En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de mayo del año dos mil dieciséis, reunida en acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dra. Graciela Mercedes García Blanco, y asistencia del Sr. juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"M., J. E. c/ L., V. L. s/ CUSTODIA", expte. nro. 23/16,** venidos del Juzgado de familia nro. 2 (expte. nro. 248/15), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 238), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 206/208vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

La sentencia definitiva nro. 150/2015 dispuso: hacer lugar a la demanda, y rechazar la reconvención formulada por la demandada, decretando el cuidado personal unilateral de manera exclusiva de la niña L. B. M., a cargo de su progenitor J. E. M., .

Instar al progenitor a acreditar en autos el cumplimiento de un espacio terapéutico a favor de su hija L. B. M.. Imponer las costas del presente a la demandada (fs. 206/208), vino cuestionada por la madre de la niña, a fs. 214.

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

Presentó memorial de agravios a fs. 220/224; esencialmente señala que se priva a la niña del apoyo emocional, orientación y amor que puede brindarle la Sra. L. en un momento crítico de su desarrollo.

Como segundo agravio expresa que la jueza *a quo* no encontró fundamento para apartarse de lo decidido en

marzo de 2015 por ser la misma situación, no obstante los reiterados pedidos de obtención de mantener contacto con la hija que fueron rechazados.

Hace hincapié en lo dispuesto en el art. 652 del Código Civil que no tuvo fluida comunicación con la hija.

Señala que fue postergada la audiencia del 8-82015 a solicitud de la Sra. L.; ello es falso y la declaración de M., también.

El Sr. M. obstruye el reintegro y la revinculación madre e hija.

Como tercer agravio señala que no se cumple con la protección del interés superior del niño porque la hija ha manifestado telefónicamente a su madre su angustia por no tener contacto.

Cuarto agravio: la imposición de las costas que fueron impuestas a la demandada, conculcando la garantía constitucional prevista en el art. 17 de la CN de sobrevivir de manera digna.

Los agravios fueron contestados a fs. 227/229.

La sentencia tuvo en cuenta lo manifestado por la niña en el marco de la audiencia según lo dispuesto en el art. 12 de CDN. Agrega que el fallo expresamente dice que es sin perjuicio de establecer un régimen de contacto y comunicación amplio entre la niña y su progenitora. Hace mención a los informes del equipo técnico que acreditan la situación de riesgo e incluso el audio avala lo dicho.

La jueza *a quo* específicamente resolvió el objeto de la acción que son los cuidados personales por cuanto no puede excederse de ese marco, en tal caso deberá solicitarse un régimen de comunicación.

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

Análisis:

Abordaré en forma conjunta los agravios de la actora.

En el memorial de agravios señala el deseo de mantenerse en contacto con su hija, y referencia sus

posibilidad de dar amor, pero olvida: "...con relación a los niños, niñas y adolescentes como verdaderos sujetos de derecho y es que debe primar -en toda decisión judicial a la que se arribe respecto de los mismos- su interés superior (art. 3.1, Convención sobre los Derechos del Niño)". Es sabido y así lo reconoce la apelante en su memorial, que si bien debe darse primacía a la autodeterminación de los niños para opinar sobre cuestiones que los conciernen y los involucra, existe un límite a ello: la configuración de un interés contrario que válidamente justifique el apartamiento de tal manifestación, lo que no emerge fundamento alguno para desoír las manifestaciones de la niña, ante la ausencia en autos de pruebas que hagan suponer una situación diversa. Más aún, el juez debe tener en cuenta las manifestaciones de los niños y deseos, cuando estos son el producto de una autónoma y libre expresión como ocurrió en la especie.

No pueden atenderse en esta alzada argumentos conjeturales, mucho menos los que se apartan de la decisión que no fueron parte de ella. El objeto de la litis fue claramente expuesto a fs. 25 y vta. (la guarda y custodia de la hija). Existe un informe preliminar a fs. 31/32 con relación a la cautelar solicitada y acordada a fs. 34.

La apelante a fs. 52 peticionó suspensión de término lo que fue concedido, no he de dejar pasar esta circunstancia toda vez que el memorial de agravios no puede fundarse en falacias. El concepto de "agravio" y "argumento" que obliga a remitir a lo dicho por la Excma. Suprema Corte, cuando ha sostenido que debe diferenciarse el concepto de "agravio" del de "argumento".

La Excma. Suprema Corte, tiene dicho que debe ser considerada "agravio" toda crítica dirigida a las denominadas "cuestiones esenciales", que son las que hacen a la estructura de la litis y su esquema jurídico. Que sin su consideración no sería posible resolver el caso planteado. Va de suyo que su tratamiento es

obligatorio para la alzada. En cambio, debe entenderse como "argumento" toda mención efectuada por la parte apelante destinada a sostener su posición, pero que no se refiere a las ya citadas "cuestiones esenciales". Los argumentos no son de tratamiento obligatorio en segunda instancia (SCBA Ac 32953 del 12VI-84, Ac. 42311 del 31-X-89, Ac. 43836 del 20-XI-91, Ac. 43658 del 17-III-92, Ac. 50762 del 7-III.95, Ac. 54992 del 19-X-96, Ac. 67337 del 1-VII-97; CALZ, Sala
I, Reg. Sent. Def. 92-93, 116-94, 272-93, 48-96, 12693, 32-90, 35-96, 159-96, 45-00 y otros).

Tales cuestiones esenciales son esas que, según las modalidades del caso, resultan necesarias para la correcta solución del pleito y vienen constituidas por puntos o capítulos de cuya decisión depende directamente el sentido y alcance del pronunciamiento y que -por su naturaleza- influyen preponderantemente en el fallo, las vinculadas a la dimensión cuantitativa del objeto de la pretensión (SCBA. Ac. 21917, DJBA T III, pág. 15, ídem Ac. 35221 "Ramos de Pagella c/ Escot", 22-4-86).

Pretende introducir como argumentos cuestiones ajenas que no constituyen las esenciales y lo que es más grave aun, desconoce las etapas precluidas.

Conforme señalara al inicio del presente, la niña fue oída, así como en esta alzada, y considero que se ha cumplido con los mandatos legales respecto del interés de la misma sin que la apelación interpuesta y sus memorial consigan conmover la decisión de grado que confirmo.

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

En cuanto al agravio sobre la imposición de las costas:

Sostengo que las costas son el corolario del vencimiento y no se imponen como una sanción, sino para resarcir las erogaciones que debió efectuar una de las partes con el fin de lograr el reconocimiento de su derecho. En tal marco el vencimiento se obtiene cuando una de las partes logra del órgano jurisdiccional la

protección jurídica de sus pretensiones frente al adversario.

Dice Palacios, con criterio que comparto, que la parte vencida es aquella que obtiene un pronunciamiento judicial totalmente adverso a la posición jurídica que asumió en el proceso (“Dcho. Proc.”, TIII, p.369). Y en tal dirección, es la demandada, quien obtuvo un pronunciamiento judicial totalmente adverso a la pretensión del actor, de modo que puede predicarse que resultó vencida en el pleito.

Si bien el art. 69, Ley XIII nro. 5 autoriza al tribunal a eximir de costas al vencido cuando “encontrare mérito para ello”, el apartamiento del principio objetivo del vencimiento y la consiguiente exención de costas al vencido se justifica sobre la base de circunstancias objetivas y muy fundadas, que tornen manifiestamente injusta su posición al perdedor en el caso particular (Loutayf Ranea, “Condena en costas en el proceso civil”, Astrea-1998, pág. 75). Como toda excepción debe ser interpretada restrictivamente me estoy refiriendo a la eximición en las costas propugnada y sobre la base de circunstancias objetivas y muy fundadas que demuestren la injusticia de aplicar el principio general de imposición al vencido.

Existió una razón fundada para litigar, el actor accionó sobre la base de una convicción razonable acerca del derecho invocado en el litigio. No se trató de una mera creencia subjetiva del litigante en orden a la razonabilidad de su pretensión, sino la existencia de circunstancias objetivas que han demostrado la concurrencia de un justificativo suficiente. Al contemplar el código de procedimiento distintas excepciones algunas impuestas por la ley y otras libradas al arbitrio judicial, tal como lo dispone el art. 68 en su párr. 2do., CPCCCh (actual art. 69 CPCCCh del DJ Pcia. del Chubut), norma que importa una sensible atenuación al principio general al acordar a los jueces un marco de arbitrio, que debe ser ponderado en cada

caso particular y siempre que resulte justificado el apartamiento.

En el caso el derecho del reclamante no ha quedado desprovisto del respaldo jurisdiccional, todo lo contrario, por su parte la demandada no ha planteado justificación para viabilizar la eximición o la proporcionalidad, la mera mención en su memorial que resultan agraviantes a su patrimonio, sin ningún respaldo a su postura, sobre todo teniendo en cuenta que en la jurisdicción se cuenta con patrocinio gratuito, no ameritan la excepción pretendida, por lo que rechazo el agravio.

Las costas de la alzada las impongo a la apelante vencida, con los mismos argumentos expuestos en el considerando precedente. Difiero la regulación de los honorarios de letrados actuantes al momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Propongo:

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

1) Rechazar los agravios de la demandada apelante. Confirmar la sentencia venida en crisis.

2) Costas de la alzada a la recurrente vencida. Diferir la regulación de los honorarios de los letrados actuantes al momento del Acuerdo.

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación que contra la sentencia de grado interpusieran la parte demandada reconviniente (fs. 214, agravios fs. 220/224). El traslado del mismo fue contestado por la contraria (fs. 227/229). Se dio cumplimiento con las previsiones establecidas por el art. 130 del la Ley III N° 21 del Digesto Jurídico provincial (fs. 225 y 231). Obra contestación de la vista que fuera corrida a la Sra. Asesora Civil de Familia e Incapaces (fs. 233).

I. Antecedentes:

En breve síntesis, diré que el Sr. J. E. M. promovió formal demanda sumaria por la tenencia de su hija menor L. B. M., contra la madre de la niña Sra. V. L. L..

Solicitó medida cautelar de guarda provisoria, la que le fue otorgada en oportunidad. Ofreció prueba. Reservó el caso federal. A su turno, contestó demanda la accionada, oportunidad en la que reconvino por tenencia. Se opuso a prueba. Ofreció prueba. Contestó demanda el reconvenido. Se proveyó la prueba ofrecida. Se llevó a cabo la audiencia de vista de causa. Pasaron los autos para resolver.

El fallo de primera instancia hizo lugar a la demanda y rechazó la reconvención formulada por la demandada, decretando el cuidado personal unilateral de manera exclusiva de la niña L. B. M., DNI N° 45.106.137, a cargo de su progenitor J. E. M., D.N.I. 25.280.969, conforme los considerandos respectivos. Instó al progenitor a acreditar en autos el cumplimiento de un espacio terapéutico a favor de su hija L. B. M.. Impuso las costas a la demandada. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

II. Análisis de los agravios:

Contra el decisorio se alzó la demandada reconviniente. Fundamentó sus agravios en que lo decidido no garantiza el sistema de vínculos afectivos de la menor con su progenitora, no existe distribución igualitaria de los tiempos de permanencia de la menor con uno y otro progenitor al no establecerse un régimen de parentalidad provisorio, que no exista indicador para apartarse de la situación de hecho existente, y en la forma en que fueran impuestas las costas.

Es entonces que, adentrándome en el tratamiento de la cuestión traída a mi análisis, acostumbro recordar en mis votos que no es preciso que el tribunal considere todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, ni en el orden en que son propuestos, bastando que se lo haga únicamente respecto de aquellos que resulten esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo de la causa. Tal como lo ha establecido el más alto tribunal federal, los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los

argumentos de las partes, sino solo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (CSJN, Fallos, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros).

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

Así, cuando se realiza una confrontación de las piezas probatorias, es posible advertir cuál o cuáles ofrecen mayor grado de verosimilitud, cuál o cuáles exhiben mayor fuerza de credibilidad. Todo ello, por supuesto, es el resultado de un análisis en el cual se aprecian las piezas probatorias en sí mismas y en su relación con los demás. Emerge así un saldo. Este saldo precisamente es el que determina la selección de las pruebas y que, a la vez, lleva a su apreciación, entendida como la actividad intelectual que realiza el juzgador para determinar la fuerza probatoria relativa que tiene cada uno de los medios de prueba en su comparación con los demás, para llegar al resultado de la correspondencia que en su conjunto debe atribuirles respecto de la versión fáctica suministrada por las partes. La sana crítica se sintetiza en el examen lógico de los distintos medios, la naturaleza de la causa y las máximas de experiencia (*cf*. FenochiettoArazi, "Código Procesal (...)", tomo II, página 356). El examen lógico conduce a ciertos principios de su ámbito.

En tal sentido, los medios probatorios deben ser apreciados por el juzgador con criterio amplio y flexible, ello atento a la especial naturaleza que caracteriza al proceso de familia y el carácter mutable de las cuestiones propias en las que se enmarca el mismo.

Así, se queja la recurrente en tanto el cuidado personal de la niña L. B. M. ha sido otorgado en forma unilateral al progenitor, sosteniendo que ello no es lo más apropiado para la menor en tanto no se garantizan los vínculos afectivos entre ambas, agraviándose asimismo por el hecho de que se consolide la situación de hecho existente desde marzo de 2015, no

estableciéndose en el decisorio un régimen de parentalidad provisorio. En punto aparte cuestiona la imposición de las costas.

Adelanto entonces que, con el fin de lograr un orden en el tratamiento de los distintos aspectos que son objeto de agravio en el marco de la impugnación formulada por ambas partes, habré de abordar los mismos en forma conjunta, lo que se encuentra justificado por la identidad y conexidad que guardan entre sí, y en atención a los principios de celeridad procesal y seguridad jurídica (LS 320- 217; 349-39; 347-193; 347209; 345-154; 347-197 entre otros).

Recuerdo aquí que la flamante legislación civil introduce el concepto del cuidado personal de los hijos (art. 648), el que implica a su vez deberes y facultades para los progenitores. El mismo, derivado de la responsabilidad parental, se vincula estrictamente con la protección de los derechos en el desarrollo de la vida diaria de los hijos, es decir involucra los pequeños actos de su vida cotidiana, que pueden ser desde luego de diversa índole. Establece el CCyC dos clases de cuidado personal (art. 649), ello en el caso en que los progenitores no convivan, caso en que aquél puede ser asumido por uno o por ambos progenitores. En este último supuesto, cuando es compartido, puede llevarse a cabo en la modalidad indistinta o bien en la alternada. Tal la letra del art. 650, en el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.

Ahora bien, no debe desatenderse que la responsabilidad parental y cuidado personal representan dos cuestiones íntimamente ligadas, pero a la vez diferentes, desde que este último, de algún modo se constituye como antes dije, en una figura derivada de

aquella, si se emplean los precisos términos del CCyC. Luego, y en su faz práctica, el cuidado personal se traduce en la participación diaria por parte de uno o ambos progenitores en la vida del menor. Hago aquí un paréntesis para resaltar que he venido sosteniendo, en sintonía con autorizada doctrina, que lo más apropiado para la vida y el desarrollo del niño es que ambos lo hagan, vale decir, no me caben dudas de que la modalidad de cuidado personal compartido es la más

beneficiosa, ello siempre y cuando sea posible en resguardo del mejor interés del menor.

Más, a no dudar que, independientemente de la clase de cuidado personal que sea acordado o fijado por sentencia judicial, ambos padres ostentan la titularidad de la responsabilidad parental, integrada por el conjunto de deberes y derechos sobre la persona y bienes de los hijos, para su protección, formación y desarrollo integral, salvo que alguno de ello o los dos sean suspendidos o privados de la misma, o sea esta delegada en persona distinta de aquellos, en los casos en que la legislación lo contempla, lo que claramente aquí no ha sucedido.

Entonces, me da la impresión de que la apelante confunde las cuestiones a que me he referido, ello desde que pretende dar fundamento a la queja en que el decisorio no garantiza el respeto por el sistema de vínculos afectivos de la menor con la progenitora. Al respecto, debe saber que no existe sentencia judicial que posea entidad suficiente para alterar la relación afectiva de una madre y una hija, sino que lo que de común arroja ese resultado es el conjunto de interferencias intersubjetivas entre ambas,

verbigracia, los caracteres de la relación humana entre ambas, la que debe caracterizarse por el cariño, la protección, el acompañamiento, etc.

Es que la sentencia dictada en autos de modo alguno restringe la normal comunicación entre la progenitora y la niña; por el contrario, se decreta allí un régimen amplio, que por lógica es el que se muestra como más continente de la relación y el debido contacto filial. No advierto así que la sentencia prive a la progenitora o bien restrinja su posibilidad de dedicarse a su hija menor, por el hecho de que el cuidado personal sea unilateral, si es lo que en realidad pretende.

Bien pues, si el conflicto se enmarca en problemática vinculada al debido contacto, como lo deja traslucir a los largo de sus agravios, entonces existen otras vías para compeler al progenitor para que lo asegure, inclusive y en extremo, bajo apercibimiento de revisar lo decidido en relación con el cuidado personal. En relación con ello, y atendiendo a las características del proceso, corresponde sin embargo resaltar lo decidido al respecto, es decir, dejar suficientemente claro que se ha dispuesto un régimen de contacto y comunicación amplio entre la niña y la progenitora, estando en cabeza del progenitor, a quien se ha otorgado el cuidado personal, el permitir el mismo (arts. 555 y 557 del CCyC, aplicables al presente).

Por lo expuesto, es evidente que nada tiene que ver aquí la referencia a los sucesivos pedidos de restitución que argumenta como agravio la apelante, ello desde que la cuestión ha sido zanjada aquí mediante el decisorio que resuelve lo relativo al cuidado personal. Se rechazan los agravios.

En punto aparte, como dijera, critica la recurrente lo resuelto en torno a las costas. En rigor de verdad, puede afirmarse que el escaso planteo, meramente dogmático, bordea la senda de la deserción, mas, independientemente de ello, cierto es que no tiene asidero que resulte idóneo para conmover lo dispuesto en el decisorio de la instancia de grado. Ello así, el

principio general imperante en nuestro código de rito establece que las costas del proceso han de ser impuestas al vencido (art. 69 CPCCCh), y no advierto razón alguna que implique apartarse del mismo, razón por la que el agravio sobre el particular será igualmente rechazado.

Resta resolver lo atinente a las costas de esta alzada, las que por los fundamentos expresados habré de imponer igualmente a la demandada reconviniente apelante por el principio objetivo de la derrota (art. 69 CPCCCh). Difiero la regulación de honorarios para el momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Por lo expuesto, y de compartirse mi voto, propongo al acuerdo la siguiente fórmula:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada reconviniente Sra. V. L. L., confirmando la sentencia de grado en todas sus partes.

2) Las costas de esta alzada se imponen a la apelante vencida (arts. 69 CPCCCh).

3) Diferir la regulación de honorarios para el momento del acuerdo.

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

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada reconviniente Sra. V. L. L., confirmando la sentencia de grado de fs. 206/208vta. en todas sus partes.

2) Costas de la alzada a la apelante vencida.

3) Regular los honorarios profesionales de las Dras. R. O. y L. M., conjuntamente, en el treinta por ciento (30%) y de la Dra. C. E. C. en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse vacante un cargo de juez de Cámara y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5DJ, Anexo A).

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Juez de Cámara

GRACIELA MERCEDES GARCIA BLANCO
Presidenta

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2016
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "F"

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara