

----Trelew, de Febrero de 2019.-----

--**VISTO**: La Sentencia Definitiva Nro. 96/2018 de fs. 112/113, el recurso de apelación deducido a fs. 116 por la parte actora, concedido a fs. 117, fundado a fs. 118/120vta. y contestado por la contraria a fs. 122/123vta.-----

---**Y CONSIDERANDO**:-----

--I.- Que la resolución recurrida decidió rechazar el incidente de modificación del régimen de cuidado personal y el cese de la cuota alimentaria promovido por el Sr. P. J. R. contra la Sra. S. U. respecto de su hija E. R. R. U.. La Jueza compartió la conclusión de la AFI de fs. 106/vta. en relación al rechazo del cese de la cuota alimentaria, consideró que el exiguo monto aportado resulta suficiente para cubrir las necesidades de la joven cuando permanece en el domicilio materno; y disiente en cuanto a establecer un cuidado personal compartido alternado, atento que no fue requerido por las partes de este incidente. Señaló también, luego de la entrevista personal mantenida con la adolescente, que los progenitores debieran estar más pendientes de la escucha y acompañamiento de la joven, que de establecer en que casa vive más tiempo; agregando que ésta manifestó que organizó su vida cotidiana permaneciendo en la casa de su padre o madre según sus propios deseos y sentimientos del momento, lo que modifica según sus necesidades afectivas o emocionales.-----

----II.- El recurrente al expresar agravios sostiene que no se han meritado las circunstancias fácticas y jurídicas de la causa. Dice que la joven vive con el padre, por lo que pide la revisión de la responsabilidad parental y el aporte en concepto de mesada alimentaria. Manifiesta que no se tuvo en cuenta el interés superior de la joven, primando únicamente la cerrada negativa de la progenitora a revisar la organización familiar y su intención de seguir percibiendo una cuota de alimentos. Señala que no se ha respetado el derecho a la identidad de la joven; el de los menores a preservar sus relaciones familiares; normas que amparan la comunicación entre familiares fortaleciendo la solidaridad familiar; que la demandada pretende de manera perniciosa restringir la relación paterno filial; que la sentencia incurre una desigualdad de géneros a la hora de establecer los roles y responsabilidades. Sostiene que habiendo variado las circunstancias de cuidado y del sostenimiento económico no es presumible que la permanencia de la menor con su padre, en un domicilio en donde siempre se ha favorecido la comunicación con su madre, pueda ocasionar perjuicio o alteren el centro de su vida. Señala que no se advierte en el planteo de modificación de la organización familiar cuál es el perjuicio, es solo especulativo y falso, la permanente descalificación del padre y la sola voluntad de su madre de mantener un estado cosas sin brindar beneficios debe ser removido para que prime el interés del menor. Afirma que la sola voluntad de la madre, si bien es un elemento del juicio a considerar, debe ser descartada. Cuestiona la resolución en cuanto a mantener el aporte de la cuota, pues entiende que al ocuparse mayoritariamente de E. y convivir con ella, no debe mantenerse un aporte a favor de quien no vive con ella. Señala que tampoco se ha acreditado la diferencia en los

ingresos entre ambos progenitores, diferencias socioculturales ni de nivel de vida de ambos hogares que justifiquen mantener la cuota alimentaria.-----

-----III.- Que a fs. 131 se llevó a cabo la audiencia que prescribe el art. 130 de la Ley III N° 21, incluyendo el contacto personal de los Jueces de Cámara con la adolescente involucrada en autos, a quien se escuchó en la oportunidad, quedando constancia de ello mediante acta reservada por Secretaría. Asimismo, a fs. 151 contestó la vista concedida la Sra. Asesora de Familia, Dra. Julia Laborda, quien entiende que debe resolverse el cuidado personal compartido y alternado en los términos del art. 650 del CCCN y rechazarse la pretensión de hacer cesar la cuota alimentaria que abona el Sr. R. a favor de su hija. -----

----IV.- Que viene a resolver a esta Alzada el recurso de apelación deducido por parte del Sr. P. J. R. contra la sentencia de primera instancia por haber rechazado su pretensión de modificar el régimen de cuidado personal y los alimentos que abona a favor de su hija E..-----

----Al respecto, primeramente, cabe destacar que la Magistrada de grado señaló que, si bien coincidía con la sugerencia de la Asesoría de Familia respecto de la conveniencia de un régimen de cuidado personal indistinto bajo modalidad alternada, ello no fue requerido por las partes, motivo por el cual se limitó a rechazar la petición mencionada.-

---En contraste con ello es dable destacar que esta Sala ya ha señalado que el principio de congruencia alcanza su mayor dosis de flexibilidad en el proceso de familia. Si bien este principio es emanación directa del sistema dispositivo al que nuestro Código Procesal Civil adhiere, tal adhesión no significa que el legislador haya consagrado un régimen dispositivo inflexible, en tanto es capaz de reconocer atenuantes en los tópicos de familia, por estar en juego intereses conectados con el orden público. En esas cuestiones es posible liberarse de la rigidez de la causa petendi y no existe disponibilidad del derecho material por las partes, encontrándose el sistema dispositivo severamente limitado y el principio de congruencia moderado.-----

-----De manera que no estamos en esta temática en un ámbito donde la actuación de las partes, su voluntad, sus requerimientos, sus pretensiones, constituyan un valladar insuperable para la Judicatura en casos donde se encuentren debatidos aspectos de la vida de niños, niñas o adolescentes (conf. esta Sala, SDC N° 34/2005, SDC N° 27/2009, SDF N° 01/2010; SDF N° 01/2011; SIF N° 20/2018; CNCiv, Sala B, voto del Dr. Atilio A. Alterini, con adhesión de los Dres. Augusto C. Belluscio y Santos Cifuentes, E.D. 68-180, f. 28.469; Molina de Juan; Mariel F., “El Código Civil y Comercial y los procesos familiares en trámite”; La Ley 16/09/2016, 16/09/2015, 1 – LA LEY2015-E, 784, cita online R/DOC/3137/2015).-----

----Ello también ha sido dicho por el Superior Tribunal de Justicia de esta provincia al señalar que es inherente al proceso de familia la elasticidad del principio de congruencia, por cuanto se encuentra involucrado el orden público familiar y general, cediendo paso las facultades de las partes a las judiciales (conf. STJCh., SI N° 72/SER/2008; esta Sala, SDC N° 34/1995). De modo que, en esta materia, los principios y bases del sistema

dispositivo deben complementarse y adaptarse a las normas tuitivas establecidas tanto por el constituyente nacional y provincial (reformas de 1994), como por el legislador tanto nacional (Ley 26061 y art. 264 ter CC) como provincial (Ley III N° 21), estando el Tribunal de familia unido de poderes especiales para la instrucción, dirección y solución del litigio en cuya suerte se encuentra involucrado el orden público familiar y general.-----

-----De esta manera, cualquier solución que se busque en cuestiones que involucran a niños, niñas o adolescentes debe ser integral y seguir el principio rector de su interés superior, según la problemática que presenten y las circunstancias del caso, debiendo establecerse un control judicial férreo que verifique el pleno respeto de sus derechos y garantías (conf. esta Sala, SDC N° 56/2009). En este sentido, este concepto representa necesariamente el reconocimiento del menor como persona, y la consecuente aceptación de sus necesidades y la defensa de sus derechos (conf. CACR, Sala B, SIC N° 105/2006).-----

----Siendo así, como primera medida, debe destacarse que la situación que se plantea en autos refleja el fracaso de los padres de E. a los fines de darle una respuesta satisfactoria a sus necesidades e intereses, desde que se ha podido advertir la angustia que representa en la adolescente el conflicto permanente que mantienen sus progenitores respecto a las cuestiones que hacen a su cuidado, alimentos, etc. (*vide* fs. 147vta.). De hecho, al largo derrotero de expedientes y reclamos seguido en el conflicto de larga data entre los padres (“UPTON, S. Estela c/ RODRÍGUEZ, P. J. s/ Restitución de menor”, Expte. N° 205 - Año 2017; “UPTON, S. Estela c/ RODRÍGUEZ, P. J. s/ Medida Prueba anticipada”, Expte. N° 323 - Año 2007; “RODRÍGUEZ, P. J. c/ UPTON, S. Estela s/ Custodia”, Expte. N° 1141 - Año 2013; “UPTON, S. Estela c/ RODRÍGUEZ, P. J. s/ Violencia de género - ley 26485”, Expte. N° 393 - Año 2014; “UPTON, S. c/ RODRÍGUEZ, P. J. s/ Ejecución de alimentos” en autos “RODRÍGUEZ, P. J. y UPTON, S. s/ Homologación, custodia, reg. de comunicación y alimentos” (Expte. N° 330 - Año 2007), Expte. 300 - Año 2008; y “RODRÍGUEZ, P. J. c/ UPTON, S. Estela s/ Incidente de modificación de régimen de comunicación en autos 330/2007”, Expte. N° 149 - Año 2010), se suma la escucha de la Jueza de grado de la adolescente, cuestión que fuera resaltada en su sentencia, y que también fuera experimentada por este Tribunal en la entrevista mantenida a fs. 131. -----

-----No es en vano destacar en este aspecto, de hecho, que la joven no concurrió a la entrevista con el ETI, por manifestarle a su padre que se encontraba hastiada de concurrir a Tribunales a contar su experiencia, siendo también preocupante que el mismo equipo técnico haya destacado la existencia de problemas de alimentación en la menor de edad (*vide* fs. 147/148). -----

-----En este sentido, esta Sala ya ha recordado —en conflictos como el presente— que es finalidad de la responsabilidad parental el desarrollo integral de sus hijos, en todas sus potencialidades, cuestión que debe primar sobre sus propios intereses. Por ello, se ha señalado que estos deben recordar que su estado de “padres” es independiente de

su situación personal y la relación que tengan entre sí, la cual siempre se mantendrá respecto de sus hijos, y que su palabra es reemplazada por la del Juzgado solo cuando fracasan en el acuerdo sobre las asuntos que hagan al mejor interés de su hija (conf. esta Sala, SIF N° 55/2018, con cita al art. 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño; doc. art. 638 y 642 del CCCN; CAPM, SIF N° 16/2016 y SIF N° 22/2016; CACR, Sala B, SIF N° 65/2014).-----

---Dicho ello, corresponde agregar que —más allá de la discusión consuetudinaria que han mantenido sus padres a lo largo de estos años— E. ha manifestado que no se siente cómoda estando confinada al cuidado unilateral de uno de sus progenitores, sino que prefiere manejarse libremente en estos contactos, visitando y residiendo con cualquiera de ellos, según sea su estado de ánimo y voluntad circunstancial. Esto, se reitera, lo ha manifestado tanto frente a la Sra. Asesora de Familia, como frente a la Jueza de Primera Instancia, y en la ocasión de celebrarse en esta Alzada la audiencia del art. 130 de la Ley III N° 21.-----

----Atinente a esto, este Cuerpo ya ha dicho en varias oportunidades que el derecho del menor de edad a ser oído es bastante más que un mero formalismo, cuestión regida por diversas normas; entre ellas, la Convención de los derechos del niño (art. 12), los arts. 3 y 24 de la Ley 26061 y el art. 185 de la Ley III N° 21 (conf. SIF N° 50/2017; SDF N° 53/2009; SDF N° 02/2015; Méndez Consta, María J. – Murga, María Eleonora, “Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Encuadre internacional latinoamericano y provincial argentino”, LA LEY 2006-A, 1045). En este aspecto, no puede olvidarse que E. cuenta a la fecha con 16 años, por lo que su opinión y voluntad tienen un peso superlativo en cuestiones como la que deben decidirse aquí, en tanto el citado art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño manda que la opinión de éste sea valorada en función de su edad y madurez. En dicha línea, como parámetro de análisis, la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Esquel ha dicho que, si a dicha edad el adolescente se encuentra a meses de adquirir su derecho al voto y, con ello, habilitado para decidir el futuro de su país, es absurdo devaluar su opinión respecto su propio presente y futuro (conf. CAE, SDF N° 43/2017). -----

----Hay que mencionar también que esta cuestión debe sopesarse a la luz de la capacidad progresiva que el art. 26 del CCCN le concede a los menores de edad sobre cuestiones que hacen a su desarrollo, de acuerdo vayan alcanzando un mayor grado de madurez. Respecto de esta capacidad de obrar, la Convención sobre los Derechos del Niño pretende que éste pueda desempeñar una actitud autónoma; o sea que le asiste el derecho, verbigracia, de plantear una posición diferente a la fórmula que plantean sus progenitores, como sucede en el expediente. Como bien se ha dicho, el derecho a ser oído de un menor de edad no tiene valor si no puede ser ejercido de un modo útil y eficaz (conf. CAT, Sala B, SDC N° 34/2000; con cita a Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, “Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes – Ley 26.061”, EDIAR, 2007, págs. 453/456).-----

---Es por ello que la Judicatura —más allá de las pretensiones de las partes— cuenta con facultades para determinar de oficio el régimen de cuidado personal más compatible con la organización y posibilidades de cada familia particular, como señala expresamente el art. 650 del CCCN, en donde —como ya se dijo— se debe tener presente el interés superior de los menores de edad involucrados y su opinión (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lloveras, Nora, Directoras, “Tratado de Derecho de Familia”, Rubinzal – Culzoni Editores, 2014, T. IV, pág. 134), incluso si ello significa establecer una posición distinta a la asumida por los padres.-----

---Hecha esta salvedad, el cuidado personal es el conjunto de deberes y facultades de los padres referidos a la vida cotidiana del hijo; cuando los primeros no conviven, el que puede ser asumido por uno de ellos o por ambos. A los fines de no confundir el ejercicio de la responsabilidad parental con cuidado personal, se puntualiza que este último es uno de los deberes y derechos de los progenitores que se derivan del ejercicio de la responsabilidad parental y atañe a la vida cotidiana del hijo (conf. CAT, Sala B, SDF 01/2017).-----

---Esta Sala ha señalado recientemente que el sistema que introduce el nuevo CCCN privilegia el principio de “coparentalidad”, regulando con precisión las diversas alternativas posibles respecto al cuidado del hijo. Al regular la obligación este artículo se refiere al cuidado personal compartido, que comprende tanto la modalidad alternativa como indistinta (conf. SDF N° 07/2018; con citas a arts. 651 y 656 del CCCN; Vigo, Florencia, comentario al art 666 en Código Civil y Comercial Comentado 2015 Dirigido por Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso Tomo II. Buenos Aires: Infojus). La primera implica que el hijo pasa períodos 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 (conf. CAT, Sala B, SDF N° 01/2017).-----

---Siendo así, a la luz de las necesidades y preferencias de E. y coincidiendo con lo sugerido por la Asesoría de Familia, el cuidado personal compartido en la modalidad alternada se muestra como más conveniente para la situación de la adolescente, en tanto implica que ambos padres convivirán con ella en períodos temporales sucesivos alternados, haciéndose cargo cada uno de su manutención, mientras la hija permanezca bajo su cuidado personal (conf. CACR, Sala A, SDF 14/2015; “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” dirigido por Ricardo L. Lorenzetti, ed. Rubinzal Culzoni 2015, t. IV, pág. 434 y ss, p. III). Ello, coincide con lo expresado por E., en cuanto a su comodidad con la organización de su vida cotidiana, permaneciendo en la casa de su padre o madre según sus propios deseos y sentimientos del momento, según sus necesidades afectivas o emocionales. -----

---En consecuencia, en este caso, el cuidado personal compartido alternado es la forma más beneficiosa para el ejercicio de la responsabilidad parental que le cabe a P. R. y S.

U., en orden al interés superior de E., ya que esta mantendrá contacto y comunicación con sus dos progenitores, según sus necesidades. Es por esto que, en la medida que ambos tengan el cuidado personal en períodos temporales semejantes, cada uno le brindará asistencia personal en similares proporciones, lo que no justifica la existencia *a priori* de una cuota alimentaria adicional, si esas prestaciones asistenciales son equivalentes (conf. CACR, Sala A, SDF N° 14/2015, con cita a Belluscio, Claudio, “Prestación alimentaria” ed. Universidad 2006).-----

-----En conclusión, E. podrá permanecer con cada uno de sus padres por el tiempo que ella disponga y se sienta cómoda según sus necesidades, residiendo en sus domicilios, con la libertad de visitar y/o trasladarse de manera temporaria o permanente a la residencia del otro progenitor, quienes deberán hacerse cargo en dicho período de asistirle personal y materialmente. Ello, claro está, con la necesidad que sean dichos adultos quienes se hagan cargo —de manera responsable— de producir los ajustes que sean necesarios según la fluctuación de dichos períodos y las mayores o menores cargas que ello genere en cada uno; y con la consabida provisoriedad que disponen las resoluciones en cuestiones de familia que involucran a niños, niñas y/o adolescentes (conf. esta Sala, SIF N° 10/2018; CAE, SIF 51/2017; CACR, Sala B, SDL 63/2000; “Aspectos procesales de la tenencia y del régimen de visitas”, Derecho procesal de Familia-II Revista de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal Culzoni, p 134). En síntesis, entre la necesidad de aportar a E. un marco de libertad suficiente para que pueda satisfacer sus necesidades afectivas y emocionales, según su personalidad y características, y la discusión de sus padres para establecer un marco estanco para su residencia y la determinación de alimentos consecuentes, en este caso se estará por la primera opción, esperando que los padres puedan superar el conflicto en el mejor interés de su hija.-----

--En este aspecto, hay que destacar la conveniencia que dichos progenitores cumplan con las exigencias dadas por la Jueza de primera instancia respecto de la necesidad que transiten procesos terapéuticos que le permitan sumar herramientas para mejorar, no solo la relación disfuncional entre sí que han reflejados los equipos técnicos interdisciplinarios a lo largo de todos los antecedentes ya citados, sino también la que mantienen en la actualidad con su hija E., que — como fuera señalado— genera en la adolescente sentimientos de angustia y los desórdenes alimenticios que fueran reflejados en los informes de fs. 109/111 y 147/148.-----

-----Así las cosas, se exhorta al Sr. R. a que continúe con la terapia psicológica que acreditó haber realizado en el último año, conforme la documental de fs. 138 y 140/141 y resulta necesario intimar a la Sra. U. que la retome, en tanto —con su aclaración de fs. 145— evidencia el desapego a ese espacio terapéutico, el que no satisface con haberlo transitado hace cinco años y en relación a otro hijo. Cabe recordar, en este aspecto, que es la misma ley, a través de sus arts. 652 y 653, inc. a del CCCN, quien pondera en la relación entre progenitores e hijos la comunicación fluida y la colaboración entre los

primeros para que los segundos puedan tener trato regular con estos. De ahí que es imprescindible que los progenitores de E. cumplan con la orden dada oportunamente a fs. 28, 39, 49, 63, 65, 67, 75 en los autos “RODRIGUEZ, P. J. c/ UPTON, S. Estela s/ incidente de modificación de régimen de comunicación en autos 330/2007” (Expte. N° 149 – Año 2010), circunstancia que será determinante a los efectos de evaluar eventualmente la continuidad o modificación del régimen aquí establecido. -----

-----En síntesis, la sentencia de grado será revocada, estableciéndose el cuidado personal indistinto bajo modalidad alternada de E. por parte de sus padres, P. J. R. y S. U., quienes deberán asistirle personal y materialmente durante los períodos en que aquella permanezca bajo el cuidado de cada progenitor. En consecuencia, será dejada sin efecto la prestación alimentaria que el Sr. R. abona a la Sra. U. en concepto de alimentos por la adolescente.-----

-----V.- Que vale aclarar que —no obstante el carácter de “definitivo” con que se registró a la sentencia de fs. 112/113— la presente resolución dispone de carácter interlocutorio y de voto impersonal, atento que la materia y cuestión resuelta en el grado le asignan tal naturaleza, por lo que se le solicita al Juzgado de primera instancia que lo tenga presente en los pronunciamientos sucesivos dictados en el marco del art. 187 y 662 del CPCC. -----

---VI.- Las costas serán impuestas por su orden, en tanto la solución que se arriba al presente no favorece la posición de ninguna de las partes sino que ha sido establecida en el mejor interés de E. (art. 69 del CPCC). Se regulan los honorarios de esta instancia, para lo cual se tendrá en consideración el mérito a la labor desarrollada y la solución arribada al Dr. L. S., letrado patrocinante del actor, en la suma equivalente a 8 JUS (arts. 5, 6, 7, 13 y 32 de la Ley XIII Nro. 4). Sin regular honorarios a la Dra. J. D., por ser abogada de la defensa pública (art. 3, inc. 7 Ley V - N° 90). -----

-----Para terminar, en tanto la presente resolución ha sido tomada en el mejor interés de E. y conforme se ha dado respuesta a la escucha de sus necesidades y requerimientos, se solicitará a la AFI que tome las medidas necesarias a los fines que la adolescente tome conocimiento personal del fallo y se le expliquen sus alcances, haciéndosele saber que puede presentarse en esta Alzada a los efectos de evacuar cualquier consulta al respecto.-----

--Por ello, la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew; **RESUELVE**:-----

----REVOCAR la Sentencia Definitiva Nro. 96/2018 de fs. 112/113, y establecer el cuidado personal indistinto bajo modalidad alternada de E. R. R. U. por parte de sus padres, P. J. R. y S. U., quienes deberán asistirle personal y materialmente durante los períodos en que aquella permanezca bajo el cuidado de cada progenitor. -----

-----DEJAR sin efecto la cuota alimentaria que el Sr. P. J. R. abona a la Sra. S. U. en virtud de su hija E. R. R. U..-----

--- REQUERIR a la Jueza de primera instancia intime a la Sra. S. U. a que acredite en autos el efectivo cumplimiento de la terapia psicológica impuesta a fs. 28, 39, 49, 63, 65, 67, 75 en los autos “RODRIGUEZ, P. J. c/ UPTON, S. Estela s/ incidente de modificación de régimen de comunicación en autos 330/2007” (Expte. N° 149 – Año 2010) en el modo y plazo que estime conveniente.-----

----IMPONER las costas por su orden.-----

---REGULAR los honorarios del Dr. L. S. en la suma equivalente a 8 JUS, y no regularlos a favor de la Dra. J. D., en virtud de lo señalado en el considerando respectivo. -----

----REQUERIR a la AFI tenga a bien poner en conocimiento personal de la presente sentencia y explicar sus alcances a E. R. R. U., haciéndole saber — además— que esta Alzada la invita a presentarse personalmente en su mesa de entradas a fines de solicitar a los Magistrados firmantes todas las aclaraciones y explicaciones que crea necesarias al respecto. -----

-----Regístrese, notifíquese y devuélvase. -----

FLORENCIA CORDÓN FERRANDO
JUEZA DE CÁMARA

MARCELO F. PERAL
PRESIDENTE

NATALIA I. SPOTURNO
JUEZA DE CÁMARA

----REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2019 – SIF. - CONSTE. -----

GUILLERMO N. WALTER
SECRETARIO DE CÁMARA