000574/2016

Comodoro Rivadavia, de febrero de 2017.**VISTOS Y CONSIDERANDO**:

Estos autos caratulados: **"M., C. A. c/ A., A. N. s/ INCIDENTE", Expte. N° 574/2016,** venidos del Juzgado de Familia N° 2 (Expte. N° 488/2016), por haber interpuesto la parte actora a fs. 74/75vta., recurso de reposición con apelación en subsidio contra la providencia de fs. 73 que no hace lugar al hecho nuevo denunciado.

A fs. 76, se rechaza el recurso de reposición y se concede el de apelación, en relación y con efecto suspensivo.

I.- Se agravia el recurrente porque la jueza rechazó el hecho nuevo alegado con fundamento en la existencia de identidad entre los hechos y la denuncia efectuada en autos: "M., C. A. c/ R., D. s/ Violencia Familiar" Expte. N° 754/2016.- Sostiene que no existe identidad de los hechos porque la finalidad es distinta, toda vez que acá se discute el cuidado personal compartido alternado de los niños; la denuncia de violencia familiar es contra una persona distinta a la aquí demandada. Expresa que el hecho invocado hace a su legítimo ejercicio de derecho de defensa y es conducente al esclarecimiento de la verdad jurídica, solicitando su sustanciación.

Corrido traslado, la demandada contesta a fs. 77 y vta., considera que la jueza no puede considerar en el presente trámite sumario los hechos denunciados en otras actuaciones sin correrle traslado a fin de ejercer su derecho de defensa, toda vez que la

medida a que hace referencia fue tomada sin bilateralización.

A fs. 86, contesta vista la Sra. Asesora de Familia y concluye que el hecho nuevo invocado debe ser admitido.

II.- En primer lugar, es dable señalar que reiteradamente esta Cámara ha sostenido que "El Tribunal de Alzada es el Juez del recurso y él determina en definitiva su admisibilidad, formas y efectos, mientras no se haya consentido la sentencia o la denegatoria del recurso. La competencia de Alzada es de orden público y las prescripciones del Código de Procedimientos sobre el régimen de los recursos, imperativos porque se vinculan a la estructura de los procesos y la naturaleza de los tipos de resolución judicial (…)" (Colombo: Cód.Proc.Civ., 4ta.Ed.act., T.I, pág. 451, art.276).

Dichas conclusiones, sólo reafirman que es potestad de esta instancia todo lo relativo a la admisibilidad, formas y efectos de los recursos.

Establecido lo anterior, se observa que en la instancia de grado se concedió a fs. 76, en relación y con efecto suspensivo, el recurso de apelación interpuesto y a fs. 79 se ordenó la elevación a esta instancia, en abierta violación a la expresa disposición legal del art. 370 2° párrafo del CPr., que lo ordena en efecto diferido.

No obstante ello, y en un todo de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia que dice que si el recurso ha sido tramitado inmediatamente a su interposición –por más que correspondiere en efecto diferido-, se ha elevado el expediente a la alzada, y

el tribunal de apelaciones se encuentra en condiciones de hacerlo, por razones de economía procesal corresponde que el tribunal resuelva el recurso, (Cfme. Roberto Loutayf Ranea: "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", Tomo 2, pag. 37,
Astrea; CNCiv., Sala C, 12/2/70, LL, 139-776, 24.146S).

III.- Adentrándonos al tratamiento del recurso, cabe señalar que se denominan hechos nuevos al conjunto de sucesos que ligados inescindiblemente al planteo introductivo y siendo conducentes, acaecen o llegan a conocimiento de las partes con posterioridad a dicho planteo.

El artículo 360 del C.Pr. no contiene pautas específicas sobre qué hechos deben ser considerados como nuevos, sólo contiene una pauta temporal: hechos nuevos posteriores a la oportunidad prevista en el art. 369 del mismo ordenamiento.

Es decir, que la procedencia del hecho nuevo está sujeta a las siguientes condiciones: tiene que haberse producido o haber llegado a conocimiento de la parte con posterioridad a la oportunidad fijada por el artículo 369 en relación al procedimiento de primer grado y debe tener relación con la cuestión que se ventila.

Así, el recurrente denuncia como hecho nuevo que su hijo Juan Pablo de 7 años es víctima de violencia, circunstancia que fue puesta en su conocimiento por las autoridades de la Escuela N° 43 fs. 69/70vta.- Acompaña Acta N° 263/16 suscripta por la Directora del establecimiento educativo informando que el niño se portó mal y vino a retirarlo su padrastro Daniel y al subir al auto lo golpeó en el ojo. Asimismo

acompaña Acta N° 111/16 de la denuncia policial ante la Comisaría de la Mujer contra el Sr. R. y certificado médico del Dr. G. –pediatra- que constata la lesión (fs. 64/67). Expresa que la progenitora al momento del hecho se encontraba en la ciudad de Buenos Aires sin que le hubiera dado aviso a él de tal ausencia. Concluye que la violencia ejercida sobre el niño no solo provino de la conducta del Sr. Rodríguez sino también de la omisión de cuidados de la demandada quien consintió el castigo físico y justificado su origen.

El análisis del caso concreto permite señalar que en el escrito inicial, el actor demanda a la Sra. A. –progenitora- y solicita el cuidado personal compartido con la modalidad alternada de sus cuatro hijos el 5 de julio de 2016 –fs. 40/43vta.

Nótese que el hecho tiene relación con la cuestión controvertida en la causa, pues se trata del cuidado personal que debe tener la progenitora respecto de sus hijos.

Ello así, en la especie se cumple el presupuesto indispensable relativo a la oportunidad y relación que debe existir entre el hecho nuevo y el objeto del proceso.

En este orden de ideas, desde la doctrina se ha sostenido "… de los arts. 163, inc. 6°, 2° par., 331 y 365 del Cód. Procesal, se desprende que pueden alegarse como hechos nuevos, hechos que operan (o que se encuentran vinculados con la cuestión que se debate) como prueba de los hechos precedentemente afirmados por las partes en sus correspondientes escritos de demanda, reconvención y sus contestaciones, y hechos que de por sí constituyen, modifican o

extinguen ya directamente la materia de discusión" (CFr. Kielmanovich, Jorge L. "Hechos nuevos (a propósito del artículo 365 del Código Procesal, Civil, Comercial de la Nación)", LL 1987 D, p. 878).

Finalmente no podemos soslayar, como bien señala la Sra. Asesora, los principios generales que impregnan los procesos de familia, relativos a la amplitud, flexibilidad y libertad de la prueba y que hoy tienen expresa recepción en el Código de fondo (arts. 706 y 710).

En función de lo expuesto cabe hacer lugar al hecho nuevo denunciado por resultar vinculado respecto de la cuestión que se ventila y revocar lo decidido por la jueza a fs. 73.

IV.- Las costas de esta instancia se imponen por su orden (art. 69 del C.Pr.).

A los fines de la regulación de honorarios se tendrá en cuenta los trabajos realizados, el resultado obtenido, el mérito de la labor profesional y lo dispuesto en los arts. 5, 6, 6bis., 13, 32 y ss de la ley arancelaria.

Por ello, la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, **R E S U E L V E:**

1°) Hacer lugar al recurso de apelación en subsidio interpuesto por el actor a fs. 74/75vta. y revocar la providencia de fs. 73.

2°) Hacer lugar al hecho nuevo denunciado a fs. 69/70 por la parte actora, debiendo sustanciarse en la instancia de origen.

3°) Costas de ésta instancia por su

orden. Regular los honorarios profesionales de la Dra. Irene Carrizo en la suma equivalente a TRES (3) JUS y los de los Dres. H. G. Á. y C. C. D., conjuntamente, en la suma equivalente a DOS (2) JUS.

4°).- Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2017

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS