

Mendoza, 3 de marzo del 2020
Y VISTOS:

Los autos N°1827/18/6F-420/19 caratulados "T. Z. Y C. P. C/ F. A. POR INCIDENTE, llamados para resolver a fs.112.

CONSIDERANDO:

I- En contra de la resolución dictada a fs. 78/79, por la que se rechaza la excepción de cosa juzgada interpuesta a fs. 59/64 apela la demandada. Para decidir el rechazo de la excepción el Juez que nos precedió en el juzgamiento tuvo en cuenta que la causa es un incidente para modificar la tutela de la niña oportunamente discernida a favor de la tía materna cuestión que no implica carácter absoluto en relación a la cosa juzgada como cosa juzgada material- por cuanto la doctrina y la jurisprudencia son contestes en afirmar que en los procesos de familia la inmutabilidad de la cosa juzgada es relativa porque circunstancias que indicaron tomar medidas o resoluciones pueden ser modificadas posteriormente, ya sea por un nuevo proceso o un acuerdo en virtud de la flexibilización del principio de preclusión en la materia.

Agrega que en función de ello no procede la excepción articulada ya que en la materia en trato las resoluciones que se dictan solo hacen cosa juzgada formal pudiendo ser modificadas en tanto varíen las circunstancias de hecho que las motivaron, sin perjuicio de la valoración del orden jurisdiccional respecto de la procedencia de la acción instada.

Argumenta que en materia de familia rigen principios especiales que hacen modificable las situaciones jurídicas cuando puedan haberse modificado la plataforma fáctica concluyendo que la sentencia que otorga la tenencia de un menor no hace cosa juzgada pues tales cuestiones por su naturaleza son modificables en tanto y en cuanto el interés de los menores lo aconsejen o exijan. Cita jurisprudencia de esta cámara en tal sentido inherente a un proceso de modificación de régimen de comunicación.

II- A fs. 92/96 funda su recurso la apelante. Luego de explicar los antecedentes de la presente causa relativos al origen del discernimiento de la tutela a su favor, y referirse al procedimiento cumplido en autos, sostiene que en el caso la excepción de cosa juzgada se funda en que el incidente planteado por los actores (abuelos paternos) pretende modificar y/o cambiar la tutora de P. V. C. F., tutela que se le ha otorgado a su parte (tía materna) mediante sentencia recaída en fecha 07/11/2016, en autos N°45.200/14 y sus acumulados N°44.856 caratulados F. A. POR LA MENOR C. F. P. V. tramitados ante el Primer Tribunal de Gestión Judicial de Familia de la Tercera Circunscripción judicial de Mendoza. Explica que la referida sentencia fue apelada, concedido el recurso y no habiendo los apelantes expresado agravios, interpuso incidente de caducidad el que tampoco fue respondido por los apelantes, no obstante por imperativo del CCYC ya vigente para la época, este cuerpo rechazó el incidente y ordenó fundar agravios, actividad procesal no realizada por los apelantes por lo que finalmente se declaró la deserción del recurso lo que fuera notificado en fecha 13/06/2018. De ese modo, dice, se agotaron las vías recursivas y la sentencia se erige inmutable en tanto el litigio no puede ser planteado nuevamente ante el mismo juez u otro lo que permite asegurar que la sentencia ha pasado en autoridad de cosa juzgada. Se agravia en tanto sostiene que el juez incurrió en un error al considerar que la sentencia dictada por discernimiento de tutela no implica carácter absoluto en cuanto a la cosa juzgada como cosa juzgada material y que, en tanto tal, puede ser modificada por acuerdo o por sentencia, aplicando al caso el principio de flexibilización de la cosa juzgada

material.

Destaca que si bien reconoce que en materia de derecho de familia la apreciación de la cosa juzgada material depende de la naturaleza del proceso (ejemplo guarda, alimentos, régimen de comunicación, filiación) atendiendo a la modificación de las circunstancias consideradas al momento de la sentencia y atendiendo al interés superior del niño, pero no se advierte que el objeto del presente proceso es el cambio de la tutela discernida por sentencia conforme autos ya denunciados. Agrega que el error principal en la sentencia de primera instancia radica en aplicar al proceso de la tutela el mismo principio que rige en otros procesos de familia (guarda, visitas, etc) en tanto la tutela tiene procedimientos especiales previstos en el CCyC para que un tutor pueda ser removido de su cargo, conforme las causales diseñadas y acreditación en juicio de la existencia de éstas.

El resto de la pieza recursiva relata con cierto nivel de detalle la historia de cómo P. llegó a ser su pupila y las diferentes circunstancias agradables y no tanto por las que han pasado, desde el año 2014 en que comenzó la convivencia con la niña hasta la actualidad. Resalta los puntos relativos a la convivencia armónica, interés superior, respeto por el centro de vida y sobre todo seguridad jurídica aportada por la inmodificabilidad de todo pronunciamiento judicial que haya pasado en autoridad de cosa juzgada.

III- Corrido traslado de la fundamentación del recurso a fs. 100/103 la parte actora contesta solicitando su rechazo por las razones que expone a las que nos remitimos en honor a la brevedad.

IV- A fs. 108 toma intervención ante esta alzada el Ministerio Pupilar, quien emite dictamen a favor del rechazo del recurso de apelación.

V- A fs. 110/11 dictamina el Ministerio Público Fiscal quien aconseja se rechace el recurso deducido, por los motivos que esgrime, a los que también remitimos brevitatis causa.

VI- Adelantamos nuestra opinión favorable a la procedencia del recurso intentado. De la compulsa de los autos venidos AEV en los que tramitó el discernimiento de la tutela y algunos otros incidentes relacionados con la cuestión principal, se desprende que P. fue pasando por diferentes situaciones fácticas que adquirieron calificación jurídica a través de los pronunciamientos judiciales, varios de ellos provisorios y variables, por lo tanto mutables, hasta el momento en que la Sra. Juez del Segundo juzgado de familia de la tercera circunscripción (hoy primer tribunal de gestión judicial) dictó sentencia definitiva otorgando la tutela de P. V. C. F. a su tía materna, A. F., decisión que fue firmemente acompañada por la Sra. Asesora de Menores. Dicha sentencia fue apelada por los abuelos paternos de P., quienes se han disputado a lo largo de este tiempo y desde el fallecimiento de la madre y el padre de la niña, el ejercicio de la responsabilidad parental. Como explica la ahora apelante, los Sres C. y T.e apelaron el discernimiento de la tutela pero su recurso fue declarado desierto por falta de expresión de agravios, lo q denota falta de interés en la modificación del fallo.

La presente demanda se insta como incidente de modificación de tutor, figura jurídico procesal inexistente, puesto que una vez discernida la tutela el modo de "modificar el tutor" es a través de los mecanismos que establece la ley para removerlo. La tutela es una función confiada a personas físicas. La regla para su ejercicio es la capacidad. Por ende, el art. 110 del CCyC establece una serie de inhabilidades para la administración de los bienes del tutelado que generan la remoción del tutor y la nulidad del acto si son advertidas posteriormente por el juez de la tutela. Entre las inhabilidades mencionadas, podemos advertir algunas de orden ético (incs. C, e, f, i, y k), personas inhabilitadas, personas declaradas incapaces o personas con capacidad restringida (inc. j), por razones que no garantizan una buena administración (incs. a,b, y d), o porque

medién conflictos de intereses entre los representados y los posibles tutores (incs. g, y h). Todos estos supuestos generan una falta de idoneidad en la persona que la convierten en inadecuada para el ejercicio de la tutela. De mediar alguna de estas circunstancias, las personas legitimadas para plantearlo, deben instar el correspondiente juicio de remoción del tutor. Ahora bien, esta organización normativa con cierto nivel de rigidez que se prevé para la tutela, no es de aplicación a otras figuras jurídicas también relacionadas con el ejercicio de la responsabilidad parental: guarda, cuidado personal, régimen de comunicación, figuras todas ellas que admiten, como lo ha referido el juez en su sentencia, modificaciones si se altera la situación fáctica que le dio origen, sin que la norma de fondo a diferencia de lo que ocurre con la tutela- haya previsto el modo en que puedan ser objeto de modificación, imperando en las primeras el principio de flexibilización y relativización de la cosa juzgada en función de la naturaleza de cada una. Nótese que en todos los antecedentes jurisprudenciales citados por el juez en la sentencia, por los representantes de los ministerios públicos en su dictámenes y por los actores, se refieren a otras figuras que implican el ejercicio de la responsabilidad parental (guarda, cuidado etc.,) pero ninguna se refiere a la tutela. En rigor, en el caso resulta evidente que los incidentantes pretenden con este proceso "volver" a discutir el discernimiento de la tutela en cabeza de la Sra. F., lo cual, sin lugar a dudas lo convierte en un claro caso de cosa juzgada. Siendo ello así, y no compartiendo por los motivos dados, lo dictaminado por las representantes de los ministerios públicos, corresponde revocar la sentencia apelada y emitir nuevo fallo. Es por ello que se hará lugar al recurso intentado modificándose la decisión sobre la excepción previa y la correspondiente imposición de costas contenida en la resolución impugnada.

VII.- Las costas de alzada se impondrán a los apelados vencidos. (arts. 35 y 36 del C.P.C.C.y T.)

Por ello el Tribunal,

RESUELVE:

1- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 81 en contra de la resolución dictada a fs. 78/79, la que se modifica en sus dispositivos II, III y IV, que quedan redactados como sigue: **II.- Hacer lugar a la excepción de cosa juzgada interpuesta por la demandada, en consecuencia, procédase al archivo de la presente causa. III.- Imponer las costas a los actores vencidos. (arts. 35 y 36 del CPCCyT). IV. Regular los honorarios profesionales de la Dra. Liliana De Arriba en la suma de pesos once mil ochocientos dos con 14/100 (\$11.802,14) y los de la Dra. Florencia Adaro en la suma de pesos ocho mil doscientos sesenta y uno con 50/100 (\$8.261,50) de conformidad con lo dispuesto por los arts. 3, 9 bis i.6) y 14 de la ley 9.131 .**

2- Imponer las costas de alzada a los apelados vencidos.

3- Regular los honorarios profesionales de la Dra. Liliana De Arriba en la suma de pesos ocho mil ochocientos cincuenta y uno con 60/100 (\$8.851,60) y los de la Dra. Florencia Adaro en la suma de pesos ocho mil cincuenta y cinco con 60/100 (\$8.055,60) de conformidad con lo dispuesto por los arts. 3 y 15 de la ley 9131 y art. 33 inc. III del CPCCyT.

NOTIFIQUESE y REMITANSE A ORIGEN.

<i>Dra. María Delicia Ruggeri</i> <i>Juez de Cámara</i>	Dr. Germán Ferrer Juez de Cámara	Dra. Estela Inés Politino Juez de Cámara
--	-------------------------------------	---