

CÁMARA SEGUNDA CIVIL Y COMERCIAL DE LA PLATA (SALA II INTEGRADA). DECLARACIÓN DE INCOMPETENCIA DE OFICIO. NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. CENTRO DE VIDA. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. JUEZ NATURAL.

Con fecha 26 de noviembre de 2015, la Cámara Segunda de La Plata, Sala Segunda integrada por la Dra. Silvia Patricia Bermejo y el Dr. Francisco Agustín Hankovits, en la causa n° 119.077 **"F.V c/ D.A.P s/ Alimentos, Tenencia Y Regimen De Visitas"**, declaró de oficio la incompetencia de los Tribunales de la Provincia de Buenos Aires –con fundamento en lo normado por el C.C.C.N y Tratados Internacionales-, teniendo en consideración el centro de vida del niño, privilegiando su superior interés, por lo que se dispuso el giro de las actuaciones al juez natural (art. 716 C.C.C.N.).

FS

L° de sentencias DEFINITIVAS N° LXXI
Causa N° 119077; JUZGADO DE FAMILIA N° 2- LA PLATA
"F.V c/ D.A.P s/ Alimentos, Tenencia Y Regimen De Visitas"
REG. SENT.: 163 Sala II - FOLIO: 1078

En la ciudad de La Plata, a los **26** días del mes de noviembre de dos mil quince, reunidos en acuerdo ordinario la señora Juez vocal de la Sala Segunda de la Excma. Cámara Segunda de Apelación, doctora Silvia Patricia Bermejo, y el señor Presidente del Tribunal, doctor Francisco Agustín Hankovits, por integración de la misma (art. 36 de la Ley 5827), para dictar sentencia en la Causa 119077, caratulada: **"F.V c/ D.A.P s/ Alimentos, Tenencia Y Regimen De Visitas"** , se procedió a practicar el sorteo que prescriben los arts. 168 de la Constitución

Provincial, 263 y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, resultando del mismo que debía votar en primer término la doctora **BERMEJO**.

La Excma. Cámara resolvió plantear las siguientes cuestiones:

1a. ¿Es competente esta jurisdicción para intervenir en autos?

2a. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN LA SEÑORA JUEZ DOCTORA
BERMEJO DIJO:**

I- Contra la sentencia de primera instancia que fija la cuota de alimentos a favor del niño M. D. que debe abonar su progenitor (fs. 244/247), la actora articula apelación (fs. 258), la que fundara (fs. 271/275) y fuera sustanciada (fs. 278/279).

II- Ya habiendo entrado en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, desde el 1 de agosto del año 2015 –art. 7, ley 26.994, conf. art. 1 ley 27077-, habrá que analizar este litigio con el nuevo marco legal. Acorde lo dispuesto por el art. 7 de la ley ahora en vigor, “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.”

Sin perjuicio de las consideraciones expuestas a fs. 295 y vta., este juicio deberá apreciarse desde las nuevas pautas procesales que fija el actual

contexto. Como refiere Aida Kemelmajer de Carlucci, en lo que respecta a las disposiciones adjetivas, éstas mayoritariamente se aplican en forma inmediata a las causas pendientes, siempre sin privar de validez a los actos procesales cumplidos, ni que se deje sin efecto lo actuado de conformidad a las leyes anteriores (autora citada, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, págs. 110 y 111).

III- Desde la perspectiva formal y en lo que respecta a la competencia, como regla existe una oportunidad para que la misma se plantee por las partes o por el juez (arts. 4, 7 a 13 y conc., C.P.C.C.; doct. SCBA, Ac. 94125, sent. int. 22-VI-2005; SCBA B 70651, sent. int. 18-XI-2009, entre muchas otras). El principio de preclusión alcanza a los actos cumplidos y se impide retrotraer el proceso, en pos de lograr una decisión sin dilaciones indebidas. La Suprema Corte ha establecido que “Cuando la jurisdicción ejercida por órganos judiciales en conflicto es de la misma naturaleza ... la oportunidad para el planteamiento de cuestiones de competencia reconoce la limitación establecida por las correspondientes disposiciones procesales; pues sin perjuicio del carácter de orden público de las normas que reglan aquélla, debe tenerse presente que la misma condición tienen los preceptos legales que tienden a lograr la pronta terminación de los procesos, cuando no se oponen a ello principios fundamentales que puedan impedirlo.” (SCBA, B 69058, sent. int. del 11-IV-2007).

Diversos precedentes fueron dando contorno a la posibilidad de plantear de oficio la competencia. Así, se han establecido límites cuando se trata de la competencia territorial al ser prorrogable en asuntos patrimoniales, por lo que

lo inhibe al juez, ante quien ha sido presentada la demanda, de declararse incompetente de oficio, al ser prematuro tal pronunciamiento (v. gr. RI 119246, RI 119214, RI 119217, todas sent. int. del 30-IX-2015). Ello en tanto puede acontecer que la contraria acepte tal desplazamiento (doct. SCBA. B 68348, sent. int. del 30-IX-2015, 28-IX-2005; B 73135 RSI-470-15, sent. int. del 30-IX-2015, 15-VII-2015). Este sería un ejemplo de un cuestionamiento al inicio del proceso, no pudiendo anticiparse el juez a lo que la parte puede plantear o, en su defecto, consentir tácitamente.

También se entendió, en asuntos de naturaleza patrimonial, que no podía la Cámara en oportunidad de revisar el mérito de la decisión de fondo expedirse sobre la competencia en forma intempestiva (SCBA, por mayoría, en causa C 104260, sent. del 9-II-2011, in re: “Alvarez, Rubén Agustín c/Provincia de Buenos Aires. Policía s/Daños y perjuicios”). Este es un ejemplo del abordaje al final del proceso, en ocasión de apelarse la sentencia dictada en la instancia anterior.

Excepcionalmente la Suprema Corte ha abordado de oficio el control del cumplimiento de ciertos recaudos esenciales al proceso, aun en la instancia extraordinaria, como es el de la competencia (ver Bermejo, Patricia, “Doctrina actual de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires”, dirigido por Roberto Berizonce y Ana Cristina Logar, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pág. 292 a 298).

Han acontecido supuestos en los cuales se ha admitido articular, aun oficiosamente, la competencia del órgano para dirimir un conflicto, en vista a la especial tutela de ciertos derechos, como es el caso de la protección al

consumidor. La Suprema Corte de la Provincia expuso que “La circunstancia de haber emitido el órgano jurisdiccional los actos procesales del juicio ejecutivo: intimación de pago y la citación para oponer excepciones y libramiento del correspondiente mandamiento, no impiden su ulterior declaración de incompetencia **ex officio** fundada en el art. 36 de la ley de defensa del consumidor y la doctrina sentada por este Tribunal en la causa C 109.305 "Cuevas", resol. del 1-IX-2010” (SCBA, causas Rc 120066, sent. int. del 15-VII-2015; Rc 120166, sent. int. del 23-IX-2015; Rc 119919, sent. int. del 9-IX-2015; Rc 119539 y Rc 119785, sent. int. ambas del 2-IX-2015). Ello revela que existen ciertos derechos cuya tutela requieren de una aproximación diversa.

Es dable puntualizar que las actividades oficiosas de los jueces, en lo atinente a los procesos de familia, en especial cuando se vinculan a personas en situación de vulnerabilidad, es la que ordena el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en sus artículos 706 y 709. Ello implica una reformulación de la función del órgano frente a estos derechos.

En la línea que marca la misma Constitución Nacional en cuanto a la mayor protección que requieren las personas en situación de vulnerabilidad (conf. art. 75 inc. 23, C.N.), al igual que lo hace la Constitución de la Provincia en su artículo 36, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, incorpora disposiciones especiales que hacen al proceso de familia. Entre ellas las referidas a la competencia en ciertas materias (arts. 716 a 721, C.C.C.N.).

El artículo 716 dispone que "En los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en

otra jurisdicción del territorio nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida".

Es decir que cuando se trata de niños, niñas y adolescentes el lugar donde ellos viven, el lugar de su residencia habitual, en palabras que señala esa norma, donde se encuentra su centro de vida, será el juez apto para dirimir esas contiendas que a ellos se refieran. Este es un concepto antes incorporado por la ley 26.061, entendiéndose por tal "el lugar donde los niños, niñas y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia" (inc. "f" del cit. art. 3, ley 26.061). Incluso, esa terminología fue antes empleada por la Corte de la Nación en algunos de sus precedentes (v.gr. "RECURSO DE HECHO. W., E. M. c/ O., M. G.", sent. del 14-VI-1995, considerando 13, Fallos 318:1269; causa C. 142. XLIV; "COM Ferreyra, Miguel Ángel y otra s/inhibitoria", sent. del 20/08/2008, Fallos 331:1900). Es también la que se emplea en los tratados internacionales en materia de sustracción y restitución de menores de edad (ver en este sentido Aida Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloverás, "Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014", Tomo IV, Editorial Rubinzal Culzoni, 2014, págs. 468 y sig.).

Deberá estarse en cada caso a las características de la radicación espacial de los niños, niñas y adolescentes, como es el tiempo de permanencia, el arraigo, la estabilidad, la licitud del cambio, la edad de la persona, los vínculos y relaciones con su entorno de compañeros, amigos, familiares, etc. Incluso, tampoco hay que descartar los elementos que aporte la escucha de la persona

menor de edad involucrada (art. 707, C.C.C.N.). Es un instituto de orden fáctico, cuya observancia permite acercar la verdad formal a la verdad real.

La competencia se relaciona con la inmediación. Esta última puede verse como la cercanía del órgano con las partes, como también como el contacto directo entre el juez y los litigantes, lo que alcanza su máxima expresión con la oralidad. Sólo la cercanía territorial con el órgano permitirá concretar la inmediatez que el mismo Código Civil y Comercial de la Nación exige en el nuevo artículo 706, facilitándose la escucha de los niños, niñas y adolescentes (art. 707) y, en síntesis, todos medios para lograr una tutela judicial efectiva (arg. arts. 3, 9, 12, Conv. Dchos. del Niño; 1, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y conchs. Const. Nac.; 2, 3 y conchs., ley 26.061; 3, dec. 415/2006; arts. 1, 11, 15, 36.2 y conchs., Const. Prov.; 4, 5, 6, 7 y conchs., ley 13.298; conf. análog.; S.C.B.A., doct. C. 117.874, sent. del 11-6-14).

Las distancias, además, inciden en la mayor dilación del proceso y limitan seriamente el principio de inmediación que el nuevo Código Civil y Comercial consagra para dirimir este tipo de cuestiones. Como la experiencia señala, cuando las personas poseen escasos recursos económicos, los trámites resultan engorrosos y, en muchos casos, se prescinde de regularizar las cuestiones judicialmente si ello implica recorrer distancias o superar otros inconvenientes. Es decir, concluye con una restricción fáctica al acceso a la justicia. De todas maneras, cabe reiterar, el artículo 716 mencionado sólo se refiere a la necesidad de la cercanía entre la niña, niño o adolescente y el órgano.

Este es el sentido con el cual se han resuelto los conflictos de jurisdicción por la Corte de la Nación, aun antes de la vigencia del nuevo Código

Civil y Comercial. Así aconteció en diversos procesos referidos a las personas que padecen restricciones, como son los que se refieren a internaciones, restricción de capacidad, declaración de la curatela del artículo 12 del Código Penal (v. gr., entre muchos otros, ver CSJN, "T., R.A. s/ Internación", voto de la mayoría, Fallo 328:4832; " R., M.J. s/ Insania", Fallo 331:211; "W., M.J. s/ Insania y Curatela", sent. del 21-IV-2015; "B., J.C. s/ Tenencia", sent. 27-VIII-2013, entre muchos otros).

También ese fue el criterio que guio, aun durante la vigencia del anterior Código Civil, a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, la cual ha considerado que las normas sobre competencia requieren ser interpretadas con una perspectiva diferente, observando la Convención sobre los Derechos del Niño. A la luz de estas normas, el eje a tener en cuenta es exclusivamente su "centro de vida", el lugar de su residencia habitual, que constituirá el punto de conexión que fije la correspondiente competencia (S.C.B.A., C. 115.227, sent. del 14-03-2012).

En sentido similar y en un juicio de alimentos, la Corte de la Nación, en función de las características y fines del derecho en debate, admitió que las demandas atinentes a la materia pueden interponerse hábilmente ante el tribunal del lugar donde vive el menor de edad, ya que la eficacia de la actividad tutelar torna aconsejable una mayor inmediación del juez con la situación de ellos. Se consideró que a los efectos de dirimir la cuestión de competencia debía otorgarse primacía al lugar donde los niños se encontraban residiendo (CSJN, "Z., A. M. c. F., D. H. s/ alimentos", sent. del 09-06-2015; del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo. En el mismo sentido, CSJN, "Comp. 237, L XLIX, 'D.P.A.

c/ D., H.R. s/ alimentos”, sent. del 10-XII-2013; “Comp. 122 L XLIX, ‘A.C.G. c/ S.R.H. s/ Inc. cuota alimentaria”, sent. del 7-X-2014).

Como refiere Carnelutti, la competencia puede enunciarse como la “adecuación del juez a la litis”. El juez más idóneo es aquél que puede dictar la “mejor” sentencia, mejora que también la aprecia desde la perspectiva territorial (Francesco Carnelutti, “Estudios de Derecho procesal”, traducción de Santiago Sentís Melendo, Vol. I, Buenos Aires, 1952, págs. 79 a 81).

Sólo el magistrado que tenga proximidad con la persona cuyos derechos se tutelan podrá asegurar el más adecuado cumplimiento de los mismos, en especial cuando se privilegia la oralidad.

La Corte de la Nación expuso, en oportunidad de resolver un conflicto de competencia “Que resulta necesario -incluso en el marco de la resolución de una cuestión estrictamente procesal como la de autos- extremar la salvaguarda del principio de inmediatez en resguardo de los derechos fundamentales de los niños, en procura de su eficaz protección. Por tratarse de ... menores de edad, les asisten todos los derechos y garantías reconocidos en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño -instrumento que posee jerarquía constitucional de acuerdo al artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional-, y en la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 26.061, B.O. 26/10/2005)”. “7) Que resultan de aplicación al sub lite los criterios establecidos en los precedentes de Fallos: 324:2486 y 2487; 325:339; 331:1344 y recientemente en la causa C. 1314.XLIII “R., M. E. s/ protección de persona”, sentencia del 13 de mayo de 2008, en donde el Tribunal remarcó que la eficiencia de la actividad tutelar torna aconsejable una mayor

inmediación del juez de la causa con la situación de los menores y que en base a ésta, correspondía conocer en las actuaciones al juez de la jurisdicción territorial donde se encuentran residiendo efectivamente los niños. (CSJN, “Competencia N° 943. XLIV. S., T. R. c/ E. C., A. s/ medida cautelar. -1- Buenos Aires, 6 de octubre de 2009, considerandos 6º y 7º).

Por consiguiente, en atención a los principios en juego, como son los derechos del niño de autos, cabrá aplicar la nueva normativa en tanto le ofrece una mayor protección privilegiando el más fácil acceso a la justicia en tanto acerca el proceso a los litigantes, favorece el derecho a peticionar y reduce costos (arts. 7 y concs., C.C.C.N. ley 26.994). Por los fundamentos expuestos, conforme se pasa a describir en el punto siguiente y por la entidad de los derechos en debate, anticipo que en el caso de autos se impone declarar la incompetencia.

IV- Surge de estas actuaciones que tanto el niño como sus progenitores viven en la Provincia de Chubut. Aquél lo hace en la ciudad de Esquel, junto a su madre, desde hace algunos años. Si bien no emana de las actuaciones con precisión cuándo se han mudado allí, en verdad es el lugar donde el niño nació y la madre trabaja -se dedica a la venta de productos farmacéuticos- (fs. 1, 2, 7, 29, 201, 235/236). También es donde M. concurre al colegio, asiste a la escuela de sky (fs. 114 a 116 vta) y practica fútbol (fs. 121). También se aprecia que el domicilio real consignado por la progenitora del niño en la copia del poder de fs. 31/32 y el que surge del D.N.I. suyo y el de su hijo (que en copia lucen a fs. 1/2), se ubica en la ciudad de Esquel.

Por otro lado, si bien es lo relevante dónde se encuentra viviendo el niño cuyos derechos se persiguen proteger –y con ello basta para fijar la

competencia en el caso-, a mayor abundamiento, se señala que, su padre, el señor D., reside en la localidad de Gualjaina de dicha Provincia (ver domicilio denunciado en el poder de fs. 12/13 y en la impresión de pantalla de la A.F.I.P. de fs. 145). Todo lo expuesto se corrobora en la página web del Padrón Nacional Electoral a través del link que provee la página web de la Suprema Corte de Justicia provincial, de la cual emana -según informa la Actuaría en este acto- que el señor A. P. D. se domicilia en la citada localidad de Gualjaina y la señora V. F. en la ciudad de Esquel, ambas de la misma Provincia. Cabe agregar que en las actuaciones se aprecia que el señor D. solicita un régimen de visitas y no cuestiona el lugar de residencia de su hijo.

Por consiguiente, el "centro de vida" del niño, acorde a toda la prueba producida y las conclusiones arribadas y lo que no se debate, se encuentra en la ciudad de Esquel. Es allí donde reside. Ello conlleva a sostener que será la justicia ordinaria del fuero de familia de esa Provincia la hábil para entender en estas actuaciones (art. 716, C.C.C.N.).

V- A mayor abundamiento, dable es precisar que de la lectura del mismo proceso se observa cómo la distancia del domicilio de las partes con el Juzgado ha incidido en que la oralidad del fuero de familia de la Provincia de Buenos Aires no permitiera llegar a un acuerdo –se aprecia además que desde el comienzo de la causa las partes no tenían domicilio en esta ciudad-. La solicitud de trámite con la que se abrió la causa por la petición de la señora V. F., articulada con fecha 5 de mayo de 2010, fue suscripta por los letrados (v. fs. 5 y vta.), quienes lo hicieron por poder. Del instrumento público del poder dado a los abogados surge que la actora estaba domiciliada en Esquel al momento de

otorgarlo y que fue dado por un Notario de esa misma Provincia del sur (fs. 31/33). Al dar traslado de la demanda, si bien se denunció un domicilio real del demandado, se informó que allí no vivía (fs. 9 y 10). Se aprecia que ese domicilio, denunciado como real (v. fs. 5), es el de los abogados que luego representaron al accionado (v. fs. 14). A la audiencia con la señora Consejera de Familia se presentaron los abogados de éste, por poder. De dicho poder se lee que fue extendido en la ciudad de Esquel, por un fedatario de esa Provincia, con fecha 7 de noviembre de 2009 (fs. 11/13). Es decir, que ambos litigantes –de cuya unión de hecho nació el hijo M.- a la fecha de la articulación de la solicitud de trámite – que abre el proceso jurisdiccional ante el órgano- estaban domiciliados en la Provincia de Chubut. A la audiencia con la Consejera, como se dijo, no asistieron las partes, sino que fueron los abogados con poder, dejándose constancia que no se llegó a un acuerdo (fs. 14). Fijada una nueva audiencia con la Consejera por el régimen de visitas (fs. 24), a petición de la apoderada del demandado para acordar el régimen de visitas (fs. 23 y vta.) y también por la apoderada de la actora (fs. 25), compareció sólo la letrada de la señora F. (fs. 28). Luego se articuló demanda de alimentos por apoderado (fs. 101/104 vta.). A la audiencia preliminar del art. 842 del Código Procesal Civil y Comercial también asistieron las partes por apoderados (fs. 109) y luego, con fecha 21 de marzo de 2013, se realizó otra a la que concurrieron personalmente las partes (fs. 124). Posteriormente, el día 22 de octubre de 2014 se realizó la audiencia de vista de causa de la que participaron en forma personal ambas partes, con sus letrados (fs. 242 y vta.), dictándose luego la sentencia en los alimentos (fs. 244/ 247 vta.) que viene atacada.

Como se puede apreciar del relato efectuado, las partes comparecieron al proceso en forma personal sólo en dos ocasiones -en una de las audiencias preliminares fijadas y a la audiencia de vista de causa-. Si bien ello no implica haber incumplido con las formalidades que la ley preveía, pues los litigantes pueden ser representados por sus letrados en ciertas ocasiones, lo que en este caso aprecio que pudo haber acontecido por lo apartado del domicilio de ambas con el lugar de radicación del órgano. Ese obstáculo concluye en desvirtuar la especialidad e inmediación del fuero.

Basta pensar en la distancia que existe entre la Ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, con la de Esquel, Provincia de Chubut, que es de 1874 Km. (ver <http://ar.lasdistancias.com>). Es mi parecer que ello ilustra cómo la lejanía puede obstaculizar la prestación de una tutela judicial efectiva (conf. arts. 18, C.N.; 716, C.C.C.N.).

Como refiere el Profesor Roberto Berizonce, hay casos en los que el orden público y el interés general se encuentran comprometidos, aun en el marco del proceso civil. Así, en los procesos de familia, en aquellos que están involucrados derechos de menores de edad y personas con capacidad restringida en general, los jueces deben asumir potestades singulares, desplazándose de la tradicional misión de composición equidistante hacia otra en la que están impelidos de acompañar y asegurar, muchas veces preventivamente, la efectiva operatividad de los derechos de la parte más débil y de tutela privilegiada (autor citado, "El proceso civil en transformación", Librería Editora Platense, La Plata, 2008, pág. 577).

La posibilidad que prevé el artículo 716 referido que una causa se gire a otro juez, cuando se dan las circunstancias para ello si el litigio se vincula al ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, no es más que reconsiderar el concepto de juez natural a la luz de las nuevas exigencias constitucionales y convencionales.

Tanto la Constitución de la Nación como la de la Provincia aseguran a sus habitantes la garantía de ser juzgados por un órgano judicial competente, independiente e imparcial. También ello es garantizado por distintos pactos internacionales de derechos humanos de rango constitucional conforme lo prevé el art. 75, inc. 22 segundo párrafo, de la Ley Fundamental, como es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (art. 26), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 14.1), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.1) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 10), entre muchos otros.

Es lo aceptado –como regla- que el juez que sentenció no puede desprenderse de la causa. Una vez decidido el mérito continuarán ante él lo referido a su ejecución, incidencias, medidas cautelares, concesión de recursos (doct. art. 166, C.P.C.C.). Empero, a los fines de concretar una efectiva tutela jurisdiccional, privilegiando la inmediación, será el juez que más cerca se encuentre de las personas menores de edad quien estará en mejores condiciones de resolver. El más efectivo acceso a la justicia conduce a reformular aquella visión tradicional de la garantía constitucional en vista al más efectivo resguardo de los derechos de las personas menores de edad y en los procesos de familia (art. 716, C.C.C.N.).

Tal cambio de magistrado, e incluso podría ser de proceso si se dirige a otra Provincia, como sería en este caso, no altera la garantía de juez natural. Como la Corte de la Nación ha explicado el alcance de la misma, es la que le asegura a los habitantes del país una justicia imparcial e independiente (Fallos: 17:22; 234: 482; 310:804).

En autos, es el juez de la Provincia de Chubut el que posee dentro de su propio ámbito de actuación territorial mayor cantidad y cualidad de elementos de juicio para llevar adelante la tramitación del pedido fondal, ya que M. tiene su centro de vida en la ciudad de Esquel.

VI- Otra de las reflexiones que entiendo necesaria exponer es que en el caso de autos, el niño M. está percibiendo alimentos provisorios (fs. 14), por lo que el encausamiento de esta causa ante el órgano pertinente no vulnera tampoco sus derechos más fundamentales. No se hubiera podido encaminar formalmente el expediente olvidando la protección del derecho reclamado. Ello pues, aún siendo incompetente un órgano puede llegar a juzgar cautelarmente para lograr la tutela que se pretende (arts. 196 y conc., C.P.C.C.; 15, Const. Pcia.).

Por ello, no siendo los órganos del Departamento Judicial La Plata los hábiles para intervenir en vista a las nuevas disposiciones en vigor, las que por ser de orden público no pueden ser desplazadas por el silencio de las partes, tampoco esta Alzada está en condiciones de expedirse sobre el mérito de lo planteado en el recurso.

Si bien la apelación de lo decidido en la instancia anterior ha abierto la competencia de esta Cámara, no puede entrarse en el mérito de lo decidido sin vulnerar derechos de raigambre superior. Recibida la causa por el juez

competente, en tanto los procedimientos realizados han sido válidos, el magistrado competente estará en condiciones de poder evaluarlos y encausarlos acorde la ley adjetiva de Chubut.

VII- Por último, si bien la regla del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia, cuando se declara la incompetencia extraterritorial y se envía a otra jurisdicción regula el archivo de la causa (conf. doct. art. 352 inc. 1, C.P.C.C.), tal regla en el caso no es aplicable. Así como la Corte de la Provincia no la ha aplicado en cuestiones de orden patrimonial cuando ello implicaría una vulneración a la tutela judicial efectiva (conf. SCBA, Ac. 85.705; Ac. 86.123; Ac. 86.568, todas sentencias del 24-III-2004, Ac. 85.908, sent. del 19-V-2004, entre muchas otras), encuentro que igual solución se impone en el caso por los fundamentos que se desarrollarán.

En el caso de estas actuaciones, el Código Civil y Comercial de la Nación, norma de derecho común, emitida por el Congreso de la Nación, lleva a desplazar al archivo de las causas. En verdad, el funcionamiento de ambas disposiciones –el art. 352 del C.P.C.C. y el art. 716 del C.C.C.N.- gira sobre consideraciones disímiles. El primero, previsto en el caso de hacerse lugar a la excepción de incompetencia, sanciona a quien se ha equivocado de jurisdicción con el deber de articular nuevamente la demanda ante el juez competente cuando éste se encuentre en otra jurisdicción. En el segundo caso, aun habiéndose deducido la demanda adecuadamente, el cambio de la residencia habitual del niño, niña o adolescente durante el proceso, torna incompetente al órgano. No se trata de una causa nueva que debe iniciarse en otro ámbito, sino que es

continuación de la misma. Es un supuesto en el cual la norma procesal se debe adaptar a los nuevos parámetros de ejercicio de las garantías constitucionales.

Por el principio de oficiosidad antes referido (arts. 706, 709, C.C.C.N.), la declaración de incompetencia se impone.

VII- Por consiguiente, de ser compartido este criterio por mi distinguido colega, corresponde declarar la incompetencia territorial de los Tribunales de la Provincia de Buenos Aires. Asimismo, previa notificación a ambas partes, se deberán girar estas actuaciones al Superior Tribunal de la Provincia de Chubut, a los fines que por su intermedio se remita al órgano competente para dirimir esta materia con competencia territorial en la Ciudad de Esquel (art. 716 del C.C.C.N.), lo que debe efectivizarse con la mayor celeridad, una vez que la causa sea devuelta al juzgado de origen (arts. 706, 709, 716, C.C.C.N.; arts. 18, 75 inc. 23, C.N.; 15, Const. Pcia.; 1 inc. d, 2, ley V n° 105 –antes ley 5406–; 87, ley III n° 21 –antes ley 4347–, ambas de la Provincia de Chubut).

Por las particularidades del presente, postulo que las costas de esta alzada se impongan por su orden (art. 68, segundo párrafo, C.P.C.C.).

Voto, por la **NEGATIVA**.

**A LA MISMA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR PRESIDENTE
DOCTOR HANKOVITS DIJO:**

Adhiero al voto de la distinguida Dra. Bermejo.

I.- Liminarmente, cabe afirmar que este Tribunal de Alzada goza de la potestad para observar *ex officio* la concurrencia de los requisitos de admisibilidad de la pretensión y de la oposición, como de la constitución válida de la relación procesal, examinando recaudos previos y condicionantes de la decisión

sustancial que está llamado a emitir de conformidad con los agravios articulados y en donde campea el principio de congruencia (art. 272 del C.P.C.C.), por lo que en la verificación oficiosa de los presupuestos procesales de admisibilidad señalados no hay propiamente **reformatio in pejus** (Conf. La Alzada –poderes y deberes-, J.J. Azpelicueta y A. Tessones, LEP, 1993, pp. 40/41).

II.- A. He de señalar que el principio **iuria novit curia** es un deber de los jueces y no constituye una mera facultad judicial de los mismos (CSJN, Fallos 324:2946).

En ese orden, siendo imperativas las normas de competencia reguladas en el nuevo Código Civil y Comercial, han de ser aplicadas de modo inmediato (arg. arts. 7 y 12 del digesto citado).

Al respecto y sobre tal tópico, nuestro máximo superior Tribunal de la Nación ha decidido recientemente, frente a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación y en orden al principio de aplicación inmediata de las leyes modificatorias de competencia, emplear el criterio de competencia prescripto en dicho ordenamiento (CSJN “G., A S. s/ insania”, sent. del 8-9-2015). Particularmente, juzgó aplicable el art. 716 de ese novísimo plexo jurídico en los procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes, fijando la competencia del juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida, y prescindiendo de reparos formales y del modo en que se planteó la controversia (CSJN “D., L. A. y otro s/ guarda”, sent. del 28-10-2015; consid. 4° y 5°).

B. Así, deviene necesario extremar la salvaguarda del principio de inmediatez en resguardo de los derechos fundamentales de los niños, en procura

de su eficaz protección. Por tratarse de un menor de edad, le asiste todos los derechos y garantías reconocidos en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño instrumento que posee jerarquía constitucional (art.75, inc. 22 de la Constitución Nacional), y en la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 26.061, B.O. 26/10/2005) (conf. CSJN “R., J. c/ M., O s/ tenencia de hijo”, sent. del 30-12-214; consid. 6°).

Resultan también de aplicación al *sub lite* los criterios de la CSJN establecidos en los precedentes de Fallos: 324:2486 y 2487; 325:339; 331:1344 y en la causa C. 1314.XLIII “R., M. E. s/ protección de persona”, sentencia del 13 de mayo de 2008, en donde el Tribunal remarcó que la eficiencia de la actividad tutelar torna aconsejable una mayor inmediación del juez de la causa con la situación de los menores y que en base a ésta, correspondía conocer en las actuaciones al juez de la jurisdicción territorial donde se encuentran residiendo efectivamente los niños.

Dicho Tribunal de la Nación ha expresado igualmente que en los asuntos que involucran a infantes las reglas en materia de competencia deben ser interpretadas a la luz del **"interés superior del niño"** contenido en el artículo 3° de la citada Convención, en tanto dicho interés debe primar en todas las decisiones judiciales, **aún las de índole procesal** como en el caso, que se tomen respecto de aquéllos, criterio al que también ha recurrido la comunidad jurídica internacional con el mismo objetivo (arg. Fallos: 331:1900; 332: 903) (“R., J. c/ M., O s/ tenencia de hijo” cit.; consid. 7°; el remarcado es personal).

En ese orden, no debemos obviar que en la Observación general n° 14 (2013) el Comité de los Derechos del niño, en el Punto I.A.6. de la misma, subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

“a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una **estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales.** Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar

cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos (El resaltado es propio)".

El concepto de interés superior del niño es sí mismo una norma de procedimiento (apartado V.B.85 de la Observación cit.).

En esa inteligencia y, a los fines de resolver la cuestión planteada, opino que el principio rector del interés superior del niño debe constituir una insoslayable pauta axiológica prescripta por la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional que, en las condiciones de su vigencia, resulta adjudicatario de jerarquía constitucional de acuerdo con el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y, por ende, de inexcusable acatamiento y aplicación. A la luz del mencionado tratado, y en el referido contexto cabe privilegiar en una situación como la indicada a los fines de la dilucidación del problema de competencia, al lugar de la residencia habitual del menor. Además, la ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, cuando refiere al aludido principio, señala que éste debe entenderse como la máxima satisfacción, integral y simultánea de derechos y garantías reconocidos en la ley, debiéndose respetar, entre otras cuestiones, el "centro de vida" de los menores (conf. art. 3° inc. f), lo cual entiendo debe prevalecer no solamente en las cuestiones de fondo sino también en materia de competencia. (Conf. CSJN "A., M. S., sent. del 26-3-2008; Publicado en DJ 16/07/2008 , 772 DJ 2008-II , 772).

En ese sentido, es dable poner de manifiesto lo establecido en la Opinión Consultiva n° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en su apartado IX sobre “Procedimientos Judiciales o Administrativos en los que participan los niños. Debido proceso y garantías”, que en su párrafo 98 indica que, “si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías. Así también, en el apartado X “Opinión”, punto 10, establece: “Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a **juez natural – competente**, independiente e imparcial–, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos.” (Remarcado no es del texto original).

En definitiva, “el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en el Título VIII comprensivo de los procesos de familia, delinea reglas directrices en cuanto a la competencia en los procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes. En ese orden, regula el art. 716 del citado régimen normativo que en los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o **que**

modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre los derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida. La noción de centro de vida asigna las causas de esta índole al magistrado que luce mejor posicionado para conocer y resolver en la forma más urgente la problemática de los niños en salvaguarda de sus derechos fundamentales (arg. arts. 3, 9 y 12, Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 1, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y ccdtes. Constitución nacional; arts. 2, 3 y ccdtes., Ley 26.061; art. 3, Dt. 415/2006; arts. 1, 11, 15, 36.2 y ccdtes. Constitución provincial; arts. 4, 5, 6, 7, y ccdtes., Ley 13.298). Y es la misma pauta con que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene la regla atributiva de -competencia *forum personae*.” (SCBA Rc. 120.271, Int. del 7-10-2015 “C. ,M. D. s/Abrigo”. (El resaltado es personal)

C. En ese orden, es un hecho relevante de esta causa, a tenor de lo que se vota, que el niño M al inicio de las actuaciones no tenía domicilio en el Cuidad de La Plata según se advierte de las constancias de autos. En efecto, de la fotocopia del documento de identidad del menor obrante a fs. 2, acompañada para iniciar las actuaciones, se advierte el domicilio del mismo en la ciudad de Esquel (Chubut).

Aun cuando se tomase las directivas del art. 228 del Código Civil vigente al momento del inicio de los presentes obrados, se observa, conforme el poder conferido por el Sr. D a sus letrados, que el acreedor alimentario se domiciliaba en la Cuidad de Guajalina, Provincia de Chubut (fs. 12) ya antes de haberse incoado la pretensión procesal de marras (Poder conferido el 7-11-2009 a fs. cit; planilla de solicitud de trámite con cargo del 5-5-2010, a fs. 5); máxime que

como lo pone de resalto la Dra. Bermejo en su voto, en ésta se denuncia como domicilio real del accionado el que luego se fija como domicilio constituido por la apoderada del mismo, en esta Ciudad de La Plata.

Cabe poner de relieve que el juez de residencia del niño está en mejores condiciones de conocer la realidad económica –y sus necesidades ciertas en las circunstancias concretas- de donde se desenvuelve su vida, de aquél que se encuentra distante del entorno de desarrollo del menor. Por eso aquel magistrado garantiza con mayor efectividad el superior interés de M, destinatario primordial de la tutela jurisdiccional reclamada.

En la búsqueda del equilibrio entre los elementos de la evaluación del interés superior, a fin de responder a su efectivo bienestar y protección (ver apartado V. A. de la Observación general n°14: “Aplicación: la evaluación y determinación del interés superior del niño”) en la situación concreta en estudio, en donde se impone garantizarle un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho vigente (pto. 46 b)), no puedo dejar de meritar que M está recibiendo alimentos por acuerdo de ambos progenitores, lo que debe mantenerse (art. 196, segundo párrafo, del CPCC).

III.- Será pues un juez del lugar donde M tiene su centro de vida el que determine si la cuota ya fijada resulta o no adecuada a las circunstancias concretas de dicho niño, aunque se modifique lo resuelto en otra jurisdicción (art. 716 del CCC), atendiendo especialmente a su superior interés (arts. 3, 9 y 12, Convención sobre los Derechos del Niño).

Voto pues por la **NEGATIVA**.

**A LA SEGUNDA CUESTION LA SEÑORA JUEZ DOCTORA
BERMEJO DIJO:**

En atención al acuerdo alcanzado al tratar la cuestión anterior corresponde declarar la incompetencia territorial de los Tribunales de la Provincia de Buenos Aires para entender en los presentes obrados, debiendo en la instancia originaria, previa notificación a ambas partes, girarse en forma inmediata estas actuaciones al Superior Tribunal de la Provincia de Chubut, a los fines que por su intermedio se remita al órgano competente para dirimir esta materia con competencia territorial en la Ciudad de Esquel (arts. 706, 709, 716, C.C.C.N.; arts. 18, 75 inc. 23, C.N.; 15, Const. Pcia.;1 inc. d, 2, ley V n° 105 –antes ley 5406-; 87, ley III n° 21 -antes ley 4347-, ambas de la Provincia de Chubut).

ASI LO VOTO.

El Señor Presidente doctor **HANKOVITS** por los mismos fundamentos, votó en igual sentido.

CON LO QUE TERMINO EL ACUERDO, dictándose la siguiente:

----- S E N T E N C I A -----

POR ELLO, y demás fundamentos del acuerdo que antecede se declara la incompetencia territorial de los Tribunales de la Provincia de Buenos Aires para entender en los presentes obrados, debiendo en la instancia originaria, previa notificación a ambas partes, girarse en forma inmediata estas actuaciones al Superior Tribunal de la Provincia de Chubut, a los fines que por su intermedio se remita al órgano competente para dirimir esta materia con competencia territorial en la Ciudad de Esquel (arts. 706, 709, 716, C.C.C.N.; arts. 18, 75 inc. 23, C.N.;

15, Const. Pcia.;1 inc. d, 2, ley V n° 105 –antes ley 5406-; 87, ley III n° 21 -antes ley 4347-, ambas de la Provincia de Chubut). **REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA.**

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

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

MARIA FLORENCIA AGUILERA
AUXILIAR LETRADA
Exma. Cámara Segunda de Apelación
Civil y Comercial
La Plata