ha cumplido acabadamente.

Desde ese punto de vista, el órgano judicial, en la persona del juez o jueza, debe custodiar la legalidad del proceso que tramita, pues si este no se rige conforme a las normas rituales, se afectan derechos de las partes y/o de terceros -como en el presente- y es la propia función de la judicatura que se ve afectada en su validez constitucional.

IV. Además, es necesario destacar que el menoscabo al derecho de defensa de los herederos no citados a juicio resulta agravado en el caso de las denunciadas a fs.104, porque las titulares de los derechos vulnerados son dos niñas de corta edad, a quienes el ordenamiento constitucional y convencional reconoce como sujetos activos de derecho, y otorga especial protección, caracterizando como prioritaria la efectivización de sus derechos y privilegiando su interés superior -Art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, Art. 47 de la Constitución Provincial; Art. 3.1 de la Convención Internacional de Derechos del Niño-.

También debe señalarse que en tanto se reconoce a niños, niñas y adolescentes como sujetos de los referidos derechos, es el Estado a través de todos sus órganos quien debe garantizar su efectividad.

Resulta oportuno recordar lo señalado recientemente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Furlan: [...] la Corte reitera que si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías procesales son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños y las niñas el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores de edad, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías. (*Cfr* . Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 98 -

242. Caso FURLAN Y FAMILIARES Vs. ARGENTINA - 31.08.12 - CORTEIDH).

En el mismo sentido nuestro derecho interno consagra el principio de efectividad y la concreta responsabilidad de todos los órganos del Estado:

Los organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. (Art. 29 y 27 -garantías mínimas de procedimiento- de la Ley 26.061, en consonancia con el Art. 4 Convención Internacional de los Derechos del Niño, Art. 47 de la Constitución provincial y Art. 10 de la Ley 2.302).

En sentido coadyuvante, las Reglas del Brasilia, a las que este Tribunal Superior adhirió mediante Acuerdo N° 4612/10 de Superintendencia y el Máximo Tribunal de la Nación a través de la Acordada N°5/09, están destinadas a Jueces, Fiscales, Defensores, Procuradores y demás personas que laboren en el sistema de justicia (Sección 3), tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y prescriben:

Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo. (Capítulo I. Sección. 2da. punto 2).

Corresponde a este Tribunal Superior, como cabeza de uno de los poderes del Estado, en la medida de su jurisdicción, aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado, a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida por su incumplimiento (conf. Fallos: 318:1269 y 333:604).

En el caso bajo examen, la vulneración al derecho de defensa de las niñas involucradas en la causa es evidente, tal como lo pone de manifiesto el Sr. Defensor General. Y, ello en tanto no fueron citadas a estar a derecho, a través de su representante necesaria y consecuentemente, tampoco respecto de ellas tomó intervención la Sra. Defensora del Niño y Adolescente.

En virtud de todo lo expresado y dado que la consideración primordial del interés superior del niño orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluido este Tribunal (conf. Fallos: 328:2870), por cuanto oportunamente no se garantizó de manera efectiva el ejercicio de los derechos que conforme la normativa constitucional y convencional asisten a las niñas de autos, urge remediar tal menoscabo.

V. Así pues, la infracción constitucional al derecho de defensa, referida en el acápite III) y que motiva la nulidad que se declara, potencia una de las principales

funciones encomendadas a toda la judicatura por la Constitución, esto es erigirse en su garante para resguardar y defender las instituciones y derechos consagrados en ella.

En esta ocasión, ese lugar lo debe tomar este Tribunal Supremo, dado que si bien el quebrantamiento fue advertido con anterioridad, no fue subsanado. Por consiguiente, corresponde que despliegue sus atribuciones en pos de tutelar los derechos afectados para asegurar su plena efectividad.

En ese sentido, el Máximo Tribunal Nacional ha afirmado: *Si bien las sentencias de la Corte Suprema deben limitarse a lo peticionado por las partes en el recurso extraordinario, constituye un requisito previo emanado de su función jurisdiccional, el control, aún de oficio, del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público, toda vez que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecte una garantía constitucional no podría ser confirmada* (Fallos: 317:2043; y en términos análogos Fallos: 326:1149, citados en Ac. 1/10 del Registro de esta Sala Civil).

De acuerdo con las consideraciones vertidas, se impone, a fin de restablecer la validez constitucional del proceso, declarar la nulidad de todo lo actuado con posterioridad a la denuncia del fallecimiento de M. E. G. (fs. 59).

Asimismo, y en cumplimiento del deber que a jueces y tribunales establece el Art. 43 del C.P.C. y C., corresponde suspender el procedimiento y remitir las actuaciones a origen a efectos de sanear la relación jurídico-procesal. A esos fines, deberá el Juez de grado arbitrar las medidas adecuadas para la comparecencia a estar a derecho de los herederos, en el caso de las niñas denunciadas a fs.104, a través de su representante necesaria, y conferir respecto de aquellas, intervención a la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente (Art. 59 y 494 del Código Civil y 49, Inc. 11) de la Ley 2.302), debiendo también oficiar al Registro de Juicios Universales para conocer si se ha abierto la sucesión del causante y en su caso, poner en conocimiento de la existencia de las presentes actuaciones al Juez del sucesorio.

Además de ello, corresponde instruir se registre en el sistema la modificación operada en la parte actora a partir de la muerte de M. E. G., incluyendo a los sucesores y se recaratulen las actuaciones.

Consecuentemente, se torna abstracto el análisis del planteo de nulidad efectuado por el Sr. Defensor General (fs. 165/168), así como también de los recursos de casación deducidos por C. G. y la Defensora de los Derechos del Niño (fs. 140/148vta. y 150/155).

Sin costas, atento los fundamentos de la nulidad que se declara (Art. 12°, Ley Casatoria y 68, 2°ap., C.P.C. y C). Disponer la devolución del depósito, cuya constancia se encuentra a fs. 162.

Por ello, oídos los Ministerios Públicos Fiscal y de la Defensa,

SE RESUELVE:

I. Declarar la nulidad de lo actuado con posterioridad a fs. 59, por los fundamentos expuestos.

II. Suspender el procedimiento y remitir las actuaciones a origen a efectos de una adecuada integración de la relación procesal. A esos fines, deberá el Juez de grado cumplir con la manda del Art. 43 del C.P.C. y C., arbitrar las medidas adecuadas para la comparecencia a estar a derecho de los herederos de M. E. G., de las niñas denunciadas a fs. 104 través de su representante necesaria, y conferir a su respecto intervención al Ministerio Pupilar (Arts. 59 y 494 del Código Civil,-Art. 49, Inc. 11) de la Ley 2.302-, debiendo, asimismo, oficiar al Registro de Juicios Universales para conocer si se ha abierto la sucesión del causante y en su caso, poner en conocimiento de la existencia de las presentes actuaciones al Juez del sucesorio.

III. Declarar abstracto el tratamiento del planteo de nulidad efectuado por el Sr. Defensor General y de los recursos casatorios deducidos por C. G. y la Defensora de los Derechos del Niño.

IV. Sin costas, por los fundamentos expuestos (Art. 12°, Ley Casatoria y 68, 2°ap., C.P.C. y C), difiriendo la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello.

V . Disponer la devolución del depósito, cuya constancia se encuentra a fs. 162.

VI. Instruir se registre en el sistema la modificación operada en la parte actora a partir de la muerte de M. E. G., incluyendo a los sucesores y se recaratulen las actuaciones.

VII . Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan los autos a origen.

fc

Dr. EVALDO D. MOYA Dra. LELIA GRACIELA MARTÍNEZ

Vocal Vocal

Dra. MARÍA ALEJANDRA JORDÁN

Secretaria Subrogante