

**CÁMARA SEGUNDA CIVIL Y COMERCIAL DE LA PLATA (SALA II INTEGRADA). Nuevo Código Civil y Comercial. Control de restricción de capacidad. Inadmisibilidad de consulta al superior.**

VJS

**L° de Sentencias INTERLOCUTORIAS N° LXXII  
Causa N° 120038; JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL N°25 - LA PLATA  
W.,M.C. S/DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA  
REG. INT.: 172 Sala II - FOLIO: 378**

La Plata, 16 de Agosto de 2016.

**AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO:**

I. El señor Juez de la instancia se expidió manteniendo la restricción a la capacidad de la causante, la cual ya había sido declarada anteriormente (fs. 62/ 63). En esta ocasión expuso que de quedar consentida la presente se expediría en torno a la eventual elevación en consulta de la Alzada (fs. 206/ 209 vta.). Notificada la curadora al domicilio real (fs. 218/ 220 vta.) y al constituido (fs. 215/ 217 vta.), a la persona cuya capacidad se restringió (fs. 221/ 225) y a la Asesora (fs. 227) nadie apeló el pronunciamiento, por lo que lo elevó en consulta (fs. 228/ 229 vta.).

Fundó ello en considerar que los principios que nutren a la nueva Ley de Salud Mental (arts. 1, 3, 7 y cctes.) justifican sobradamente garantizarle al causante que la decisión relativa a su capacidad de hecho no dependa exclusivamente de una única evaluación jurisdiccional de un magistrado

de primera instancia, mereciendo también un control oficioso de órganos superiores cuando la vía recursiva no es interpuesta por las partes interesadas.

II. La competencia funcional y la jurisdicción de la Alzada, como órgano revisor de los fallos y resoluciones que dictan los Jueces de primera Instancia, se abre con la interposición de los recursos respectivos (art. 38 de la ley 5827, T.O. según Ley 13634).

La revisión en consulta, en aquellas legislaciones en las que está regulada, no puede ser considerada en verdad como un cuestionamiento a los fallos, pues justamente se dispone la misma -en su caso- ante la falta de impugnación contra un decisorio. Es decir, carece del rasgo fundamental de todo recurso, esto es el alzamiento del interesado.

El Profesor Hitters expone que considerar o no a este remedio como un recurso es una cuestión semántica, pues desde antiguo se asimiló la idea de recurso con la actividad del litigante encaminada a revocación de la sentencia que le agravia, pero de todos modos nada obstaría a que se pueda tener como un modo de impugnación automática, si se entiende que la falta de actividad de parte es suplida por la ley, con lo que puede concluirse que en estos casos quien lleva el embate es la propia disposición legal, que suple el rol de los justiciables (Juan Carlos Hitters, "Técnica de los recursos ordinarios", 2º Edición, Librería Editora Platense, pág. 555).

De todas maneras, en la legislación vigente en la Provincia no está prevista esta forma de control, lo que la tornaría ab initio improcedente.

III. Sin embargo, ante la actividad oficiosa que imponen las normativas sustanciales y adjetivas en este tipo de cuestiones, cabrá preguntarse si la propuesta del Juez de la instancia puede ser recibida en vista al respeto de disposiciones de orden superior.

Como regla, las vías recursivas o de elevación al superior son las que se encuentran regladas. Ello no es un mero formalismo. Si así no fuera, dependería de la voluntad o de la interpretación de la ley procesal que haga el juez para darle una mayor amplitud a las revisiones. Así, podría darse el caso que dos procesos iguales que tramitan ante distintos magistrados, aun cuando posean el mismo marco procesal, tengan un derrotero diferente, no por la interpretación de la ley existente -como de hecho muchas veces acontece-, sino por la creación de normas no escritas.

Ello no puede desplazar las pautas interpretativas vertidas en normas superiores y que guían a las decisiones judiciales. Así, en cuanto a la restricción a la capacidad, su especial protección llevó a que se la incorporara en los arts. 75 inc. 23 de la Const. Nac.; art. 36 inc. 5 de la Const. Provincia; arts. 1, 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos; la Declaración de Caracas del 14 de noviembre de 1990 sobre la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina; arts. 1, 2, 3, 7 y conc. de la ley 26.657 -ley de salud mental-, entre muchas otras.

Además, la flexibilización a las materias de familia se encuentra prevista en las normas del Código Civil y Comercial de la Nación que

incorpora expresamente la noción de oficiosidad para el fuero. Cabe aclarar que en el caso de la Provincia de Buenos Aires los procesos de restricción a la capacidad son de competencia de familia, si bien no es así en todo el país. Empero, basta reflexionar que si para las materias sensibles el legislador nacional estableció pautas especiales, esta suerte de juicios no podrían quedar fuera de ello. Esto no es más que los mismos criterios que sientan las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en situación de Vulnerabilidad.

Todas las disposiciones se conjugan para facilitar la tutela judicial efectiva, entendiendo la misma no sólo como los mecanismos más aptos para poder interponer las peticiones, sino también obtener el reconocimiento jurisdiccional y su cumplimiento efectivo (arts. 18, Const. Nac.; 15 Const. Provincial; 8 y 25, Convención Americana de Derechos Humanos).

Así, nos lleva a enfocarnos en la propuesta del a quo quien considera que la elevación en consulta, aun cuando no esté regulada, es una forma de asegurar el acceso a los tribunales y lograr una decisión más justa.

IV. Los orígenes de una disposición similar son los artículos 253 bis y 633 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Esa norma, sancionada en abril de 1967, se justificaba en un contexto en el cual el Ministerio Pupilar tenía una representación promiscua, en el marco de un modelo de justicia de sustitución en la toma de decisiones (art. 59, Cód. Civil anterior).

En ese contexto, como una forma de Protección tutelar del Estado, ante el silencio de las partes, el expediente se eleva en consulta al órgano superior.

Distinto fue la razón de su incorporación en nuestro C.P.C.C.. Con anterioridad, dentro del procedimiento establecido para los juicios que tramitaban ante los Tribunales de Familia, disponía el artículo 838 del C.P.C.C., reformado por la ley 12.318, que: "...En los supuestos de los procesos previstos en los incisos n) y o) del artículo 827 en caso de que la sentencia decretara la incapacidad, interdicción y/o internación, el Juez del Trámite si no se hubiera interpuesto recurso de reconsideración elevará en consulta el expediente al plenario, habilitando la competencia revisora del mismo".

Dicho remedio estaba previsto para el trámite de los juicios que sobre restricción a la capacidad se desarrollaban en el marco del proceso oral del fuero de familia, cuando la causa se sustanciaba ante un Juez sorteado y no ante el pleno del tribunal. Esta hipótesis, pretendía combinar el objetivo de lograr celeridad en el trámite y a todo evento la intervención del pleno cuando no se articuló recurso y se declaró la incapacidad. Empero, al modificarse el fuero por la ley 13298 y 13634, esa forma de revisión no se contempló.

A su vez, el artículo 627 del Código Procesal Civil y Comercial (T.O. ley 14.363), propio del juicio de restricción a la capacidad (arts. 618 a 630 del C.P.C.C.), establece la apelabilidad de la sentencia por parte del denunciante,

el presunto insano o inhabilitado, el curador provisional y el asesor de menores (B.O. 18/07/2012) sin prever tampoco la consulta.

V. En la actualidad, el escenario del funcionamiento del sistema es absolutamente distinto. Se propugna el acompañamiento de las instituciones a las personas con capacidades restringidas para lograr una plena inserción social. Es en este nuevo contexto que el Ministerio Pupilar también posee una intervención diferente. El artículo 103 del CCCN, en referencia a la actuación del Ministerio Público expresa que "...respecto de personas incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal. a) Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto. b) Es principal: i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación. En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales."

Por consiguiente, será este funcionario quien con una intervención más cercana y pormenorizada podrá recurrir la sentencia de así

considerarlo. Al cambiar ese rol también troca la necesidad de la elevación oficiosa por el juez.

Otra diferencia esencial entre el contexto anterior y el actual es que cuando se ideó ese recurso no se preveía la revisión periódica de la sentencia (acorde artículo 152 ter del Cód. Civ. anterior y actual artículo 40 del C.C.C.N.). Por ello, también la elevación en consulta constituía un resguardo.

Asimismo, el sistema procesal asegura la posibilidad de la permanente revisión de la sentencia, más allá que otro Juez revea un pronunciamiento por la vía de la consulta, que podría terminar siendo ésta sólo una revisión formal.

VI. Si bien cabe alentar el ejercicio de las facultades oficiosas de los magistrados, lo es siempre alentando la mejor defensa de los derechos. Pero el equilibrio es delicado y no pueden utilizarse estas facultades para alongar innecesariamente al proceso. Ciertamente es, como refiere el a quo, que estamos viviendo un activismo acentuado, pero ello no puede avalar decisiones que aun inspiradas en obtener una mayor protección conllevan dilaciones innecesarias.

Será el Ministerio Púpilar, el cual posee las más amplias facultades en defensa del mejor abordaje de la problemática planteada, quien tiene el deber de apelar en protección de la capacidad de las personas, más allá que se haya o no incoado otra apelación. Por ello, acudir al recurso de consulta -que además de no estar previsto, tampoco se justifica en el contexto actual- es retrotraer las

pautas procesales a modelos superados y, además, como se dijo, tampoco vigentes en nuestro sistema.

VII. Por último, señala el señor Fiscal de Cámaras a fs. 245 que si bien surge del acta obrante a fs. 199 la entrevista personal del Magistrado de grado con la interesada, efectuada durante la vigencia del anterior Código Civil y en los términos del artículo 627 del Código Procesal Civil y Comercial, el acto no reúne los requisitos exigidos por el artículo 45 (rectius 35) del nuevo Código Civil y Comercial, vigente al momento del dictado de la sentencia elevada en consulta.

Esta norma prevee que el juez debe garantizar la inmediatez al causante y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél. El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado, deben estar presentes en las audiencias.

Se advierte que, de conformidad a la nueva normativa, en el acto anterior no se habría dado cumplimiento a la presencia en el mismo del Ministerio Pupilar y de la asistencia de un letrado para la interesada en la audiencia. Empero, no puede soslayarse que se efectuó esa audiencia acorde las disposiciones vigentes al tiempo de concretarla (v. fs. 199).

Ello tampoco implica que el Juez no pueda volver a tener contacto con la persona interesada con un letrado que la asista y así dar plena vigencia a las exigencias del artículo 35 del C.C.C.N.



Asimismo, cabe indicar que la señora Asesora de Incapaces consideró cumplido con el acta de fs. 199, lo dispuesto por el artículo 627 del C.P.C.C., estando ya vigente la nueva legislación (v. fs. 203).

**POR ELLO:** En virtud de todo lo expuesto, se declara inadmisibile la elevación a revisión de la resolución dictada a fs. 206/209. **REGISTRESE. NOTIFIQUESE (art. 135 del CPCC.). DEVUELVA.**

**FRANCISCO AGUSTIN HANKOVITS**  
**PRESIDENTE**  
(CONF. ART. 36, LEY 5827)  
Exma. Cámara Segunda de Apelación  
Civil y Comercial de La Plata

**SILVIA PATRICIA BERMEJO**  
**JUEZ**  
Exma. Cámara Segunda de Apelación  
Civil y Comercial de La Plata

**LUIS ALBERTO MAIMONE**  
**SECRETARIO**  
Exma. Cámara Segunda de Apelación  
Civil y Comercial de La Plata