

ACUERDO N° 36 .- En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los treinta días del mes de julio del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, **Doctores RICARDO TOMÁS KOHON** y **OSCAR E. MASSEI**, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, **Doctora Luisa A. Bermúdez**, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"M.M.R.C/PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"**, **Expte. N° 975/03**, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el **Doctor RICARDO TOMÁS KOHON** dijo: **I.-** A fs. 7/ 14 se presenta M.M.R., mediante apoderado, e interpone acción procesal administrativa contra la Provincia de Neuquén. Solicita se haga lugar a la indemnización por los daños y perjuicios que dice le fueron ocasionados como consecuencia del error judicial en que habría incurrido el Dr. M.M., en su carácter de Juez a cargo del Juzgado Multifueros de la Quinta Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Chos Malal, en las actuaciones que individualiza como: "M., M. c/ C., J. y Provincia de Neuquén y Consejo Provincial de Educación s/Daños y Perjuicios", Expte. nro. 1.367, folio 126, del año 1991.

Sostiene que en tales actuaciones se permitió que el abogado A.R.S. perpetrara una estafa en su contra al apropiarse de la casi totalidad de una indemnización que le correspondía percibir en el mencionado expediente judicial.

En cuanto al monto por el cual se entabla la presente acción de reparación, manifiesta que el mismo es indeterminado en virtud de que ha promovido acción civil contra el abogado S., por la reparación de los daños y perjuicios derivados del delito de estafa, que aún se encuentra en trámite.

Agrega que, a través de la presente acción se persigue el cobro de aquellas sumas de dinero que por cualquier motivo no puedan ser recuperadas en el contexto de la demanda civil promovida contra el autor material de la estafa producida.

Inicia el relato de los hechos y expone que, en el mes de mayo de 1989, siendo aún menor de edad, sufrió un accidente que le produjo la pérdida del globo ocular izquierdo, al recibir un impacto de bala calibre 22.

Relata que el suceso se produjo en la Escuela Provincial nro. 77 del paraje "El Alamito" a la que asistía, en circunstancias en las que su maestro, J. C., con la intención de matar un gato que se hallaba dentro del aula, efectuó un disparo con su carabina el que, luego de rebotar en el piso, se introdujo en su ojo izquierdo.

Expresa que, con la finalidad de obtener una reparación por los daños que el hecho le ocasionó, sus padres -en ejercicio de la patria potestad- contrataron los servicios profesionales del abogado A.R.S., a cuyo fin le otorgaron un Poder General para Juicios.

Brinda detalles de la acción civil interpuesta, que tramitó ante el Juzgado Multifuero de la ciudad de Chos Malal, por entonces a cargo del Dr. M.E. M., en la que se dictó una sentencia favorable mediante la cual se condenó a la totalidad de los demandados a abonar la suma de \$-----, al 28-02-1996.

Relata que en el marco de la ejecución de la sentencia alcanzada, fueron embargados los fondos necesarios para cubrir la suma de condena, los que se transfirieron a una cuenta judicial correspondiente a las actuaciones y a la orden del titular del Juzgado de Chos Malal.

Afirma que, en ese contexto el Dr. S., invocando el carácter de apoderado de los actores, solicitó que se librara un cheque a su favor por el importe de la liquidación aprobada en el expediente, lo que fue proveído por el titular del Juzgado de manera favorable, el día 11-12-1997.

En ese contexto, señala que el magistrado a cargo del Juzgado Dr. M. omitió, en forma previa a ordenar la entrega del cheque al Dr. S., requerir la intervención del Ministerio Pupilar, en tanto el titular de la suma de dinero sobre el que se estaba disponiendo su entrega era un incapaz.

Afirma que tampoco el Magistrado requirió a los progenitores ni al abogado apoderado de éstos, información alguna acerca del destino de los fondos que le pertenecían, soslayando su situación de minoridad.

Entiende que la liberación por parte del magistrado de un cheque por la suma de \$-----al abogado S., sin otro recaudo que la caución personal del letrado, se realizó en abierta violación de las disposiciones de los artículos 59, 493, 494 y cctes. del Código Civil, dado que dicha suma estaba destinada a la reparación integral del daño por ella sufrido.

Razona que dicha conducta negligente del magistrado permitió la comisión del delito de estafa por parte del letrado dado que, tal como se encuentra acreditado en la causa penal caratulada "S.,A.R.s/Defraudación Especial..." (Expte. 267, año 2001), del dinero cobrado por el abogado -mediante cheque judicial-, sólo llegó a sus manos

algo menos de \$-----, habiendo sido el resto de las sumas apoderadas indebidamente por el profesional.

Luego enfoca su análisis en la responsabilidad que le asigna en la situación acaecida al Magistrado Dr. M., quien -según su prisma- incurrió cuanto menos en una "omisión culposa", al violar expresamente lo prescripto por los arts. 49, 493 y 494 del Código Civil, error judicial que resultó determinante para que el abogado S. se apoderara del dinero que le correspondía a la menor.

Razona que, de haberse otorgado la debida intervención al Ministerio Pupilar, el representante de tal organismo habría adoptado medidas pertinentes, tales como requerir precisiones acerca del destino que se le otorgaría a los montos percibidos, u oponerse al retiro del cheque y evitar así el ilícito sucedido contra su propiedad.

Cita jurisprudencia a los fines de avalar su posición, y luego pone de resalto que, frente a un acto de disposición sobre bienes de un menor, como lo es el libramiento de un cheque judicial por un importe de más de \$-----, se le debe exigir al magistrado actuante un máximo de precaución a fin de resguardar los intereses de una menor de edad con discapacidad visual.

Para concluir puntualiza que, la indemnización que pretende obtener de la accionada con motivo del error judicial cometido en su perjuicio, consiste en aquellas sumas de dinero que se logren obtener en forma directa del Sr. S., autor material del ilícito.

Finaliza la presentación con el ofrecimiento de la prueba y la formulación del petitorio.

II.- A foja 64, por medio de la RI N° 5.023/05 se declara la admisión formal del proceso.

III.- A fs. 67 se ejerce la opción por el procedimiento ordinario, y se corre traslado de la demanda.

IV.- A fojas 78/83 la Provincia del Neuquén, por apoderado y con patrocinio letrado, contesta la acción y solicita su rechazo, con costas.

Luego de cumplir con la negativa de rigor y desconocer la documental aportada por la actora, expone su versión de los hechos, a cuyo fin transcribe parcialmente los considerandos del Decreto nro. 1385/05, mediante el cual se denegó en sede administrativa la pretensión.

Expresa que los fundamentos de la citada norma postulan que no ha sido acreditada en forma suficiente la existencia de una relación de causalidad adecuada entre la omisión imputada al juez interviniente y el supuesto daño producido.

Entiende que debe surgir con claridad que, la intervención del Ministerio Pupilar -previa a la liberación del cheque-, habría sido apta para evitar el delito, además de que debería demostrarse que el daño ocasionado era susceptible de ser previsto y evitado.

Bajo un apartado especial aborda el supuesto de "error judicial por omisión", describe los requisitos exigidos para su configuración, y señala que éstos no han sido acreditados por la accionante.

Indica que aquella afirmó haber percibido sólo la suma aproximada de \$----- del monto total de la indemnización, pero no aporta ningún elemento que así lo corrobore.

Afirma que no se da en el caso un supuesto de responsabilidad del Estado, ya que no ha existido error judicial, recayendo la única responsabilidad posible en el autor de la estafa.

Agrega que, aún cuando se demostrara que se omitió dar intervención al Ministerio Pupilar, ello no genera automáticamente el supuesto de responsabilidad en cabeza del Estado, ya que la estafa pudo razonablemente cometerse por parte del apoderado, no obstante la intervención del funcionario.

Luego, hace referencia a las normas contenidas en el Código Civil vinculadas con el contrato de mandato y la actuación del Ministerio Pupilar.

En el caso del mandato, sostiene que el Dr. S. era apoderado con poder general para juicios, estando plenamente facultado para recibir los pagos en su nombre y representación.

Cita el artículo 49 del CPCC y afirma que el Dr. S. presentó su poder, fue aceptado en la causa judicial como apoderado con poder general para juicios y, al momento de librarse el cheque, el mismo seguía siendo el apoderado de la actora.

Con relación al Ministerio Pupilar, afirma que la representación del asesor de menores es promiscua, conjunta con la de los padres y complementaria, no sustituyendo ni remplazando a la legal y necesaria prevista por el art. 57 del Código Civil.

Enfatiza que, estando los padres del menor en ejercicio de la patria potestad no puede arrogarse la representación al Ministerio Pupilar, ya que su intervención en el proceso se limita a ser oído, siendo en este caso sólo un órgano de vigilancia y asesoramiento y no siendo necesaria su intervención cuando los padres actúan en el proceso por sus hijos menores, en ejercicio de la patria potestad.

Menciona el carácter complementario de la representación promiscua del Ministerio Pupilar, y destaca

que el mismo no puede actuar en forma autónoma, sin depender de la demanda entablada por los padres en representación de los hijos.

También aborda la nulidad prevista en el artículo 59 del Código Civil para el supuesto de falta de intervención del funcionario mencionado, la que a su entender es relativa, y por ende susceptible de confirmación.

Para terminar pretende que, ante la eventualidad que se hiciera lugar a la acción, la suma reclamada - indeterminada-, deberá establecerse sobre datos concretos y fundados en daños probados y reales, limitado a lo que no pueda eventualmente cobrarse del autor de la estafa y sin intereses, atento a que no han sido pedidos.

V.- A fs. 85 la actora contesta el traslado conferido.

Se expide con relación al pedido de intereses por el capital reclamado, los que entiende deberán ser computados a partir de la fecha en que pueda precisarse el capital del juicio, que será cuando concluya la acción promovida contra el autor material de la estafa.

VI.- A fs. 86 se abre la causa a prueba, período que es clausurado a fs. 267.

A fs. 270/274 obra el alegato producido por la parte actora.

VII.- A fs. 278/283 vta. dictamina el Sr. Fiscal General, quien propicia el rechazo de la demanda.

Entiende que la estafa fue cometida con posterioridad a la actuación del juez interviniente y el daño fue producto de un tercero (apoderado de la actora), que actuando con ardid o engaño logró el desapoderamiento patrimonial.

Afirma que, aún cuando el juez hubiera dado la intervención previa al Ministerio Pupilar, la acción que produjo el daño pudo haberse cometido.

Finalmente señala que no existió una relación de causalidad entre la omisión imputada al juez y el daño causado, en tanto aquél no pudo tener la visión retrospectiva de las eventuales actitudes estafadoras del abogado apoderado.

A fs. 285 se dicta la providencia de autos, la que firme y consentida, coloca a las actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VIII.- De acuerdo a la pretensión procesal deducida en la demanda, el caso se subsume en un supuesto de responsabilidad del Estado por la presunta "falta de servicio" consistente en la omisión de prestar debidamente el servicio de justicia por violación a un deber expreso.

En efecto, la actora demanda la reparación de los daños y perjuicios derivados de la *"omisión cuanto menos culposa, en que incurriera el Dr. M., al violar lo expresamente prescripto por los arts. 59, 493, 494 y concordantes del Código Civil y de no solicitar la previa intervención del Ministerio Pupilar ni requerir del abogado S., ni de suspoderdantes, precisión alguna acerca del destino que se daría al dinero propiedad de la menor, el que fue entregado al letrado sin prevención alguna..."*.

En tales términos, la responsabilidad que se pretende del Estado Provincial, que deriva en esencia de su actividad ilícita, se traduce en un supuesto de "falta de servicio", que supone unaviolación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, lo cual entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo

que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (Cfr. CSJN, Zacarías, 1998, Fallos, 321: 1125).

El fundamento normativo aplicable, por vía subsidiaria, se encuentra en el art. 1112 del Código Civil, que establece un régimen de responsabilidad por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas (cfr. CSJN Fallos 307:821).

Es que, como tiene dicho la Corte Suprema de Justicia "la idea objetiva de falta de servicio -por acción o por omisión- encuentra su fundamento en la aplicación del art. 1112 del Código Civil y traduce una responsabilidad extracontractual directa del Estado en el ámbito del derecho público. Se trata de una responsabilidad directa, porque la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizadas para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas" (Fallos: 312: 1656; 317:1921; 318:193; 330:2748; 331:1690, entre otros).

En ese sentido, este Cuerpo ha dicho que para ver comprometida su responsabilidad, el Estado debe haber incurrido en la omisión de un concreto servicio, razonablemente exigido, de acuerdo a las circunstancias del caso (cfr. Acs. 1.452/07 y 1.627/09).

En definitiva, cuatro son los presupuestos que determinan la responsabilidad del Estado por actividad ilegítima y sobre los cuales existe coincidencia doctrinaria: a) La **imputabilidad material** del acto, hecho u omisión a un órgano del Estado en ejercicio o en ocasión de sus funciones.

Dicha imputabilidad es objetiva puesto que prescinde del requisito de la voluntariedad del agente. Sólo traduce la disconformidad del acto, hecho o conducta omisiva con el ordenamiento jurídico vigente; b) la **"falta de servicio"** por cumplir de manera irregular los deberes y obligaciones impuestos por la Constitución, la ley o el reglamento, o por el funcionamiento defectuoso del servicio, sea el incumplimiento derivado de acción u omisión; c) la existencia de un **daño cierto** en los derechos del administrado y, d) la **conexión causal directa e inmediata** entre el hecho, omisión u acto administrativo y el daño ocasionado al particular, de modo tal que conforme al curso natural y común de las cosas, la primera sea idónea para producir el daño cuya reparación se pretende (art. 906 del C.C.).

Bajo estas pautas se analizará, si conforme a las particularidades del caso, la demandada incurrió en la prestación irregular del servicio, y si ello puede comprometer su responsabilidad.

IX.- La actora le imputa al órgano judicial el incumplimiento de expresas disposiciones legales determinadas en el Código Civil (arts. 59, 493 y 494).

Específicamente, atribuye al Juez un doble orden de conductas omisivas, a saber: a) no requirió en forma previa al libramiento del cheque, la intervención del Ministerio Pupilar, dado el carácter de incapaz de la titular del crédito; y b) no solicitó al abogado S., o a sus poderdantes, precisión alguna acerca del destino que se daría al dinero propiedad de la menor (el que fue entregado al letrado sin prevención alguna).

Por su parte, la demandada finca su defensa en: a) inexistencia de error judicial, dado que la intervención del Ministerio Púpilar es promiscua, conjunta a la de los

padres y al sólo efecto de "asistir y controlar"; b) ausencia de nexo causal adecuado entre las supuestas omisiones y el alegado daño (estafa); c) existencia de una acción interruptiva del nexo causal por parte de un tercero (abogado S.) por quien la Provincia no debe responder y; d) incertidumbre sobre la existencia y extensión del daño, dado que desconoce si la actora cobró mayores sumas que las que reconoce.

Para comenzar el análisis requerido, es necesario relatar los hechos más relevantes que acontecieron tanto en la causa originaria de responsabilidad caratulada: "M. M. C. c/ C. J., Provincia del Neuquén y Consejo Provincial de Educación s/Daños y Perjuicios s/ejecución de sentencia" (Expte. Nro. 1367, Folio 126 Año 1991) como aquellos que surgen de la causa penal: "S. A.R. - V.E.M. s/Defraudación especial en grado de partícipe primario - S.N.L s/Defraudación especial en grado de partícipe secundario" (Expte. 135-11) y del expediente: "M., M. C. s/ Denuncia" (Expte. Nro. 38 Folio 110, Año 2002), que fueran ofrecidos como prueba.

X.- Las constancias obrantes en las actuaciones mencionadas dan cuenta que:

a) C. M. y M.S., mediante apoderado -el abogado S.-, iniciaron demanda por daños y perjuicios contra J. C. y la Provincia del Neuquén, como consecuencia del siniestro que tuviera como víctima a la menor M.M., en la escuela nro. 77 del paraje "El Alamito", donde esta última sufrió la pérdida de su ojo izquierdo.

b) El día 26-02-1996 el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la 5ta. Circunscripción Judicial, con asiento en Chos Malal, dictó sentencia haciendo lugar en forma parcial al reclamo

por daños y perjuicios (cfr. copia certificada de la sentencia nro. 46/96 obrante a fs. 134/138 de las actuaciones caratuladas: "M., M. C. s/Denuncia" Expte. 11.145/2002).

c) Bajo la carátula: "**M., M. C. y otros c/C., J. y Provincia del Neuquén y Consejo Provincial de Educación s/Daños y Perjuicios s/Ejecución de Sentencia**", **Expte. 1367/1991**, ante el juzgado del Dr. M. A. M., tramitó la ejecución de la sentencia dictada en el proceso principal en el que se condenara al Estado provincial al pago de los daños y perjuicios ocasionados. Allí se dispuso continuar la ejecución contra el demandado por la suma de \$----- en concepto de capital y los intereses devengados desde la mora (cfr. copia certificada de la R.I. Nro. 243/97 obrante a fs. 65/66 de las actuaciones caratuladas: "M., M. C. s/Denuncia" Expte. 11.145/2002).

d) El día 09-12-97 el Dr. S., en su carácter de apoderado de los actores, solicitó el libramiento del cheque por la liquidación de capital e intereses (\$-----); con fecha 11-12-97 el Dr. M. ordenó el libramiento del mismo a nombre del Dr. S., apoderado de los actores, sin previa vista al Ministerio Pupilar ni requerir plan de inversiones.

e) El día 15/12/97, y frente a la negativa a confeccionar el cheque por falta de firmeza de la providencia que lo ordenaba, el Dr. S. ofrece caución juratoria por los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse, lo que es aceptado por el magistrado quien ordena recibir la caución juratoria del letrado y confeccionar la libranza ordenada (cfr. copia certificada del Expte. 1367, Folio 126 Año 1991, obrante a fs. 240).

f) Con fecha 12/12/97 -debió decir 15/12/97- se confecciona el acta mediante la cual el Dr. A.S. presta caución juratoria "por los daños y perjuicios y costas que

podiere ocasionar si la providencia de fs. 204 de los presentes autos fuere revocada en alguno de los términos." (cfr. fs. 241); el 15/12/97 se libra el cheque Nro. 115960 por la suma de \$----- a la orden de A.R.S. (cfr. copia certificada de nota obrante a fs. 241 vta. y copia certificada obrante a fs. 69, 70 y 72 vta. respectivamente, de las actuaciones caratuladas: "M., M. C. s/Denuncia" Expte. 11.145/2002).

g) Como consecuencia de la denuncia por el delito de estafa, que efectuaran los padres de la menor contra el abogado S. y el Sr. V., existió una intensa actividad en sede penal que puede resumirse en los siguientes puntos:

- Con fecha 16-04-01 la Cámara de Apelaciones de todos los Fueros, Sala Penal, de la ciudad de Zapala condenó al Dr. S. como autor material y penalmente responsable del delito de estafa, art. 172 del Código Penal, a la pena de dos años de prisión de ejecución condicional e inhabilitación especial para ejercer la profesión de abogado por el término de tres años, absolviendo al resto de los imputados y haciendo lugar a la acción civil contra el primero de los mencionados, por los daños y perjuicios ocasionados (cfr. copia certificada obrante a fs. 289/320 vta. del expediente "M. M.E. s/Sumario Administrativo" Expte. 2067/2002, que tramitó ante la Secretaría de Superintendencia del TSJN, y copia certificada obrante a fs. 6/37 de las actuaciones caratuladas: "M., M. C. s/Denuncia" Expte. 11.145/2002).

- Que ante el recurso de casación interpuesto por la defensa, el Tribunal Superior de Justicia mediante Acuerdo N° 3/2002 (del registro de la Secretaría de Recursos Extraordinarios y Penal), hizo lugar parcialmente a la impugnación y declaró la nulidad parcial de la sentencia dictada por la citada Cámara de Apelaciones, sólo en lo

concerniente a la acción civil instada en el marco del proceso penal, y dispuso el reenvío de las actuaciones al Tribunal de origen, para que con distinta integración sustanciara todo lo concerniente al reclamo civil ejercido en la sede penal.

- Que con fecha 08-08-06, la CSJN hizo lugar al remedio federal presentado contra el decisorio de este Tribunal Superior, dejó sin efecto el pronunciamiento apelado y devolvió los actuados para que se dicte un nuevo fallo.

- Luego, este Tribunal, mediante Acuerdo N° 35/2008 (registro de la Secretaría Penal del TSJN), declaró la nulidad de la sentencia N° 13/2001 dictada por la Cámara de Apelaciones de todos los fueros de Zapala, sólo en lo concerniente a la falta de fundamentación del monto y modo de ejecución de la pena, declarando la validez de los restantes acápites del decisorio en crisis, y dispuso el reenvío de las actuaciones a la Cámara de origen para que se dicte un nuevo pronunciamiento circunscripto a ese punto.

- Que dicho decisorio fue atacado mediante recurso extraordinario federal, el que fuera desestimado por este Tribunal mediante la Resolución Interlocutoria N° 20/2009 (del Registro de la Secretaría Penal).

- Que mediante la R.I. 296/10, la mencionada Cámara de Apelaciones declaró operada la caducidad de la instancia y la prescripción de la acción civil promovida, decisión que también fue impugnada.

- La CSJN, mediante resolución de fecha 26 de marzo del 2013, al conocer en un Recurso de Queja deducido a favor del imputado S., dispuso remitir las actuaciones al tribunal de origen para que se pronuncie sobre la eventual prescripción de la acción penal.

-A la fecha en que la causa se hallaba en condiciones de ser resuelta, entró en vigencia la reforma procesal penal establecida en la ley 2784. En consecuencia, el legajo fue remitido a la Oficina Judicial para que se le imprima el trámite pertinente.

-Luego de diversas decisiones que fueron impugnadas por el imputado, finalmente, el Tribunal de impugnaciones decide "absolver definitivamente a A.R.S. por haber operado la extinción de la acción penal por prescripción", sentencia que adquirió firmeza al rechazarse la impugnación deducida por la querrela, mediante RI N° 113/14 (del 06/11/2014), del registro de la Secretaría Penal de este Tribunal Superior de Justicia.

XI.- Reseñados así los hechos más relevantes de las constancias documentales adjuntadas cabe ingresar al análisis del juicio de responsabilidad que se pretende.

Como se ha mencionado, la accionante le imputa al juez de la causa dos conductas omisivas: a) no haber dado intervención al Ministerio Público Pupilar, y b) no haber requerido "precisiones acerca del destino de los fondos"; con carácter previo al libramiento de éstos.

Estas omisiones las identifica con la transgresión a los artículos 59, 493 y 494 del C.Civil.

Específicamente, el primero de ellos establece: **"Artículo 59:** *A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación."*

Por su parte, el **artículo 493** prescribe: "El Ministerio de Menores debe intervenir en todo acto o pleito sobre la tutela o curatela, o sobre el cumplimiento de las obligaciones de los tutores o curadores. Debe también intervenir en los inventarios de los bienes de los menores o incapaces, y en las enajenaciones o contratos que conviniese hacer. Puede deducir las acciones que correspondan a los tutores o curadores cuando éstos no lo hiciesen. Puede pedir la remoción de los tutores o curadores por su mala administración, y ejecutar todos los actos que correspondan al cuidado que le encarga la ley, de velar en el gobierno que los tutores y curadores ejerzan sobre la persona y bienes de los menores e incapaces."

A su vez, el **artículo 494** dispone: "Son nulos todos los actos y contratos en que se interesen las personas o bienes de los menores e incapaces, si en ellos no hubiese intervenido el Ministerio de Menores."

Tales conductas omisivas se encuentran acreditadas con las actuaciones judiciales referenciadas, en particular, de la causa "M. M. C. y otra c/ C. J., Provincia del Neuquén y Consejo Provincial de Educación s/ Daños y Perjuicios" Expte. 1367 F°126 Año 1991.

Pero lo que se encuentra controvertido es la proyección que tales omisiones tuvieron en la ocurrencia del daño que dice la actora haber padecido.

Por ello, es oportuno detenernos en las alegadas vulneraciones al régimen legal vigente, para luego determinar su eventual efecto sobre el daño reclamado.

XI.1.- La disposición de neto corte protectorio que contiene el artículo 59 del C.Civil prescribe la obligatoriedad de la representación promiscua por parte del Ministerio Pupilar y, consecuentemente, su carácter de parte

"legítima y esencial" en todo asunto judicial o extrajudicial de jurisdicción voluntaria o contenciosa, donde se ventilen los derechos de las personas de los incapaces.

Explica Zannoni que "...esa enunciación general debe completarse con las disposiciones de los arts. 491 a 494 del C. Civil, que no son sino un desarrollo de aquélla. De estas normas resulta que el Ministerio de Menores cumple dos tipos de funciones: *de asistencia y control y de carácter representativo.*"

En este sentido, este Cuerpo ha abordado el tópico en reiteradas oportunidades (cfr. R.I. Nros. 123/03, 60/06, 190/07, todas del Registro de la Secretaría Civil), donde ha señalado:

"Los arts. 59 y 494 del Código Civil permiten sostener que, en nuestro sistema jurídico, la persona menor de edad cuenta con una representación compleja, integrada por su representante necesario y por quien lo asiste en forma promiscua. Ambos coadyuvan para una adecuada tutela de sus intereses dado que aquél no puede peticionar por sí, frente a los actos del proceso.

Tal representación resulta promiscua porque se ejerce en forma colectiva, o conjunta o simultánea, entre los que ejercen la patria potestad y un órgano estatal - Ministerio de Menores-.

Dicha intervención es de carácter necesario. El Ministerio actúa como órgano de la jurisdicción judicial, al encarnar la voluntad de la ley de deparar a los incapaces una asistencia controlada por el poder público.

A la vez, su participación procesal constituye un presupuesto ineludible cuando se está en presencia de intereses en los que se halla comprometido un menor.

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.

En virtud de tales prerrogativas, el omitir la intervención del Ministerio de Menores, o una participación procesal insuficiente o extemporánea comporta una violación al régimen de representación legal promiscuo establecido por la ley. También determina una vulneración del sistema protectorio ideado por el codificador, en el cual la representación mencionada constituye sólo una de sus manifestaciones. Simultáneamente se lesionan las garantías de la defensa en juicio y debido proceso, arraigadas tanto en la Constitución Nacional como en la Provincial.” (Acuerdo TSJ Nro. 5/2008 del Registro de la Secretaría Civil).

En similares términos, y en varias ocasiones, se ha expedido nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, al descalificar, por arbitrario, el pronunciamiento dictado, porque se omitió dar intervención al Ministerio Pupilar, pues “no solo se menoscabó su función institucional sino también se desconoció el alto cometido que le ha asignado la ley, como parte esencial y legítima en todo asunto judicial” (cfr: 335:252; 330:4498; 325:1347; 323:1250; 320:1291; 305:1945, entre otros).

En concordancia con las prescripciones del Código Civil, la ley 1436 establece la obligación del Defensores de Primera Instancia de: a) Intervenir -como parte legítima y

esencial- en todos los asuntos civiles, comerciales, laborales y de minería, de jurisdicción contenciosa o voluntaria, donde hubiere menores o incapaces que demandaren o fueren demandados, o que afectaren su persona o bienes, ejerciendo su representación promiscua o directa; (...); y "c) Fiscalizar el cumplimiento de los deberes de los tutores, guardadores, tenedores y representantes legales de los menores; y requerir las medidas judiciales para la protección de la persona de éstos y la seguridad y conservación de sus bienes;...".

Bajo estos parámetros, surge evidente la inobservancia de las normas contenidas en la legislación (arts. 59, 493 y 494 del C. Civil, ley provincial 1436, arts. 35 y 294 de la Constitución Provincial -texto vigente 1957- y 18 de la Constitución Nacional) que imponían el deber de dar intervención al Ministerio Pupilar con carácter previo a cualquier disposición de fondos de un incapaz.

Ello no podía ser soslayado por la circunstancia de que la menor se hallaba representada en juicio por sus progenitores o su apoderado -tal como lo afirma la demandada- puesto que, como se ha dicho, ellos no tienen la aptitud de reemplazar la misión otorgada al Ministerio Pupilar.

A esta circunstancia debe sumarse la falta de adopción de medidas tendientes a asegurar la intangibilidad del crédito de la menor.

En efecto, "la facultad de administrar los fondos de los menores acordada a los padres por el art. 293 del Cód. Civil, no excluye la intervención del Ministerio de Menores y el control de los jueces en la disposición e inversión de los mismos" (cfr. plenario de la Cámara Civil, 09/10/33, JA, 43-1141, Rev. LA LEY, t. 14, p. 1080).

Aunque los padres tienen la administración de los bienes de sus hijos menores (art. 264 y 293 C.C.) requieren de autorización judicial para realizar actos de disposición (art. 297 parr. 2° C.C), en tanto la ley intenta resguardar los intereses de los incapaces y mantener, en lo posible, incólume su patrimonio hasta la mayoría de edad.

Es por ello que previo a la disposición de los bienes de un menor, se requiere a sus progenitores o tutores la justificación del destino que le darán a los mismos, previa intervención del Ministerio Pupilar quien debe expresar su opinión respecto de las medidas de inversión propuestas e incluso sugerir otras que, a su criterio, contribuyan en mejor forma a evitar el deterioro del valor del dinero (cfr. arts. 59, 287, 293, 297, último párrafo y 494, Cód. Civil; CNCiv. en pleno, 9/10/933, JA, 1960-II-193, nota 2).

Estas previsiones pueden soslayarse si se invocan razones que justifiquen el uso del capital para solventar necesidades urgentes del hijo u otras de similar tenor, las que deberán ser debidamente ponderadas por el juez, ante quien deberá rendirse cuentas del destino o empleo que se hiciera del mismo.

Luego, las omisiones señaladas -que el ordenamiento legal sanciona con la nulidad- constituyen faltas graves o errores *in procedendo* con virtualidad suficiente como para constituir una "falta de servicio" en los términos del art. 1112 del C.C.

XI.2.- Ahora bien, cabe preguntarse si las omisiones señaladas constituyen la causa adecuada del daño alegado cuya indemnización se reclama.

Para dar respuesta a tal interrogante, cabe analizar la conducta del juez, apreciada en concreto y al

momento del hecho, desde la perspectiva del juicio de previsibilidad que debió haber efectuado el magistrado al liberar los fondos en esas condiciones.

Explica Mosset que "En el terreno de tener que juzgar de la relación de causalidad adecuada entre el yerro judicial y el daño sufrido por el litigante, debemos recordar que nuestro Código construye su "teoría de las consecuencias", artículos 901 al 906, sobre la previsibilidad. El artículo 902 tiene una importancia relevante en nuestra problemática, al dar una pauta para juzgar sobre la imputabilidad y también sobre la previsibilidad de los jueces: cuando mayor es el deber de obrar con cuidado y diligencia -y en miembros del Poder Judicial ese deber es máximo- mayor es la responsabilidad que se desprende de sus hechos, en la hipótesis, de los actos judiciales." Para continuar señalando que "(...) lo que ahora interesa es la visión que el juez, actuando como un observador óptimo y retrospectivo, pudo tener sobre los perjuicios que a partir de su conducta errónea se desencadenaban" (Mosset Iturraspe, Jorge "El error judicial", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1999, pág. 203).

Desde este lugar, el incumplimiento de las previsiones legales tendientes a proteger los intereses de los incapaces (arts. 59, 493 y 494 del C.C.), hace previsible la ocurrencia del daño, desde que el mismo ordenamiento legal es el que fulmina de nulidad a todos los actos que se realicen en contravención a dichas pautas.

En el caso, el libramiento de fondos pertenecientes a una menor de edad -que además sufría de una incapacidad- sin previa vista al Asesor de Menores y sin adoptar las medidas pertinentes tendientes a asegurar su intangibilidad -vgr. mediante la constitución de un plazo

fijo, la adquisición de bienes inmuebles, compra de bonos, etc.-, tornaba previsible la ocurrencia de un daño en el patrimonio de la niña.

En palabras de Goldemberg "ese no hacer viene a ser condición apta o adecuada para que el desmedro se produzca y prueba de ello es que de haberse observado el comportamiento positivo que las circunstancias exigían, se podría haber interrumpido el nexo causal, evitándose el desenlace dañoso" (Goldenberg, Isidoro: La relación de causalidad en la responsabilidad civil, Bs. As., Ed. Astrea, 1984, pág. 212).

En virtud de ello, no puede afirmarse que la conducta observada por el tercero - abogado S.-interrumpa el nexo causal dado que, de haberse obrado de conformidad con las previsiones legales, el cheque no habría sido librado y, consecuentemente, el daño no habría tenido lugar.

XII.- En este punto del análisis es preciso traer a colación que tanto el derecho interno como el de orden internacional reconocen a niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y debe ser el Estado, a través de todos sus órganos, quien garantice 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 forma coadyuvante, las Reglas de 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).

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

Es por ello que, en autos, no puede soslayarse el incumplimiento de los deberes por parte del magistrado judicial, ni dejar de reconocer la responsabilidad que al Estado le cabe en ello.

XIII.- Recapitulando lo dicho hasta aquí, cabe concluir que: el libramiento de fondos pertenecientes a una menor de edad, con discapacidad visual, sin la previa intervención del Ministerio Pupilar ni la adopción de medidas tendientes a evitar la disminución del valor del capital, constituyeron la causa adecuada del daño que sufrió oportunamente la aquí actora, situación que podría haberse evitado desde que era una circunstancia previsible por el magistrado, quien omitió cumplir con los deberes a su cargo (art. 59, 493, 494, 495 y 297 segundo parr. del C. Civil).

El estándar constitucional de los Derechos del Niño, la especial protección que debe brindárseles en virtud de su condición de vulnerabilidad y, la prevalencia de su interés superior como principio al que debe orientarse la actividad judicial comprometen, en el caso, la responsabilidad del Estado por la deficiente prestación del servicio de justicia, en perjuicio de un incapaz.

Cabe citar, una vez más a la Corte Interamericana de Derechos Humanos la que, bajo el paradigma de la protección especial que merecen los menores, señaló que "*(...) conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere "cuidados especiales", y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir "medidas especiales de protección". En este sentido, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de*

la situación en la que se hallen el niño o la niña". (CIDH, caso Furlan y Familiares vs. Argentina, Sentencia del 31 de Agosto de 2012. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Punto VII E.2 126/127).

A la luz de tales preceptos, el Estado deberá indemnizar los perjuicios que sufrió la actora, en tanto constituyen una consecuencia mediata previsible, y como tal comprendida en la obligación de responder (cfr. artículo 901 del Código Civil y Ac. 79/2012 de esta Secretaría Actuante, entre otros).

XIV.- Determinada la responsabilidad de la Provincia demandada, corresponde considerar la extensión del reclamo indemnizatorio de la actora, que limita a la suma íntegra de la indemnización que debió haber percibido con motivo del accidente en el que perdiera su ojo izquierdo.

Si bien en un primer momento acota la misma "a la suma de dinero que no pueda ser percibida por la Srta. M. en forma directa de parte del autor material de la defraudación y hasta la concurrencia del monto indemnizatorio -capital e intereses- que debió haber percibido en el juicio de daños y perjuicios ...deduciéndose del mismo el importe del pacto de cuota litis...", luego -en el alegato afirma que "...la actora de autos ninguna suma de dinero podrá percibir de parte de S. por la defraudación de la que fuera víctima, motivo por el cual la sentencia que se dicte en este proceso deberá contemplar la reparación integral de la suma de dinero de la que fuera depositada a su favor y de la que fuera despojada por el abogado de sus padres, \$ -----, calculada al día 11 de diciembre de 1997, con más sus intereses". (cfr. fs. 12 vta. y 273 vta./274, de estos autos).

De los antecedentes que han sido agregados, se tiene por acreditado que el 11-12-1997 se libró en las actuaciones caratuladas: "M., M. C. y otros c/C., J. y Provincia del Neuquén y Consejo Provincial de Educación s/Daños y Perjuicios s/Ejecución de Sentencia" (Expte. 1367-Folio 126- Año 1991), un cheque a la orden de A.S., por la suma de \$ -----, que fuera imputado a la liquidación aprobada en esas actuaciones; en la misma fecha el mencionado profesional prestó caución juratoria, para luego proceder a retirar un cheque n° 115960, a la orden de A.R.S., por la suma antes indicada (cfr. copia certificada obrante a fs. 239/241 vta. de estas actuaciones).

Se encuentra también acreditado que S. cobró el cheque que le fuera entregado en el Banco de la Provincia del Neuquén (cfr. Sentencia de fecha 17-04-2001 dictada en el expediente N° 2444-F°164-año 1999, de la Cámara de Apelaciones de todos los fueros de Zapala, Sala Penal, en autos "S. A.R.... s/Defraudación Especial en grado de partícipe primario...", que obra en copia certificada en el Expediente N° 11145-F°54-AÑO 2002 "M., M. C. s/ Dcia. del Juzgado de Primera Instancia de Instrucción, que ha sido incorporado como prueba instrumental).

Por lo tanto, el importe por el cual debe proceder el reclamo es aquél que debió haber percibido la actora -oportunamente depositado a la orden del juzgado-, y que no siendo un hecho controvertido por las partes en estas actuaciones, fue retirado y percibido por el profesional S..

A ese importe se le deberá deducir las sumas que la demandada reconoce haber percibido.

En su demanda la accionante dice haber percibido la suma de "algo menos de \$-----" (cfr. fs. 10 vta.). A su vez, en el alegato obrante a fs. 270/274,

reconoce haber percibido la suma de \$-----, dato que se corrobora con las sucesivas declaraciones que obran en el expediente de la denuncia ("M. M. C. s/ denuncia" Expte. 11145 folio 54 año 2002, cfr. fs. 51/52; 53/54) y las constancias adjuntadas del expediente penal Nro. 2444, Folio 164 Año 1999).

Por su parte, la demandada si bien controvierte el monto que dice haber percibido la accionante, lo hace respecto de la posibilidad de que hubiera recibido mayores sumas que las admitidas en su demanda.

En virtud de ello, es posible afirmar que el hecho que de la accionante percibiera \$----- de parte del abogado S., en concepto de la indemnización que le correspondía, no se encuentra controvertido. Lo que controvierte la demandada, es que haya percibido sólo \$-----.

Por aplicación de la regla del art. 377 del Código Procesal, quien afirma la existencia un hecho controvertido es el encargado de proveer la prueba de su existencia. Ergo, recaía sobre la demandada la prueba de que la accionante cobró mayores sumas que los \$----- reconocidos. Y tal prueba, luce ausente en autos.

En efecto, ni de la prueba instrumental ofrecida (los expedientes ya referenciados) ni de la declaración testimonial recibida en autos surge que la actora haya percibido mayores sumas que las reconocidas por ella en su demanda. Por el contrario, de las constancias documentales obrantes en el expedientes "M., M. C. s/denuncia" surge que la accionante sólo percibió la suma de \$----- -en rigor, señala la suma de \$-----, cfr. fs. 1/2- y dicho dato es corroborado por las deposiciones de los testigos de la causa (cfr. fs. 51/52; 53/54).

La orfandad probatoria respecto a este punto, torna verosímil lo alegado por la actora, en el sentido que sólo percibió la cantidad de \$----- de la indemnización que le correspondía.

Por ello, cabe hacer lugar a la demanda y condenar a la Provincia del Neuquén, al pago de la suma de \$----- (resultante de la diferencia no percibida por la actora de la indemnización que le correspondía por el accidente sufrido en el mes de Mayo del año 1989).

XV.- Conforme lo especifica la actora a fs. 85 y surge de la demanda al solicitar la recuperación en forma "íntegra y efectiva" de la indemnización que debió haber percibido, cabe acordar intereses al resarcimiento.

Por ello, la suma determinada devengará, desde la fecha en que fue ocasionado el daño -11/12/1997, fecha del auto que ordenó la libranza- hasta el 01/01/08, el interés correspondiente a la tasa promedio entre la activa y pasiva (mix) del Banco de la Provincia de Neuquén y, a partir de esa fecha hasta el efectivo pago, se calcularán a la tasa activa mensual establecida por el mismo Banco (cfr. Ac. 25/10 y 27/10, entre otros de la Secretaría Civil de este Tribunal Superior de Justicia).

Las costas del pleito corresponde imponerlas a la demandada perdidosa por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 del C.P.C y C. y 78 de la Ley 1.305).

XVI.- Por los fundamentos brindados la demanda procederá por el importe consignado en el punto XIV) con más los intereses calculados en la forma establecida en el punto XV), siendo las costas del pleito a cargo de la perdidosa vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 C.P.C.y C. y 78 Ley 1.305). **TAL MI VOTO.**

El señor Vocal **Doctor OSCAR E. MASSEI** dijo:
comparto la línea argumental desarrollada por el Vocal que
abre el Acuerdo, como así también sus conclusiones, por lo
que emito mi voto del mismo modo. **MI VOTO.**

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose
dado intervención al Fiscal del Cuerpo, por unanimidad, **SE**
RESUELVE: **1°)** Hacer lugar a la demanda incoada por **M.M.R.**,
contra la **PROVINCIA DEL NEUQUÉN**, condenando a abonar a la
actora la suma total de \$-----, con más los intereses que
surgen del considerando XV. **2°)** Imponer las costas a la
demandada vencida (art. 68 C.P.C.y C. y 78 Ley 1.305). **3°)**
Diferir la regulación de honorarios para el momento de contar
con pautas para ello. **4°)** Regístrese, notifíquese y
oportunamente archívese.

Con lo que se dio por finalizado el acto que,
previa lectura y ratificación firman los Magistrados
presentes por ante la Actuaria, que certifica.

DR. RICARDO TOMAS KOHON
Vocal

DR. OSCAR E. MASSEI
Vocal

DRA. LUISA A. BERMÚDEZ
Secretaria