

## Caducidad De La Instancia Menor De Edad Asesor De Menores Representante Legal Inaccion Inactividad Procesal Igualdad Ante La Ley

### JURISPRUDENCIA

Caducidad de la instancia. Menor de edad. Asesor de menores.

Representante legal. Inacción. Inactividad procesal. Igualdad ante la ley Se confirma el auto que decretó la caducidad de la instancia en un proceso en el cual un menor de edad ha sido representado por su progenitora, al haber precluido la oportunidad procesal para activar el procedimiento, pues no se podría, a través del Ministerio Público de Incapaces, suplir las deficiencias en la actividad de los representantes legales.

En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los 13 días del mes de Septiembre de 2016, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala I de la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Pcia. de Buenos Aires, Dres. EMILIO ARMANDO IBARLUCIA, LAURA INES ORLANDO Y ROBERTO ANGEL BAGATTIN, con la presencia de la Secretaria actuante, para dictar sentencia en el Expte. N° SI-115943, en los autos: ?HEREDEROS DE CIARULLI LUIS ALBERTO C/ ESTANCIA EL SOLITARIO SA Y OTRO S/ COBRO ORDINARIO DE SUMAS DE DINERO?.- La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones esenciales de acuerdo con los arts. 168 de la Constitución Provincial y 266 del C.P.C.- 1ª.) ¿Es justa la sentencia apelada? 2ª.) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar? Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Emilio A. Ibarlucía, Laura I. Orlando y Roberto A. Bagattin VOTACION A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, el señor juez Dr. Emilio A. Ibarlucía dijo: I.- La resolución de fs. 807/09 que declara operada la caducidad de instancia en este proceso es apelada por la parte actora, quien presenta memorial a fs. 823/26, el que es contestado a fs. 829/32. Llegados los autos a esta Sala, advirtiendo que no ha dictaminado el Ministerio Público de Incapaces, se le corre vista a fs. 837. La Asesora de Incapaces apela la resolución de fs. 807/09, y la Sala devuelve el expediente a primera instancia para que se resuelva sobre la apelación (fs. 840). La representante del Ministerio Pupilar funda el recurso a fs. 846, del que se corre traslado a la accionada, que lo contesta a fs. 848/49, con lo que nuevamente son elevados los autos a esta alzada. II.- Corresponde en primer lugar resolver el recurso de apelación interpuesto por la actora. Al acuse de caducidad de instancia formulado a fs. 784/85, el Juez a fs. 786 intimó a la actora a que manifestara su intención de continuar con la acción y produjera actividad procesal útil para la prosecución del trámite bajo apercibimiento de declararse la caducidad de instancia (con cita del art. 315 último párrafo C.P.C., texto ley 13.986). La actora (la sra. Andrea Verónica Florido, quien actúa en autos en representación de su hijo menor E. A. C., con patrocinio letrado, conf. fs. 707, 708, 756 y 757), activó el procedimiento (fs. 790 y 793), por lo que se dictó resolución no decretando la caducidad (art. 315; fs. 794). Nuevamente la demandada acusó caducidad de instancia, haciendo notar que no debía practicarse una nueva intimación (fs. 804/05). Se corrió traslado, el que fue contestado a a fs. 807, ofreciendo medidas la actora para activar el trámite. A fs. 808/09 el juez decretó la caducidad, haciendo notar que ya había sido practicada la intimación del art. 315 del C.P.C., lo que motivara que el primer acuse de caducidad fuera rechazado por resolución de fs. 794 que se hallaba firme. Asimismo, dijo que el plazo del art. 310 inc. 3 del C.P.C. se hallaba cumplido dado que no se había realizado actividad procesal útil desde el proveído de fs. 794 hasta que se acusara nuevamente caducidad a fs. 804/05, aún cuando se computara el plazo desde el diligenciamiento de las cédulas notificando la constitución de nuevo domicilio (fs. 795/803vta.). En el memorial respectivo la actora dice que luego de la resolución de fs. 794 acompañó cédulas notificando la constitución de nuevo domicilio dirigida a Miguel Carposi, que a fs. 797 se encuentra la cédula con igual finalidad dirigida a Estancia El Solitario S.A., que a fs. 798/803 se hallan agregadas dos cédulas a los demandados devueltas sin diligenciar, y que se dejaron para su confronte oficios para la producción de la prueba testimonial. Sostiene que el instituto de la caducidad de instancia es de aplicación restrictiva, por lo que pide la revocación de lo resuelto. Como dice el juez, aún computando el plazo desde las cédulas de fs. 795/803vta. (en decisión generosa dado que la notificación de constitución de domicilio no es impulsora del procedimiento), el plazo del art. 315 inc. 3 del C.P.C. estaba vencido cuando se acusó caducidad a fs. 804/05, y los oficios a los que se alude fueron dejados al contestar el traslado de este escrito (fs. 807). Es cierto que el instituto en cuestión es de interpretación restrictiva, pero ella opera cuando existen dudas sobre la producción de actividad impulsora del proceso. En el caso, no existen dudas, ya que transcurrió el plazo del art. 310 inc. 3 del C.P.C. - descontando la feria judicial de invierno (art. 311 C.P.C.) -, sin actos impulsorios del proceso. Por lo expuesto, debe rechazarse el recurso interpuesto, con costas (art. 69 C.P.C.). III.- La representante del Ministerio Público de Incapaces se agravia de que la caducidad de instancia se haya decretado sin que previamente se haya sustanciado el acuse de fs. 804/05 con ella, quien a tenor del art. 103 inc. a) del C.C.C. actúa en forma complementaria en todos los procesos en que intervengan menores de edad bajo pena de nulidad relativa de lo actuado. Sostiene que la resolución es prematura dado que ella podría haber hecho uso de la opción contemplada por el art. 315 del C.P.C. (o

sea, del impulso del proceso previa intimación), toda vez que respecto del Ministerio Público sería la primera vez que se le anoticia del pedido de caducidad. Agrega que el primer acuse de caducidad de instancia no fue notificado al Ministerio que preside en la forma indicada por el art. 135 *in fine* del C.P.C., por lo que a su respecto no se encuentra enervada la posibilidad de impulsar el proceso. En su contestación, la parte demandada expresa que desde que tomó intervención en autos el Ministerio Público Pupilar a fs. 708, la continuidad del proceso estaba supeditada al impulso de la parte actora, cuya actividad no puede ser suplida por ese Ministerio. Invoca, además, el art. 314 del C.P.C. en cuanto prescribe que la caducidad de instancia opera también contra los menores, sin perjuicio de la responsabilidad de sus administradores y representantes, lo que debe ser objeto de discusión en otra contienda. En primer lugar cabe señalar que el precedente de esta Sala (causa n° 115.099, *Moretti, Juan C. c. Velis, Jorge E. s. Daños y perjuicios?*, 25/11/14), que cita la Asesora de Incapaces, respondió a una situación muy distinta a la planteada en autos. En ese caso, esta Sala, teniendo en cuenta un peritaje médico-psiquiátrico practicado sobre el actor, había resuelto que se instruyera un proceso de insania y que se le designara un curador, y mientras durara esa tramitación que interviniera en el proceso la Asesora de Incapaces. Si bien se resolvió que debía intervenir de acuerdo al art. 59 del C.C., en la resolución citada se dijo que la evaluación del alcance de esa intervención debía hacerse en función de las circunstancias particulares de la causa; en el caso, la demora inusitada en la tramitación del proceso de insania - que hacía que, pese al tiempo transcurrido, no se le hubiese designado curador -, por lo que debía entenderse que la Asesora estaba facultada para activar el procedimiento en nombre del presunto insano. Es de señalar que las mismas razones que habían motivado la iniciación del juicio de insania hacían dudar acerca del validez del poder otorgado al letrado apoderado. El caso de autos es muy distinto. Ante el fallecimiento del actor, se presentó la madre del hijo menor E. A. C. en su nombre, con patrocinio letrado (fs. 707), se la tuvo por presentada y parte en su representación (fs. 708) y tomó intervención la Asesora de Incapaces a tenor del art. 59 del C.C. (fs. 709/10). Luego de ello, la sra. Florido, en nombre del menor, pidió la reanudación del trámite y activó el procedimiento (fs. 756/57), continuando en tal carácter. Demás está decir que los padres son representantes legales de sus hijos, y a falta de uno de ellos la representación la ejerce el otro (arts. 57 inc. 2 y 264 inc. 3 del C.C.; arts. 26, 100, 101 inc. b del C.C.C.). Es por ello que el art. 314 del C.P.C. prescribe que la caducidad se opera contra los menores y cualquier otra persona que no tuviere la libre administración de sus bienes, sin perjuicio de la responsabilidad de sus representantes, y agrega que esas disposiciones no se aplican a los incapaces que carecieren de representación legal en el juicio. Ahora bien, el art. 103 del C.C.C., referido a la actuación del Ministerio Público, establece que, la representación en relación a los menores de edad, incapaces o con capacidad restringida, puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal, y aclara: a) que es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados sus intereses, causando su falta de intervención la nulidad relativa del acto; b) que es principal cuando los derechos de los representantes están comprometidos y existe inacción de los representantes; c) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; d) cuando carecen de representación legal y es necesario proveer la representación. El primer supuesto es la del tradicional artículo 59 del C.C.; es decir, la representación promiscua de los incapaces, que implica que dictamina procurando defender sus intereses, pero que no suplen la representación que ejercen los representantes. El tercer y el cuarto supuestos no son el caso de autos. La duda se presenta con el segundo; es decir que la actuación del Ministerio Público es principal cuando los derechos de los representantes están comprometidos y existe inacción de los representados. Entiendo que si el incapaz tiene ya a su representante legal presentado y actuando en el juicio no puede hablarse de inacción. Ello así porque está actuando en nombre de su representado. Que lo haga mal es otro tema y, en todo caso, debe resolverse en otro ámbito si causa un perjuicio a su representado (como prevé el art. 314 del C.P.C.). Pero, a mi juicio, no puede interpretarse la norma en el sentido de que el Asesor de Incapaces suple todas las deficiencias en que incurre el representante legal. Ello implicaría alterar la igualdad de las partes en el proceso, directiva prevista expresamente en el art. 34 inc. 5, c) del C. Procesal, que es uno de los principios medulares del proceso civil, y que tiene fundamento en el art. 16 de la C.N. y normas concordantes de los tratados internacionales de derechos humanos (art. 24 C.A.D.H.; art. 14 P.I.D.C.yP.). No hay razón alguna para interpretar que los incapaces tienen una doble representación en juicio, de forma tal que tienen dos oportunidades para cada acto procesal; es decir, pueden contestar dos veces una demanda, dos veces interponer excepciones, dos veces contestar traslados o intimaciones, etc. Esto implica desbalancear totalmente la igualdad de las partes en el proceso. En el caso de autos, la demanda fue deducida por una persona mayor de edad, y por el hecho de haber fallecido y tener como sucesor a un menor de edad, no puede ser que la accionada haya pasado a litigar contra dos actores, cada uno con distintas oportunidades procesales. Interpretarlo de esa manera es totalmente irrazonable. Aún en los casos en que por una misma parte actúen varios litigantes con un interés común (v.g.: varios herederos de una misma parte), el código prevé que debe intimárselos para que unifiquen personería (art. 54). En autos, la actora fue intimada a manifestar si impulsaba la acción y a producir actividad en los términos del art. 315 del C.P.C. En tanto la respuesta fue positiva, se dictó la resolución de fs. 794, no siendo necesario dar vista a la Asesora de Incapaces porque ningún perjuicio al menor actor se le causaba. Ahora bien, la oportunidad procesal de activar el procedimiento ante el primer acuse

de caducidad precluyó. El art. 315 no prevé dos intimaciones con ese fin sino uno solo. En la segunda oportunidad sólo debe correrse traslado del acuse de caducidad, lo que así se hizo. Debe resolverse este segundo acuse previa vista al Asesor pero para que dictamine o no sobre su procedencia, pero no para que se vuelva atrás sobre una cuestión precluída. En el caso, como esa vista no se había practicado, se ordenó su subsanación en esta instancia, pero con la finalidad indicada. También debe darse vista al Asesor de la resolución que se dicte porque puede apelar si entiende que se han vulnerado las reglas del proceso en detrimento de su pupilo, pero esto no quiere decir - reitero - que pueda retrotraerse el proceso, para dar a la actora una segunda oportunidad de activar el proceso.

Los casos sometidos a decisión deben resolverse de conformidad a las leyes aplicables, de acuerdo a la Constitución Nacional y los tratados con jerarquía constitucional (art. 1 C.C.C.), y la ley debe interpretarse teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones de los tratados de derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico (art. 2 C.C.C.). En el caso, la norma específicamente aplicable es el art. 314 del C.P.C.; es decir, la que claramente establece que la caducidad de instancia opera contra los menores de edad, salvo que carecieran de representación legal en el juicio. La misma norma existe en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 314). Es de una claridad meridiana que no ofrece duda alguna. Para dejar de aplicarla habría que declararla inconstitucional, y nadie lo ha pedido en autos (ni la actora ni la representante del Ministerio de Incapaces). Es cierto que desde el fallo "Mil de Pereyra" de la C.S.J.N. (Fallos: 324:3219) se admite la declaración de oficio de inconstitucionalidad, postura seguida por la S.C.B.A. (L. 72.258 del 28/05/03; L. 74.943 del 22/10/03, L. 80.156 del 31/03/04, entre otras) pero ello siempre que se den muy estrictas circunstancias. En primer lugar, como reiteradamente ha dicho el superior tribunal de la Nación, debe partirse de la presunción de constitucionalidad de las leyes, razón por la cual la declaración de inconstitucionalidad es la última ratio del orden jurídico (Fallos: 256:602; 302:166; 307:531; 316:188; 324:3219, entre otros). En segundo lugar sólo debe decretarse de oficio cuando la incompatibilidad con la Constitución sea manifiesta e indubitable (esta Sala, causa n.º.108.783, "Fisco Nacional (AFIP-DGI) c/Terrasa Hnos. S.R.L.", fallada el 17/06/04, publ. en la L.L. Bs. As., año 11, n.º.6, julio de 2004, pág.605, causa 110.363 del 12/9/2006, causa 110.778 del 02/03/2007, causa 111.623 del 28/2/2008). En el caso, lejos está de darse esa manifiesta inconstitucionalidad. Como dije, el art. 314 del C.P.C. tiene su fundamento en el principio de igualdad de las partes en el proceso, que a su vez es aplicación del art. 16 de la C.N. La norma es una reglamentación del derecho de dirimir las controversias ante los tribunales totalmente razonable (art. 28 C.N.), dado que no frustra el derecho de ninguna parte, toda vez que, si esta es incapaz actúa por medio de sus representantes legales. Es por ello que el artículo hace la salvedad de que no se aplica para los incapaces o ausentes que carezcan de representación. La ley 14.442 (publicada en febrero de 2013), que regula la actuación del Ministerio Público en la provincia, establece en el art. 38 que el Asesor de Menores interviene en todo asunto judicial o extrajudicial que interese a la persona o bienes de los incapaces (inc. 1). No dice representa a los incapaces. El inc. 4 contempla que puede peticionar en nombre de ellos, por propia iniciativa, cuando carezcan de representantes o existan entre éstos y los incapaces conflicto personal u oposición de intereses o resulte necesario para impedir la frustración de los derechos a la vida, salud, identidad, y de ser oídos por el juez de la causa. Ninguna de estas circunstancias se da en autos. El menor tiene representación legal, no hay conflicto de intereses con su madre, y se trata de un juicio de cobro de pesos por incumplimiento contractual iniciado por el padre del menor, donde no está en juego el derecho a la vida, a la salud o la identidad. El derecho a ser oído ya fue ejercido cuando se presentó como parte representado por su madre, y de ahí en más el proceso debe seguirse según las reglas procesales. Existe otra razón que coadyuva a la interpretación que vengo sosteniendo. Los representantes del Ministerio Público son notificados de las providencias que se dictan el día de la recepción del expediente en su despacho (art. 135 últ. párr. C.P.C.). No se aplica a su respecto la notificación "ministerio legis" del art. 133 (S.C.B.A., C. 119.241 del 22/12/15). Por consiguiente, si se interpretara que ejercen una segunda representación que suple cualquier error u omisión en que pudiera incurrir el representante legal del incapaz, este quedaría en una situación manifiestamente ventajosa en relación a la otra parte, a la que sí le aplica dicha norma. Por otro lado, si el representante legal de un incapaz no promueve un incidente o no contesta un traslado, pero sí lo hace el Asesor de Incapaces en representación del mismo, y el incidente se pierde, ¿a quién habría que imponerle las costas? Si aplicamos las normas sobre representación habría que imponérselas al representado, pero ¿sería esto justo si no intervino en el incidente por decisión de su representante legal? La otra alternativa sería aplicárselas al Asesor a título personal, pero esto es inadmisibles ya que ejerce sus funciones por ministerio legal (ley 14.442) No se me escapa que la S.C.B.A. en las sentencias dictadas en las causas C 117.577 del 18/11/15 y C 117.505 del 22/04/15, por mayoría, brindó una interpretación muy amplia al alcance de la intervención del Ministerio Público de Incapaces, pero entiendo que dichos precedentes no son aplicables a la cuestión de autos. En efecto, en el primer caso la Asesora de Incapaces planteó la nulidad de todo lo actuado dado que se había dictado sentencia definitiva sin habersele dado vista de las actuaciones pese a haber menores involucrados. En relación al segundo caso dos observaciones deben hacerse. En primer lugar, versó sobre una cuestión muy distinta al presente, que, como dije, no encuadra en los supuestos del art. 38 inc. 4 de la ley 14.442. En segundo lugar no se pronunció el alto tribunal sobre la caducidad

de instancia, cuya regulación legal contiene una norma como el art. 314 que específicamente contempla la situación de autos, y que, como he señalado, sólo puede soslayarse previa declaración de inconstitucionalidad. El caso "Furlan c. Nación Argentina", fallado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 31/08/12 (citado por el superior tribunal en C. 117.505), también versó sobre un caso donde no se había dado intervención al Asesor de Incapaces durante el proceso mientras el actor Sebastián Furlan fue menor de edad. Es de señalar que el interés superior del niño, principio rector de la C.I.D.N. (art. 3), como todos los principios constitucionales, está sujeto a las leyes que reglamenten su ejercicio siempre que sean razonables (art. 28 C.N.). En tal reglamentación, el legislador procura armonizar los principios constitucionales, buscando siempre un equilibrio de forma tal que conserven igual valor y efectos. De esa ponderación entre principios y valores constitucionales en aparente contraposición, surgen las reglas que establece el legislador. Recién cuando el legislador no las ha establecido o cuando, con la debida fundamentación, se las declara inconstitucionales, el juez debe arbitrar la solución para el caso concreto. En el caso que nos ocupa, la regla que el legislador estableció al ponderar la protección de los menores y otros incapaces con el principio de la igualdad de las partes en el proceso es el art. 314 del C. Procesal, que, aunque es anterior a la ratificación de la C.I.D.N. (por ley de 1990), ha sido mantenido después de ello (destaco que en el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial y de Familia elaborado en el ámbito del Ministerio de Justicia de la Provincia no está prevista su derogación). Lo mismo ocurre en la órbita nacional, donde, como dije, el art. 314 del Código Procesal es igual al existente en la provincia. A su vez, el art. 38 de la ley 14.442 sobre la actuación del Asesor de Incapaces brinda una solución equilibrada a los principios en juego. Finalmente, como tiene dicho la Corte Suprema Nacional los jueces no pueden dejar de tener en cuenta las consecuencias que se derivan de la interpretación de las normas aplicables a los casos sometidos a su decisión (Fallos: 302:1284; 303-I:917; 428:3899; 328:690; 329:5913; 330:2361; 330:3483; entre otros). En el caso, interpretar el art. 103 del C.C.C. en el sentido de que ha tenido la intención de que en todo juicio donde sea parte un incapaz, este debe tener una representación doble o de que el Asesor de Incapaces en todo momento es un suplente de las omisiones o deficiencias en que pueda incurrir el representante legal en juicio, conduce a un resultado notoriamente injusto porque desequilibra notoriamente el principio de igualdad de las partes en el proceso. IV.- Concluyo, entonces, que la oportunidad procesal para activar el procedimiento conforme al art. 315 del C.P.C. precluyó con la resolución de fs. 294, y no correspondiendo brindar una nueva oportunidad a través del Ministerio Público de Incapaces, es aplicable el art. 314 del mismo código, por lo que corresponde confirmar la resolución apelada, con costas a la actora vencida (art. 69 C.P.C.).

**VOTO POR LA AFIRMATIVA. A LA MISMA PRIMERA CUESTION PLANTEADA,** la señora Jueza Dra. Laura I. Orlando dijo: A la primera cuestión relativa al recurso interpuesto por la actora, compartiendo en un todo los argumentos que desarrolla, adhiero al voto del Dr. Ibarlucía. No ocurre lo propio respecto de la segunda cuestión (tratada en el punto III de su voto) pues considero que las especiales circunstancias de esta incidencia, fuerzan acoger la pretensión articulada por la Sra Asesora de Menores. En cuanto a los antecedentes de la causa, me remito al pormenorizado relato que realiza mi distinguido colega a fin de evitar innecesarias reiteraciones; sólo enfatizo en el contenido de la pretensión que antecede a este decisorio: la petición de la funcionaria mencionada de que debió corrérsele la intimación prevista en el artículo 315 del cód.procesal local a fin de darle la oportunidad de instar el proceso tal como, supletoriamente, lo solicita en el libelo de fs. 846. Ciertamente el menor de autos es representado por su progenitoria superviviente en los términos de los arts. 57 inc. 2 y 264 inc. 3 del cód.civil y 26.100 y 101 b. del CCC y también lo es que la norma adjetiva contenida en el artículo 314 del cpcc dispone que la caducidad de la instancia opera -entre otros supuestos- contra los menores. Sin embargo, y no veo en ello colisión que me lleva a indagar oficiosamente la constitucionalidad de la misma, dicha disposición debe ser armonizada con la norma fondal del artículo 103 del código civil, (específicamente la contenida en su inciso b) que dispone que la actuación del Ministerio Público en el caso de los menores es "principal cuando los intereses de los representados estén comprometidos y existe inacción de los representantes"? En mi opinión, en esta inacción mentada por la norma, claramente encuadra la actitud displicente y descuidada con que la representante legal del menor de autos encaró el proceso, quien luego de haber sido intimada para instar el proceso por única vez en los términos del art. 315 C.P.C.C., fs. 786/787), dejó dejando transcurrir nuevamente el término de caducidad previsto en el art. 310 C.P.C.C. lo que de suyo habilita la intervención del Ministerio Pupilar. Ello en los términos de la doctrina sentada por la SCBA en la causas Ac 27.779 ; 41.005 Y 1 64.499 de fechas 19-8-1980; 27-2-1990 y 5-7-2000 en los que, entre otras consideraciones, se estableció "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? (el destacado me pertenece). Esta solución que propicio se encuentra en sintonía no sólo con los precedentes que he mencionado sino con la más reciente postura que al respecto ha asumido el Superior Tribunal. En los autos caratulados "M., M. N. d. C. y otros contra 17 de Agosto S.A. y otro. Daños y perjuicios? (causa C. 117.505, del 22/4/2015) el voto del Ministro de Lazzari que luego hiciera mayoría, entre otros sólidos

argumentos, fija sin hesitación el marco de aplicación del vigente artículo 103 del CCC: ¿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).? La aplicación al caso de autos de esta solución se impone, no sólo por su carácter de doctrina legal, sino porque es la única alternativa para garantizar la adecuada protección de los derechos del menor accionante frente a la inacción de su representante legal; tolerar que su inactividad conlleve a la perención de la instancia implicaría la gravísima consecuencia para el incapaz de ver cercenada toda posibilidad de ventilar su derecho. Es mi convicción que este presupuesto es claramente uno de los mentados en el inciso segundo del artículo 103 del ccc vigente y aplicable al caso en exégesis. En el Código Civil y Comercial comentado, dirigido por Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso que puede consultarse en [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC\\_Comentado\\_Tomo\\_I%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20(arts.%201%20a%20400).pdf) respecto de esta cuestión, se dan como ejemplos de la actuación principal del Ministerio Público -el Ministerio Público deberá promover el cumplimiento de los deberes a su cargo o interponer recursos y ofrecer prueba si dentro de una causa judicial el niño/a está indefenso.?.; en mi visión, la analogía con este caso donde la inactividad de la madre conduce a la caducidad de la instancia es de claridad meridiana. En materia de representación y asistencia, resultan fundamentales los cambios introducidos por la reforma y lo cierto es que en el derecho vigente a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, la representación de los incapaces es legal, necesaria, dual (ya que se complementa con la actuación del Ministerio Público, conf. art. 103) y controlada. Ello recepta los nuevos paradigmas en materia de niños, niñas y adolescente -ya incluídos en leyes nacionales como la 26.061 (Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes), o en la sanción de la Convención de los Derechos del Niño y su incorporación, junto con otros tratados de Derechos Humanos en la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22 y 23)- debiendo ahora el Asesor de Menores no sólo asistir, sino garantizar el ejercicio y la protección de sus derechos conforme la doctrina de la protección integral. No veo en esto desigualdad entre los contendientes procesales sino una solución protectoria que, por vía de la actuación del Ministerio Público ante la inacción de su representante legal, lo iguala a su contrincante. Finalmente, tampoco advierto que se violente lo dispuesto en el artículo 314 del Ritual. En modo alguno la revocación que propicio implica descalificar esta norma: simplemente no se dan las circunstancias para tornarla operativa. La caducidad de instancia corre respecto de los menores de edad en general y del interviniente en autos en particular si fuese en lo sucesivo el Ministerio Público quien no la instare en tiempo idóneo. Y para ello, es necesario cumplir el iter que establece el artículo 315 del cpc, es decir intimarlo en los términos del mismo bajo el apercibimiento allí dispuesto, tal como lo requiere la Sra. Asesora de Menores a fs. 846. En razón de ello, opino que, en los términos que dejo expuestos, corresponde revocar la resolución recurrida. Y, dado la particularidades del caso, imponer las costas en el orden causado. Voto por ende a esta cuestión por LA NEGATIVA. A LA MISMA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, el señor Juez Dr. Roberto A. Bagattin dijo: Que concuerdo con la propuesta formulada por el distinguido colega Dr. Emilio A. Ibarlucía en los Considerandos II y III de su voto, por las siguientes razones: I.- Porque el precedente de esta Sala de la sentencia dictada el 25 de noviembre de 1914 en el Exp. N° 115.099 en los autos caratulados: ¿Moretti, Juan C. c/Velis, Jorge E. s/daños y perjuicios? se trató de una situación muy diversa a la planteada en estas actuaciones, como claramente explica el Dr. Ibarlucía, a cuyos términos me remito por una cuestión de brevedad. II.- Porque la doctrina que resulta de las sentencias dictadas por la Excma. Suprema Corte de Justicia Provincial dictadas en las causas C 117.577 del 18 de noviembre de 2015 y C 117.505 del 22 de abril de 2015 no es aplicable al presente caso por referirse a situaciones diversas a la cuestión planteada en autos, como también explica el Sr. Juez preopinante Dr. Ibarlucía, cuyos términos hago míos y doy por reproducidos en este voto. III.- Porque la actuación del Ministerio Público en este caso es la contemplada en el inciso a) del art. 103 del Código Civil y Comercial, que concuerda con la del art. 59 del Código Civil, es decir, la representación promiscua de los incapaces, que implica que dictamina procurando defender sus intereses pero que no suple la representación que ejercen los representantes legales y porque el incapaz tiene en estas actuaciones un representante legal presentado y actuando en nombre de su representado, es decir, no se da el supuesto contemplado en el inciso b) del citado art. 103. Pero, como bien sostiene el Dr. Ibarlucía, no puede interpretarse esa norma en el sentido de que el Asesor de Incapaces suple todas las deficiencias en que incurre el representante legal porque ello implicaría alterar la igualdad de las partes en el proceso, directiva prevista expresamente en el art. 34 inc. 5) c) del Código Procesal (art. 16 de la

Constitución Nacional, art. 24 C.A.D.H., art. 14 del P.I.D.C. y P.). Por lo expuesto, a esta primera cuestión VOTO POR LA AFIRMATIVA A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, el señor juez Dr. Emilio. A. Ibarlucía dijo: Visto el acuerdo logrado al votarse la cuestión anterior y por mayoría, el pronunciamiento que corresponde dictar es el confirmar la resolución apelada, con costas a la actora vencida (art. 69 C.P.C.). ASI LO VOTO.- Los señores jueces Dres. Laura I. Orlando y Roberto A. Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido. Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dictándose la siguiente: SENTENCIA Y VISTOS: CONSIDERANDO: Que en el Acuerdo que precede y en virtud de las citas legales, jurisprudenciales y doctrinales, ha quedado resuelto que la sentencia apelada debe ser confirmada. POR ELLO y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede, SE RESUELVE: CONFIRMAR la resolución apelada, con costas a la actora vencida. NOT. Y DEV.- Firmado: Dr. Emilio A. Ibarlucía - Dra. Laura I. Orlando Dr. Roberto A. Bagattin Ante mi, Gabriela A. Rossello - Secretaria

Correlaciones: Marino, Carolina Sandra c/ Coronado, Silvia y otros s/daños y perjuicios - Cám. Civ. y Com. Mar del Plata - Sala II - 28/10/2015 009925E