En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de diciembre del año dos mil diecisiete, 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 de su titular, Dra. Silvia Noemí Alonso, y asistencia de los señores jueces de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"B., P. M. c/ C., M. A. s/ CUIDADO PERSONAL", expte. nro. 437/2017**, venidos del Juzgado de Familia N° 2 (expte. nro.478/2016), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 146), correspondió el siguiente orden para la votación: Julio Antonio Alexandre, Dr. Fernando Nahuelanca y Dra. Silvia Alonso.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 102/104 vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

La sentencia de fs. 102/104 vta. que rechaza parcialmente la demanda y hace lugar parcialmente a la reconvención, cargando las costas sobre la actora, es apelada por las partes. La representante oficial de la actora lo hace a fs. 107 y de conformidad con los argumentos que brinda a fs. 116/119 y que le son rebatidos por la representación de la demandada a fs. 127/128 y ésta expresa agravios a fs. 120/125. La vista del art. 131 de la ley III-21 es contestada por la Asesora de Familia en representación complementaria de la menor a fs. 143/143vta., sosteniendo el fallo y finalmente se da cumplimiento a lo ordenado en el art. 130 del mismo texto legal, tal como surge a fs. 137 y 140.

Toda las dudas que pudieran provocarle a la actora la primera parte del resolutorio en cuanto a la suerte de sus pretensiones, se diluyen completando la lectura

del artículo primero del decisorio, de allí que mal puede sostenerse incongruencia cuando en realidad solo vale el reproche en cuanto a la falta claridad absoluta en cuanto al alcance de ambos decisorios ya que lo fueron de modo parcial al decidirse, por razones fundadas en los considerandos, que el régimen de alternancia se desarrollará teniendo por residencia principal el domicilio paterno, tal como lo solicitaba la actora y lo rechazaba la reconvincente. Se advierte en cuanto al punto ya que sin duda tal circunstancia que influye en las motivaciones y alcance de la condena en costas y estimación de honorarios, ha sido tenido en cuenta por la sentenciante.

Que si bien los informes del Equipo Técnico Interdisciplinario de fs. 59/61 y 74/75, han sido relevantes en cuanto a lo decidido respecto a la cuestión tratada precedentemente (ver considerandos de fs. 103 p. III), la Iudex a quo ha sabido respetar la opinión y sentimientos de la niña de conformidad con las pautas que emergen del art. 651 CCyC y de allí las recomendaciones formuladas en el p. IV a fs. 104, a los fines de superar y fortalecer tales vínculos en especial interés de la menor (art. 2 del decisorio). No se advierte en autos ni de la audiencia personal con la reconviniente algún motivo o presunción que obligue a alterar el régimen instituido, máxime cuando de ningún modo tales decisiones causan estado.

Además, no debe perderse de vista que el centro de la decisión debe ser el hijo, resguardándose su derecho a ser cuidado y criado por ambos padres, tal como lo prevé la legislación vigente ya que esta visión jurídica exige también amparar los sentimientos de los hijos hacia sus padres y alejarlos definitivamente de las controversias que puede generar la tenencia.

En cuanto a la condena en costas entiendo que de conformidad a lo dicho deben ser impuestas en ambas instancias por su orden.

La demandada reconviniente y favorecida en cuanto a su pretensión de cuidado personal y compartido no ha logrado aportar prueba relevante que supere las conclusiones que permiten los distintos informes del ETI, en atención a la conducta a superar en atención al interés superior que impone la presente. De allí que el mero disenso doctrinario no resulta suficiente para enervar la razonabilidad del fallo impugnado en cuanto al punto en cuestión. Por lo que en coincidencia con la visión de la presente causa con la Asesora de Familia, propongo al acuerdo la confirmación del fallo en todo cuanto fue objeto de agravios imponiendo las costas por su orden y difiriéndose la regulación de honorarios al momento del acuerdo en el que se tendrán en cuanta las pautas arancelarias de la ley XIII nos. 4 y 15.

En cuanto a la "reserva" formulada a fs. 125 siguiendo a Eduardo Sirkin en su nota "Acerca de la reserva de derechos" publicada en elDial.com - DC2430, con fecha 02/11/2017, Se tiene en cuenta la introducción de la Cuestión Federal a los fines del oportuno planteo e interposición del Recurso
Extraordinario del art. 14 de la ley 48.

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Rechazar en lo sustancial los recursos de apelación interpuestos por las partes salvo en cuanto a la condena en costas en la instancia de grado que serán soportadas por su orden al igual que las de la Alzada. Se difiere la regulación de honorarios al momento del acuerdo. Se tiene en cuenta la introducción de la Cuestión Federal tal conforme los considerandos pertinentes.

A la primera cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs.102/104vta., rechaza la demanda interpuesta y hace lugar a la reconvención, otorgando el cuidado personal compartido bajo modalidad indistinta de la niña L. J. B. C., a los progenitores P. M. B. y M. M. C.

Apelan ambas partes, los recursos se conceden a fs.108 y fs.110.

La parte actora expone los agravios a fs.116/125vta., entiende que la sentencia resulta incongruente y ha resuelto sin entrar al análisis de lo accionado, afirmando que la incongruencia responde a que adopta una solución no peticionada por ninguna de las partes. Por tal razón considera la sentencia infundada y expone texto en cursiva que manifiesta responde a la doctrina y la jurisprudencia. Afirma que aunque cita los informes del Servicio de Protección de Derechos, el E.T.I y Programa de Pequeños Hogares, al resolver hace caso omiso a la situación que relatan y gravedad de la misma. Señala los conceptos desfavorables que atañen a la demandada y que la misma no ha podido revertir las conductas inapropiadas, por lo que se concluye en la situación de grave riesgo de J. y que es necesario adoptar medidas en pos de su protección. Señala entonces que pese a la terrible situación que la sentenciante dice considerar, rechaza la demanda. Manifiesta que sin desconocer los principios de autonomía regresiva y opinión de J. – de nueve años de edad – sostiene que los mismos son insuficientes para fundar la sentencia y proteger a la niña, con lo que los conceptos jurídicos utilizados para resolver, como la sana crítica racional, el principio señalado, la edad y la opinión de la niña en ocasión de ser escuchada, no constituyen el respaldo de lo resuelto y que constituya una sentencia justa. Reitera lo que considera una contradicción en cuanto rechaza la demanda, hace lugar a la reconvención y no obstante básicamente otorga al progenitor el cuidado personal de la niña. Impugna la condena en costas en el punto 4 de fs.119, aludiendo que las contradicciones señaladas demuestran que ha obtenido parcial razón, cuando por otra parte sosteniendo que La tiene en su totalidad, la

imposición de las costas es contraria a toda lógica.

La demandada M. M. C., bajo

representación de la Defensa Pública, expresa agravios a fs.120/125vta., con el objeto que se disponga que la niña L. J. B. C. continúe residiendo de modo principal en el domicilio materno. Transcribe en

forma extensa los términos de la sentencia (fs.120/121vta.) y en los agravios en el punto III titulo A) Falta de fundamentación. Art.34 inc.4 – 165 inc.6° - art.169 de la Const. Pcial – Afectación del derecho de defensa. Sostiene que la sentencia resuelve sin dar fundamentos, que no lo constituyen solo citar párrafos de informes. Transcribe así un párrafo que refiere el dictamen del E.T.I. que induciría a pensar que la apreciación de tal Organismo es la que ha llevado a decidir a la Sra. Juez, pero estima que los conceptos del E.T.I. son solo una simple apreciación, que incluso sugiere oír a los niños, con lo que no estaría completa dicha intervención, que entonces es evidente la falta de fundamentación. Titula el punto B) Orfandad probatoria, porque la sentencia trae el informe del E.T.I. N° 954/2016, que ha quedado obsoleto, sostiene la recurrente, porque el mismo abordaba la situación de la Sra. C. con pareja del Sr. Álvarez, problemática cesada y cuando se celebra la audiencia conciliatoria en noviembre de 2016, la Sra. C. ya no convivía con el nombrado, que ello quedó reconocido en la audiencia de vista de causa. Que estas circunstancias fueron reconocidas por la actora, como asimismo el cambio positivo en la vida familiar al cesar la convivencia con el Sr. A., con ello entiende que no existe razón que la niña pueda tener el domicilio principal en la casa materna.. En punto C) “El derecho de la niña a ser oída y la observación general N° 12 (2009) de Naciones Unidas. El derecho del niño a ser escuchado”, agravia a la representada, afirmando que la niña no fue debidamente escuchada en cuanto al litigio en tanto que J. manifestaba que reside alternadamente una semana con

cada progenitor. Transcribe la letra del art. 12 de la Convención. Afirma que no se organizó a los fines de ser oída la participación de los padres o persona de confianza de

la niña. Sostiene que la niña se encuentra en condiciones de saber con quien le gustaría vivir. En definitiva afirma que en las prácticas actuales del nuevo paradigma debía garantizarse oír a la niña en todos los asuntos y ello se encuentra afectado., con lo que asimismo se afecta su interés superior. Reserva el caso federal.

La parte demandada contesta los agravios de la actora a fs.127/128.

A fs.137 y fs.140 por esta Sala se toma conocimiento personal de las partes y de la niña L. J..

A fs.143/1434vta., se expide la asesora de familia, destacando que la sentencia se define por el interés superior de la niña, frente al a "un presunto interés de los adultos", con lo que prioriza el interés

de la niña.

Tratamiento de los agravios:

Frente al derecho contrapuesto a contrario por cada una de las parte en función de la sentencia dictada, queda establecido que el padre accionante, demandaba se le otorgue el cuidado personal unilateral de la niña L. J., que en resumen invoca una conducta desfavorable de la madre en el cuidado de la hija y que le lleva intranquilidad porque a su vez desacredita a su parte por denuncias por violencia de

género.

La contestación de la demanda contrapone asimismo deméritos del padre en razón de su pretensión, imputándole una conducta acosadora contra su persona y las circunstancias de hecho al respecto en su propio domicilio y luego comportándole problemas de pérdida de empleo, llegado el caso que lo denunció por violencia

en la Seccional de Policía, por maltrato verbal y físico, con lo que se advierten las constancias del expte. 212 año 2013 "C., M. A. c/ B., P. M. s/ Violencia Familiar", por cuerda. Surge de este proceso a fs. 80, como constancia, lo acontecido en los autos: "C., M. M. c/ B., P. M. y otros s/ Restitución de menor", expte. N° 562 año 2013, que el 30/10/2013 se homologó acuerdos de las partes por Acta de Avenimiento N° 1709/2013, sobre régimen de responsabilidad parental compartida, con relación a la niña L. J., con residencia habitual en el domicilio materno y un régimen amplio de comunicación con el progenitor no conviviente. Asimismo un régimen de asistencia alimentaria respecto de la infanta. No obstante el acuerdo señalado y siempre en estos actuados sobre restitución, se suceden nuevas denuncias por incumplimiento del acuerdo, primero del padre y después la madre, dejándose constancia que el 26 de agosto de 2015, se encuentra restablecido el contacto de la niña con el padre, se formula un nuevo régimen de comunicación. En todo caso de las constancias posteriores resulta de la conducta controvertida entre si por las partes, han precarizado las disposiciones judiciales de reordenamiento desde la inconstancia de cumplir a carta cabal tales resoluciones.

Una vez más comparecen las partes al presente juicio dentro del mismo marco de controversia, con el agregado que asimismo demerituan la sentencia por supuesta incongruencia, como modo de llegar a una postura exitosa de lo sustancialmente controvertido.

Frente a ello, si la actora peticionó el cuidado personal unilateral, la sentencia lo otorga compartido y la demandada peticionaba además la residencia principal en su domicilio, que la sentencia rechaza al otorgarla al accionante, conforma como lo señala mi colega preopinante una concesión parcial de las

acciones en cada caso, con lo que en este marco resulta inoficiosa y solo dispendio jurisdiccional el supuesto vicio de incongruencia de mera construcción formal, ajeno a la realidad de lo resuelto bajo la premisa del interés superior del niño.

En lo demás interpuesto por las recurrentes, primero conociendo los antecedentes con lo que llegan uno y otra al presente juicio, convenios e incumplimientos, resoluciones consecuentes en función de superar las situaciones de conflicto, no siempre cumplimentadas. En dicho marco, si el informe del equipo interdisciplinario de fs.59/61, contuvo notas desfavorables para la demandada, existen circunstancias que no pueden pasar desapercibidas; primero, tal informe es de fecha 16 de noviembre de 2016, donde se exacerbaban las problemáticas por interferencia del Sr. Álvarez, pareja a la sazón de la demandada, opera después con el informe de fs.74/75vta. (fecha mayo 12 de 2017) y ante la separación de C. del nombrado Álvarez, el conocimiento de notables conductas de mejoramiento en la recomposición de las relaciones de las partes del juicio vinculados a sus roles con los hijos, y en función de la hijita J., como de la familia extensiva. Surge que el propio B. informa que la relación con la Sra. C. resulta mas fluida y menos tensa, en tanto el equipo formula señalamientos y sugerencias para superar algunas limitaciones anteriores; mas conceptos de indudable importancia, que observan informantes que tanto B. como sus progenitores brindan espacio adecuado de contención con un marco normativo acorde a las necesidades integrales de J. B. en el que igualmente integra a U. C..

Con lo expuesto, el apelante B. carece de sustento al traer a primer plano para dirimir, las constancias desfavorables del primer informe, cuando el propio B. había informado seis meses después un cambio de conducta

favorable de la demandada. Menos, retacear el deber de la decisión jurisdiccional en el interés superior de la niña, ya que se trata de las herramientas conferidas al sistema integral de protección del niño/niña, frente al conflicto de intereses o de discrepancia de sus derechos (Ley III-21 del Digesto Jurídico del Chubut, art.6. Se considerará

primordial el interés superior de los niños y adolescentes en todas las medidas concernientes a ellos, que tomen o en las que intervengan las

instituciones públicas o privadas de acción social y

los órganos judiciales, administrativos o legislativos.

Al sostener la demandada la falta de fundamentación de la sentencia, es mera afirmación retórica si no controvierte como erróneos los fundamentos del punto III del fallo y en cuanto define que las resoluciones del marco del derecho de familia posee rasgos propios que la diferencias del régimen general, adecuándose a su naturaleza y al reconocimiento constitucional del predicho interés superior del niño. No existe razón para considerar simple opinión la de los servicios auxiliares como la de los Equipos Técnicos Interdisciplinarios, cuando la ley ha establecido sus funciones de rango profesional, elaborar diagnósticos, pericias e informes sobre los asuntos sometidos a su consideración por la Jueza de Familia que si no son vinculantes, debe fundar su apartamiento bajo pena de nulidad en caso de resolver en sentido adverso al sustentado por el Equipo actuante. Como lo desarrolla la propia sentencia, se funda en las opiniones de tales servicios profesionales, con lo que resulta sin sustento que el pronunciamiento del fallo se encuentre vació de contenido.

Es evidente por otra parte que la sentenciante cumplimenta la audiencia de la niña de acuerdo a derecho, producida la entrevista a fs. 99, de fecha posterior a

la sugerencia del dictamen interdisciplinario, con lo que en definitiva quedan asimismo rechazadas las observaciones de la parte demandada, sin perjuicio de la reserva del caso federal.

De conformidad con todo lo expuesto, que resulta concordante con la solución propuesta por mi colega preopinante, corresponde el pronunciamiento señalado y atento al resultado de los recursos, corresponde en efecto por los alcances resolutorios imponer en ambas instancias las costas por su orden (art.69, 2da.parte Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico.

Para regular honorarios, rige la Ley XIII N° 4 del Digesto aludido, los arts.5, 6, 8, 9, 13 y concords., regulándose como también se propone al acuerdo.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh, se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. Silvia Noemí Alonso no emite su voto.

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

1) Rechazar en lo sustancial los recursos de apelación interpuestos por las partes, con excepción de las costas y revocar el pto. 3° de la sentencia de fs. 102/104 vta.

2) Las costas de ambas instancias se imponen por su orden.

3) Regular los honorarios profesionales por la actuación en segunda instancia, de la Dra. M. A. P. en el veinticinco (25%), y los de las Dras. M. M. C., M. E. S., en el veinticinco (25%), conjuntamente, 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) Tener presente la reserva del caso federal.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Julio Antonio ALEXANDRE
JUEZ de CAMARA

Fernando NAHUELANCA JUEZ de CAMARA

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2017
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "F"

INDIANA L. MARINI
Secretaria de Cámara