En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de agosto del año dos mil quince, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia del Dr. Fernando Nahuelanca y asistencia del señor juez de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"ASESORÍA DE FAMILIA (C.) s/ TUTELA", expte. nro. 267/15**, venidos del Juzgado de Familia nro. 2 (expte. nro. 70/15), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 59), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Fernando Nahuelanca, Dr. Julio Antonio Alexandre y Dra. Silvia Noemí Alonso.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 43/44vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

Viene el caso planteado con sentencia dictada a fs. 43/44vta., por la que se rechaza el planteo de inconstitucionalidad art. 390 C.C. En el punto siguiente, hace lugar parcialmente a la demanda y otorga la tutela del adolescente F. R. I. C., a favor de su hermana M. A. D. y ordena el discernimiento de la tutela. Impone las costas en el orden causado y regula los honorarios de la Defensa Pública.

Apelada la sentencia por la Sra. Asesora de Familia y concedido el recurso (fs. 45/46), expresa agravios a fs. 50/52.

INDIANA L. MARINI
Secretaria de Cámara

Señala que la motivación del juicio, la obtención de la inconstitucionalidad del art. 386 C.C., al solo admitir la tutela unipersonal, que estima la Sra. Juez actuante debió examinar de oficio, aún sin petición expresa, para lo que cita fallo de la CSJN, en el sentido que los jueces deben mantener la supremacía constitucional en caso de colisión de las normas.

Sostiene que en la actualidad la norma ha perdido actualidad, ya que la tutela debe verse en función de la mayor protección de los niños privados de responsables parentales. Señala fallo de la CSJN, de fecha 29/8/1974, "C. L., G. M. s/ tutela legítima", en la que el máximo tribunal revocó la sentencia del S.T.J. de nuestra provincia y otorgó la tutela a los abuelos maternos, ello es, en cabeza de dos personas. Entiende que la norma deviene inconstitucional en la actualidad y en el caso de F., la prohibición deviene en perjuicio concreto con el solo otorgamiento de la guarda a su hermana Mara, ya que acompañada la tutela con el cuñado Javier, habría de obtener los beneficios asistenciales de la obra social de este. Segundo agravio. Considera que existe un apartamiento del interés superior del niño, ya que la medida tiende a la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley. Tercer agravio. Omisión de escuchar al adolescente. Refiere que el nuevo Código Civil a entrar en vigencia, admite que la tutela sea ejercida por una o más personas, conforme aquello que más beneficie al niño, niña o adolescente.

Secretaria de CámaraINDIANA L. MARINI

A fs. 55/56, se cumplimenta la vista corrida a la Asesoría de Familia subrogante, la que atendiendo a la realidad del caso planteado y previo entender necesario la audiencia del adolescente en esta instancia, considera que debe definirse la cuestión en el sentido propugnado por la representación de la peticionante.

Tratamiento de los agravios:

Es claro que el caso planteado, frente al fallo que ha negado la tutela compartida, habría motivado un examen de amplitud en función de la norma cuestionada y en su caso, establecer si mantenía su vigencia frente al derecho vigente que tiene incorporado con rango constitucional la Convención Internacional de los Derechos del Niño conforme al art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

Pero a la fecha se ha producido la modificación legislativa cuya proximidad advertía la Sra. asesora recurrente, la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina por Ley 26994 y que por imperio de la Ley 27077, rige a partir del 1 de agosto de 2015.

En cuanto a su aplicación, el nuevo CCC es similar al sistema anterior, de aplicación inmediata de la ley para todas las consecuencias de relaciones jurídicas preexistentes y no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario, pero la retroactividad no puede amparar derechos amparados por garantías constitucionales.

En consecuencia, si bien por aplicación de los principios generales señalados, una vez dictada la sentencia de grado en una causa bajo las normas del Código Civil derogado, en las sucesivas instancias judiciales habrá de revisarse la sentencia de grado a la luz de los mismos ordenamientos, corresponde la excepción en razón de la cuestión planteada, desde que carecería de virtualidad analizar la inconstitucionalidad de un artículo que no se encuentra vigente.

El principio viene sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de larga data (por ej., ”Di Tullio, Nilda”, en J.A. 1997-II-333), reiterado en reciente fallo: “Recurso de hecho deducido por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en la causa D.I.P., V.G. y otro

c/ Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ amparo", de fecha 6 de agosto de 2015. Resuelve la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con motivo de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, en lo pertinente para los presentes actuados: "3. La mencionada circunstancia sobreviniente ha tornado carente de significación actual el debate suscitado en el caso por estar referido a la validez de un precepto que al momento no se encuentra vigente y cuyo contenido material ha sido redefinido –a partir de los nuevos paradigmas del derecho– por el novísimo Código Civil y Comercial de la Nación… en el sentido propuesto por los actores… que guarda consonancia con el régimen constitucional y convencional de los derechos humanos…".

Carece, en consecuencia, de virtualidad el pronunciamiento sobre la constitucionalidad del art. 386 del Código Civil derogado y tratarse la cuestión planteada de una situación objetiva existente, captada en el marco del art. 7 del CCC vigente.

INDIANA L. MARINI
Secretaria de Cámara

Por lo demás, el basamento de la petición de tutela de fs. 1/28, tiene la evaluación del fallo en recurso, dando cuenta que del informe del ETI que reseña la historia familiar, la convivencia de la misma resulta armónica en el cual el joven F. R. I. C. recibe adecuada atención y cuidado para su desarrollo, circunstancias en la que quedan comprendidos no solo la hermana del nombrado M. A. D., sino además el peticionante J. A. C., quien prueba vivir en unión convivencial con la nombrada.

Por otra parte, se ha tomado por esta Sala conocimiento directo y personal con el grupo familiar, oído el adolescente F. R. I. de conformidad a la finalidad de las actuaciones en trámite, contando asimismo con la intervención del Ministerio Público.

Por lo expuesto, que la tutela puede ser ejercida por una o más personas, que los peticionantes resultan

idóneos para su ejercicio, donde se manifiesta que el otorgamiento conjunto habrá de facilitar el acogimiento del tutelado a obras sociales de salud, corresponde con los arts. 104, 105, 107 y concords. del CCC, hacer lugar al recurso interpuesto por la representación invocada.

Conforme con la previsión de primera instancia, se confirman las costas en el orden causado. Atento a la naturaleza y finalidad de la acción, se ajusta a derecho la regulación de honorarios de la misma, en la que se declara comprendido el peticionante.

Las costas de la alzada por su orden, proponiendo la regulación de honorarios de la Dra. V. R., en el 30% de los de 1ra. Instancia.

A la segunda cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

1) Hacer lugar al recurso interpuesto por la Asesora de Familia en representación de los peticionantes, con los alcances que se exponen a continuación.

2) Declarar carente de virtualidad el pronunciamiento respecto a la inconstitucionalidad del art. 390 del Código Civil derogado, del punto 1 de la parte resolutiva del pronunciamiento apelado.

3) Ampliar el punto 3 de la parte resolutiva de la sentencia de fs. 43/44vta. y otorgar la tutela de F. R. I. C. al peticionante J. A. C., la que se declara en conjunto con la otorgada a la Sra. M. A. D. en el punto aludido, con sus restantes alcances.

4) Confirmar las costas de primera instancia con los alcances del considerando respectivo.

5) Costas de la alzada por su orden, proponiendo los honorarios de conformidad al considerando respectivo.

A la primera cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Que la resolución de fs. 43/44vta. por la que se hace lugar parcialmente a la demanda otorgándose la tutela del adolescente F. R. I. C. a favor de su hermana

M. A. D., pero al denegar el planteo de inconstitucionalidad, oportunamente planteado por los pretensores, excluye por imperio de la norma impugnada (386 CCiv.), el ejercicio conjunto con el de su esposo Sr. J. A. C.. Es apelada por este, a través de la representación oficial a fs. 45 y conforme el informe de fs. 50/52, el que merece adhesión fundada por parte de la asesora de Familia al expedirse conforme lo ordena el art. 131 de la L. III-N° 21 a fs. 55/56.

INDIANA L. MARINI
Secretaria de Cámara

Bien se ha dicho que las sentencias deben atender las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del recurso en cuestión, y si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, la decisión de la alzada deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos en tanto configuran circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir (ver pautas de la CSJN en, *v. gr.*, Fallos: 306:1160; 318:2438; 325:28 y 2275; 327:2476; 331:2628; 333:1474; 335:905; causa CSJ 118/2013 (49- V)/CS1 "V., C. G. c/ I.A.P.O.S. y otros s/ amparo", sentencia del 27 de mayo de 2014, entre otros).

Que en ese razonamiento, corresponde señalar que encontrándose la causa en trámite en este tribunal, el 1 de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por la Ley 26994, modificando criterios a los nuevos paradigmas, circunstancia que incidió en el articulado cuestionado en el caso.

Que en tales condiciones, deviene inoficioso en el *sublite* pronunciarse sobre cuestiones vinculados a una norma derogada y sin que subsista el impedimento alegado en el pronunciamiento impugnado cuya vigencia ha fenecido por imperativo legal, esto es, y tal como lo señalado nuestro máximo tribunal nacional en casos análogos, no se advierte interés económico o jurídico actual que justifique un pronunciamiento sobre el punto al haber desaparecido uno de los requisitos que condicionan la jurisdicción del Tribunal (*cf*. Fallos: 318:2438; 327:4905 y 329:4717).

Y se insiste en fallo actual en el que se da una situación análoga de sucesión de leyes en el tiempo (ver CSJN, 6-ago-2015 -"Recurso de hecho deducido por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en la causa D. I. P., V. G. y otro c/ Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ amparo", cita: MJ-JU-M93806-AR - MJJ93806 - MJJ93806): "Que ello es así, pues la mencionada circunstancia sobreviniente ha tornado carente de significación actual el debate suscitado en el caso por estar referido a la validez de un precepto que al momento no se encuentra vigente y cuyo contenido material ha sido redefinido -a partir de los nuevos paradigmas del derecho- por el novísimo Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 107 y concs., en sentido similar al propuesto por el recurrente, norma que guarda consonancia con el régimen constitucional y convencional de los derechos humanos (arts. 1 y 2 del Código Civil y Comercial de la Nación)". De ahí que también se conforme con el ordenamiento civil actual de nuestro país al que, en definitiva, debe sujetar su conducta el recurrente.

Que sin perjuicio de ello, a la luz de la doctrina mencionada anteriormente, según la cual corresponde atender a las nuevas normas que sobre la materia objeto de la litis se dicten durante el juicio, no puede desconocerse que la pretensión de los demandantes se

encuentra hoy zanjada por las disposiciones del citado art. 107 y concs. del Código Civil y Comercial de la Nación, norma de la que, en virtud de la regla señalada, no puede prescindirse.

Así y de conformidad con los positivos informes del ETI, propongo al acuerdo el acogimiento del agravio revocando consecuentemente la sentencia en el mismo fin, proponiéndoos la imposición de costas, conforme lo resuelto, por el orden causado en ambas instancias, difiriéndose la regulación de honorarios al momento procesal oportuno, en el que se tendrán en cuenta las pautas arancelarias de la Ley XIII nros. 4 y 15.

A la segunda cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Habiendo concordado con el voto del Dr. Nahuelanca, reitero su fórmula decisoria.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

1) Hacer lugar al recurso interpuesto por la asesora de Familia en representación de los peticionantes, con los alcances que se exponen a continuación.

2) Declarar carente de virtualidad el pronunciamiento respecto a la inconstitucionalidad del art. 390 del Código Civil derogado, del punto 1 de la parte resolutiva del pronunciamiento apelado de fs. 43/44vta..

3) Ampliar el punto 3 de la parte resolutiva de la sentencia de fs. 43/44vta. y otorgar la tutela de F. R. I. C. al peticionante J. A. C., la que se declara en conjunto con la otorgada a la Sra. M. A. D. en el punto aludido, con sus restantes alcances.

4) Confirmar las costas de primera instancia con los alcances del considerando respectivo.

5) Costas de la alzada por su orden, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de la Dra. Verónica Roldán, en el treinta por ciento (30%) de lo

regulado a su parte por la labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse abocada a sus funciones en el Consejo de la Magistratura de la provincia del Chubut la Sra. jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso (*cf*. proclamación Acta 208/12/CMPCh) y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

JULIO ANTONIO ALEXANDRE
Juez de Cámara

FERNANDO NAHUELANCA
Presidente

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2015
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "F"

INDIANA L. MARINI
Secretaria de Cámara