



Expte. 10301.

R.I. 112(S)

(RGE:NE-4093-2009 )

Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial-Necochea

En la ciudad de Necochea, a los 05 días del mes de noviembre de dos mil quince, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, en acuerdo ordinario, a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados: “**L., J. L. c/E., M. V. s/Liquidación de sociedad conyugal**” habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución de la Provincia y el art. 263 del Código Procesal Civil y Comercial, resultó del mismo que el orden de votación debía ser el siguiente: Señores Jueces Doctores Oscar Alfredo Capalbo y Fabián Marcelo Loiza, habiendo cesado en sus funciones el Doctor Garate (Decreto nº 200 del 13 de mayo de 2013).

El tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

### **C U E S T I O N E S**

1a ¿Es justa la sentencia obrante a fs. 405/408?.

2a. ¿Qué pronunciamiento corresponde?.

### **A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ**

#### **DOCTOR CAPALBO DIJO:**

I) Conforme surge de las constancias de autos a fs. 405/408 la Sra. Jueza de grado dicta sentencia en la que resuelve: I) Rechazar el pedido de nulidad incoado; II) Imponer las costas de la presente incidencia a la demandada de autos Sra. E.; III) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se dicte sentencia.



Expte. 10301.

Contra dicho pronunciamiento a f. 410 la demandada interpone recurso de apelación, obrando sus agravios a fs. 412/419.

II) 1. En primer lugar se agravia la recurrente del rechazo del pedido de nulidad formulado por su parte.

Expresa que corresponde analizar “si se encuentran comprometidos intereses personales de los menores de marras, al punto de viabilizar –por ausencia de su representante promiscuo- la aplicación de la sanción que se propicia.”

Señala que “el inmueble donde estuviese radicado el hogar conyugal –de carácter propio de la recurrente, así como las mejoras, circunstancias que se acreditarán en la etapa procesal oportuna-, ha sido constituido en bien de familia y alberga –desde siempre- a los hijos de los señores L.-E., de los cuales en la actualidad R. y P. cuenta, respectivamente, con catorce (14) y quince (15) años de edad. A la fecha del inicio de la demanda –y de su consecuente contestación- era menor nuestro único hijo varón, F..”

“Sin perjuicio del carácter de propios –como se anticipase en el escrito de contestación de demanda, también son de uso personal de los menores los enseres y útiles que componen su ajuar, entre los que, ejemplificativamente y eximiéndome de todo comentario, se encuentran sus lechos, los que el señor L. pretende someter a inventario conforme detalle de fs. 16vta./17 (Capítulo V) y ampliación de fs. 35.”

Destaca seguidamente las etapas que importan la disolución de



Expte. 10301.

la sociedad conyugal, liquidación y partición y se pregunta la recurrente “si no se encuentran comprometidas las personas de nuestras hijas menores de edad, las que se verían privadas de una vivienda y sin posibilidad alguna por mi parte de procurarles otra.”

Expresa que “la respuesta tuitiva es dada por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” (art. VI cuyo texto transcribe) y la Convención sobre los Derechos del niño en su art. 3 y transcribe sus art. 3 numeral 2).

Sostiene que “a la luz de la letra y el espíritu de las transcriptas normas jerarquizadas constitucionalmente, comprender que se encuentra comprometido –real y ciertamente- el bienestar de menores, que la actitud asumida por el padre podría colocar en riesgo a P. y a R. y que, con meridiana claridad, resultan de aplicación el art. 59 de la Ley de Fondo y el art. 23 inc. 1 de la Ley 12.061, viabilizando el oportuno ingreso a estos actuados del Asesor de Incapaces.”

Y precisamente –añade- “la representación promiscua de ese funcionario lo es bajo pena de nulidad, acorde art. 59 C. Civil, nulidad que reviste el carácter de absoluta por ser de orden público en virtud de encontrarse comprometidos las personas, la seguridad y el bienestar de menores.”

Alega luego que “los actos cumplidos hasta el presente afectan los intereses de nuestras hijas menores de edad.”

Cita “la pericia practicada a fs. 257/263 y explicaciones



Expte. 10301.

suministradas a fs. 269/vta. y 274/vta. por el Ingeniero en Construcciones Alberto N. Somigliana, tendiente a determinar en qué consisten las mejores realizadas en el inmueble que fuera sede del hogar conyugal, el costo actual de dicha obra en ampliación y el costo actual del metro cuadrado de construcción para el tipo de obra realizada y la que efectivizase la martillera Mariana Sara Zubillaga a fs. 342/347 y vta. y explicaciones de fs. 359/vta., a los fines de tasar la finca.” Y “el inventario confeccionado por el actor L. a fs. 16/vta./17).”

“Estas y las restantes diligencias fueron practicadas sin la intervención de la Asesoría de Incapaces, privando al funcionario asignado de su contralor, efectuar peticiones y, en definitiva, cercenando su derecho a ser oído en resguardo de lo que resulte más beneficioso para los menores.”

Ergo, alega la recurrente, “habiéndose omitido su obligada intervención, lo actuado debe ser declarado nulo y de nulidad absoluta sin que resulte suficiente y convalidatoria su intervención en esta etapa del proceso.”

Sostiene luego que “tanto el inmueble como las mejores incorporadas, han sido constituidos en bien de familia y sus beneficiarios son también mis hijas menores de edad.”

2. En su segundo agravio expresa que “si bien es estrictamente cierto que en estos actuados no he hecho constar que contestaba demanda e intervenía en la litis como representante legal de mis hijos menores de edad y que estos no son parte, no lo es menos que explicité hasta qué punto



Expte. 10301.

se encontraban interesados los derechos de aquellos.”

Aduce que “interrelacionando los términos vertidos en la demanda con el contenido de su contestación, surge, con meridiana claridad que, no obstante no estar demandadas las niñas, se encuentran comprometidos sus intereses, mereciendo, en consecuencia, la necesaria intervención de la Asesoría de Incapaces con miras a su asistencia y a un adecuado contralor.”

Sostiene luego que “no es mi intención la de peticionar nulidad por la nulidad misma”, sino que ante la inobservancia apuntada “me encontré en la obligación de solicitar el remedio que se propicia.”

3. En su tercer agravio expresa la recurrente que “la celebración de la audiencia correspondiente a la audiencia preliminar, conforme acta de fs. 141/142 y los actos cumplidos (a título de ejemplo, pericias de fs. 257/263 –fs. 269/vta. y 247/vta. y la de fs. 342/347 y vta., fs. 359/vta (...)grafican adecuadamente sobre el perjuicio concreto ocasionado a las menores ante la falta de adecuada asistencia y contralor por parte de funcionario alguno de la Asesoría de Incapaces, privándolo del derecho de ser oído en procura de lo que resulte más beneficioso para aquéllas en defensa de los intereses que su progenitor intenta vulnerar.”

Añade luego que los fondos de comercio que reclama el actor sitos en Avda. 75 N° 3070 de Necochea y calle 519 n° 2398 de Quequén “fueron rescatados por mi persona dado que, a poco de concretado nuestro divorcio fueron abandonados por L..”



Expte. 10301.

Destaca que “el trabajo que en ellos pudo haberse realizado permitió, durante este tiempo subvenir las necesidades alimentarias de nuestros cuatro (4) hijos ante el palmario y pérfido incumplimiento del accionante para con sus deberes de asistencia familiar, en el caso y a través de los años, tanto respecto de quienes eran menores a la época de promoción de la litis ahora mayores y cursando estudios terciarios, como de las restantes dos (2) niñas –P. y R.-, todavía menores de edad.”

4. Por último se agravia de la imposición de costas a su parte, aduciendo que “me asiste el derecho de peticionar tal como lo hice –y lo hago-, tratando de suplir, respetuosamente lo digo, con mi modesta intervención y en defensa de los intereses de mis hijos menores de edad, la palmaria omisión cometida por la señora Juez a quo, ello es, la de no haberle dado intervención desde el inicio de los presentes obrados al Señor Asesor de Incapaces.”

Destaca que “esta litis está promovida por un desaprensivo progenitor que no solamente incumple con sus obligaciones de padre de familia sino que, además, pretende despojar a los menores de su vivienda que es un bien propio de la suscripta, su mobiliario y otros elementos para la vida cotidiana.”

Expresa que las costas “en el caso de no acogerse favorablemente lo pedido, tendrían que haber sido impuestas por su orden, pero de ningún modo, a mi cargo.”

III) Conforme surge de las constancias de autos, a fs. 366/369



Expte. 10301.

la demandada solicita la nulidad de las presentes actuaciones, en tanto se ha omitido dar intervención al Sr. Asesor de Menores.

Corrido el traslado de ley, el actor se opone a la pretendida nulidad (v. fs. 379/380vta.) aduciendo que “la intervención del Asesor de Incapaces sólo viene justificada si en el pleito se ventilan intereses de un menor –o insano-, tal como lo manda el Código Civil en sus arts. 59 y 496 C.C., además de las reglas que contiene la ley 12.061 que regula la estructura y funciones de aquel cuerpo y de las mandas supralegales.” Destaca que “durante cinco años no fue objetado este procedimiento, en tiempo oportuno, dejando consentir todas la actuaciones procesales, debiendo asumir los actos propios desarrollados durante su transcurso.”

A f. 401 se corre vista al Asesor de Incapaces departamental, quien a fs. 402/404 toma intervención y contesta la vista conferida, solicitando, por los fundamentos que allí expone, se haga lugar a la nulidad requerida por la demandada.

Finalmente, y como quedara expuesto, la Sra. Jueza rechaza el pedido de nulidad con los siguientes fundamentos: 1) Que la sra. E. en ninguna presentación solicitó la intervención del Ministerio Público ni ofreció pruebas que a su criterio resguarden los derechos de los menores; 2) que la Sra. E. en las presentaciones de autos ha invocado un derecho propio, sin referir que actuaba en carácter de representante legal de sus hijos; y 3) que no se han enunciado las defensas que se han visto privados de oponer, no advirtiendo la magistrada perjuicio alguno para los menores.



Expte. 10301.

2. Como es sabido, el artículo 59 del Código Civil confiere al Asesor de Menores el carácter de representante promiscuo y de parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, todo ello bajo pena de nulidad.

En virtud de dicha norma, aplicable al caso conforme lo dispuesto por el artículo 7 del C.C. y C. (conf. Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2015, Número extraordinario, Claves del Código Civil y Comercial, Kemelmajer de Carlucci, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas en curso de ejecución”, parag. 10, pág. 149 y sgtes.) torna aplicable la doctrina legal sentada por la Suprema Corte de Justicia Provincial en el sentido que “en todo supuesto judicial donde la intervención del Asesor de Incapaces sea necesaria para la adecuada defensa de los intereses de los menores debe admitirse su actuación, sea de mera asistencia o de representación, y con mayor razón si se trata de suplir la defectuosa defensa hecha por los representantes legales o de complementar ésta en la forma que se considere adecuada (conf. causas Ac. 27.759, sent. del 18-VIII-1980 en “DJBA”, 119-682, Ac. 41005, sent. del 27-II-1990 en “Acuerdos y Sentencias”, 1990-I-240).

Si bien es cierto que la nulidad prevista en el citado artículo 59 es relativa y puede ser subsanada por la ratificación expresa o tácita de los actos realizados sin la presencia del Ministerio Pupilar, lo cierto es que en autos no se ha registrado tal supuesto.



Expte. 10301.

Por el contrario, lejos de convalidar las actuaciones, la Sra. Asesora de Menores, al tomar intervención (v. fs. 402/404), solicita la nulidad de lo actuado, en tanto, sostiene, “este Ministerio toma legal intervención en autos cuando en el proceso se han sucedido numerosos actos procesales en ausencia de este Ministerio”, expresando que “la omisión apuntada, ha causado un perjuicio a mis pupilos, al vulnerar un derecho tan esencial como urgente que no podrá ser reparado con el dictado de una sentencia ulterior.”

Como se ha sostenido, “Resulta prioritario atender al superior interés del menor, tal como lo exigen normas incluidas en tratados de jerarquía constitucional, requiriéndose la intervención de quien ha sido llamado por ley a ser el representante de aquél en defensa de su persona y parte esencial en todo proceso que lo involucre. Siendo así, la omisión de tal participación en la gestación de tan trascendente decisión, comprometiendo seriamente la garantía de la defensa en juicio -a más del derecho de propiedad- afecta la finalidad tuitiva perseguida al consagrarse la defensa apropiada de los derechos del menor y desemboca en la nulidad que la ley prevé (arts. 18, 31, 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, 11, 12 inc. 3, 15, Constitución de la Provincia de Buenos Aires, 3.1, 3.2, 4, 9.3, 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 59, 494 y conc. del Código Civil).” (conf. Cám. Civ. 1, QL, 13779 RSI-235-11- I 06/12/2011, JUBA sum. B2903750).

Por lo demás, y como también sostiene la Suprema Corte Provincial (C. 117.505 “M., M. N. d. C. y otros contra 17 de agosto S.A. y



Expte. 10301.

otro. Daños y perjuicios”, 22-04-2015; voto Dr. de Lázzari que hiciera mayoría), ha de tenerse presente que “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



Expte. 10301.

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 dicho fallo, se sostuvo asimismo que “la Corte Interamericana de Derechos Humanos, precisamente en referencia a la necesidad de actuación del Asesor de Menores y el alcance en su determinación, 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 en 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. El tipo de medidas específicas son determinadas por cada Estado Parte y pueden incluir una representación directa o coadyuvante, según sea el caso, del menor de edad con el fin de reforzar la garantía del principio del interés superior del menor...” (“Caso Furlan y Familiares vs. Argentina”, sent. del 31 de agosto de 2012, [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas], párr. 242, el subrayado me pertenece; C.I.D.H., “Almonacid, Arellano y otros c/Chile”, sent. del 26 de setiembre de 2006)”.

Y se añade: “En este sentido, siempre es grato citar a Cecilia



Expte. 10301.

Grosman, quien afirmara que "si la razón de los derechos del niño es asegurar sus necesidades básicas, debe pensarse en los modos en que tales exigencias serán tuteladas. No basta con una enumeración de derechos, sino que es preciso buscar los caminos para que tengan efectividad. Es decir, imaginar los mecanismos para garantizarlos, tanto desde el punto de vista asistencial como de su protección jurisdiccional" ("Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia", LL 1993-B-p. 1089)."

En definitiva, concluye el más Alto Tribunal " no es otra cosa que aplicar el principio del "interés superior del niño" como garantía reforzada, a la vez que entre a jugar el principio de efectividad presente en el art. 4 de la Convención de los Derechos del Niño que implica que el Estado, la familia y la sociedad deben asegurar todos los derechos y garantías de este colectivo, y que en palabras de la Corte Interamericana, en el caso ya citado "Furlan", ha puesto énfasis en la garantía de la intervención del Asesor "mediante las facultades que le concede la ley" -art. 38 inc. 4 de la ley 14.442-, constituyendo "una herramienta esencial para enfrentar la vulnerabilidad" (párr. 243, el resaltado me pertenece)."

Ahora bien, si bien en principio, y en atención a lo hasta aquí expuesto, se ha omitido la intervención de la Sra. Asesora de Incapaces, lo cierto es que atento el estado de la causa y las circunstancias del caso que la ley manda concretamente valorar (arts. 3 y 12.2. de la Convención de los Derechos del Niño; C.S.J.N. Fallos 323:91, voto de la mayoría), estimo que



Expte. 10301.

no corresponde declarar a esta altura nulidad alguna –adviértase que ni tan siquiera se han indicado cuáles serían los actos a anular-, propiciando subsanar el proceso disponiéndose las diligencias que a continuación se enuncian (art. 34 inc., 5 ap. b CPC).

En efecto, atento el tenor del dictamen de fs. 402/404 del que no surge que haya habido algún acto procesal o procedimiento respecto del cual se invoque un perjuicio que no pueda ser sorteado ya sea por haberse operado la preclusión o por la misma naturaleza del acto o procedimiento cumplido, y a los fines de no incurrir en demasía formal (art. 706 Código Civil y Comercial), estimo que puede sanearse el procedimiento otorgando vista por quince (15) días a la Sra. Asesora de Incapaces para que se pronuncie respecto de todas las cuestiones que estime de interés respecto de los adolescentes de autos, efectuando las peticiones que considere oportuno, ofreciendo toda aquella prueba que resulte conducente a tal fin, pronunciándose por la prueba preliminar ya sustanciada y pudiendo en su caso, requerir las ampliaciones, explicaciones o impugnaciones que estime necesarias para el acabado cumplimiento de su rol así como todos aquellos actos que hagan al mismo, aún pidiendo que se deje sin efecto cualquier acto o procedimiento cuyo saneamiento restrinja de algún modo el derecho que se ha preterido.

Fecho lo cual, y sustanciado que sea el dictamen a producirse, deberá procederse de acuerdo a lo normado por los arts. 846, 849 y concs. CPC; debiendo en su caso cumplirse con lo dispuesto en el art. 732 del



Expte. 10301.

CPC, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta cámara (conf. expte. 527 “Larrondo, Cristina E. c/Hansen, Daniel s/Disolución liquidación sociedad conyugal”, reg. int. 11 (R) 11-2-2010; expte. 880 “G.G.R. c/C.H.G. s/Liquidación de sociedad conyugal”, reg. int. 196 (R) 7-12-2010; íd. expte 9035 “Balsategui, Virginia Elvira c/Christensen, Rubén Omar s/Liquidación sociedad conyugal”, reg. int. 87 (R) 11-07-2012).

Atento el modo como se resuelve y que en propiedad la decisión no recae sobre un incidente de conformidad con lo dispuesto en los arts. 175 y siguientes del CPC, no corresponde efectuar pronunciamiento sobre costas, sin perjuicio de la merituación de los trabajos concernientes a esta decisión en el momento de la regulación respectiva.

Por las consideraciones expuestas, a la cuestión planteada voto por la **NEGATIVA**.

A la misma cuestión planteada el señor Juez Doctor Loiza votó en igual sentido por análogos fundamentos.

**A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ**

**DOCTOR CAPALBO DIJO:**

Corresponde revocar la sentencia obrante a fs. 405/408 y en consecuencia disponer: 1) Otorgar vista por quince (15) días a la Sra. Asesora de Incapaces para que se pronuncie respecto de todas las cuestiones que estime de interés respecto de los adolescentes de autos, efectuando las peticiones que considere oportuno, ofreciendo toda aquella



Expte. 10301.

prueba que resulte conducente a tal fin, pronunciándose por la prueba preliminar ya sustanciada y pudiendo en su caso, requerir las ampliaciones, explicaciones o impugnaciones que estime necesarias para el acabado cumplimiento de su rol así como todos aquellos actos que hagan al mismo, aún pidiendo que se deje sin efecto cualquier acto o procedimiento cuyo saneamiento restrinja de algún modo el derecho que se ha preterido; 2) Fecho y sustanciado que sea el dictamen a producirse, deberá procederse de acuerdo a lo normado por los arts. 846, 849 y concs. CPC, debiendo en su caso cumplirse con lo dispuesto en el art. 732 del CPC. Sin que corresponda pronunciarse sobre costas atento lo expuesto al votar la primera cuestión.

**ASI LO VOTO.**

A la misma cuestión planteada el señor Juez doctor Loiza votó en igual sentido por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente:

**SENTENCIA**

Necochea, de noviembre de 2015.-

**VISTOS Y CONSIDERANDO:** Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo se revoca la sentencia obrante a a fs. 405/408 y en consecuencia se dispone: 1) Otorgar vista por quince (15) días a la Sra. Asesora de Incapaces para que se pronuncie respecto de todas las cuestiones que estime de interés respecto de los adolescentes de autos, efectuando las peticiones que considere oportuno, ofreciendo toda aquella



Expte. 10301.

prueba que resulte conducente a tal fin, pronunciándose por la prueba preliminar ya sustanciada y pudiendo en su caso, requerir las ampliaciones, explicaciones o impugnaciones que estime necesarias para el acabado cumplimiento de su rol así como todos aquellos actos que hagan al mismo, aún pidiendo que se deje sin efecto cualquier acto o procedimiento cuyo saneamiento restrinja de algún modo el derecho que se ha preterido; 2) Fecho y sustanciado que sea el dictamen a producirse, deberá procederse de acuerdo a lo normado por los arts. 846, 849 y concs. CPC, debiendo en su caso cumplirse con lo dispuesto en el art. 732 del CPC. Sin que corresponda pronunciarse sobre costas atento lo expuesto al votar la primera cuestión. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 CPC). (arts. 47/8 ley 5827). Devuélvase.

Dr. Oscar A. Capalbo  
Juez de Cámara

Dr. Fabián M. Loiza  
Juez de Cámara

Dra. Daniela M. Pierresteguy  
Secretaria