

NEUQUEN, 20 de marzo de 2024.

Y VISTOS:

En Acuerdo estos autos caratulados: "**C. V. N. C/ F. C. S. S/ CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS**", (JNQFA1 EXP N° 135366/2022), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante Valeria **JEZIOR** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la jueza Patricia CLERICI dijo:**

I.- En contra de la sentencia dictada el 7 de agosto de 2023 -cfr. hojas 88/90vta.-, deduce recurso de apelación el demandado -cfr. hoja 91- y expresa agravios -en hojas 104/107-.

II.- a) El quejoso peticiona que se modifique parcialmente la decisión cuestionada en relación al lugar de residencia principal de las menores, estableciéndose la misma en el domicilio donde conviven con él.

Se agravia por cuanto el pronunciamiento en crisis no ha fijado residencia principal de las niñas, debiendo -a entender del recurrente- fijarlo en el domicilio del progenitor, aplicando el principio de primacía de la realidad, en tanto se encuentra demostrado que aquellas permanecen conviviendo en el domicilio del progenitor desde hace varios años.

Agrega que el fallo apelado no solo deja de lado la realidad que prima en la dinámica familiar de las niñas -afirmando que ejerce de manera unilateral el cuidado personal de las menores-, sino la aplicación de la norma donde se subsumieron los hechos (art. 650, CCyC).

En tal sentido, señala que las menores han manifestado en las entrevistas realizadas su deseo de continuar con dicha convivencia y, por su parte, su progenitora ha decidido mudarse de la provincia, sin previo aviso y desvinculándose voluntariamente de las niñas, así como de los

hijos que ambos tienen en común: S., B. y J.; amparándose para ello en alguna situación de violencia con el demandado.

Refiere que sobre este aspecto no se ha expedido la Defensora de los Derechos del Niño, no encontrando la decisión cuestionada asidero jurídico alguno.

b) Conferido el pertinente traslado, la accionante lo contesta en hojas 109/110vta.

Solicita se declare desierto el recurso de apelación por no contener una crítica razonada y concreta del decisorio cuestionado y, en subsidio, contesta los agravios de la contraria.

Afirma que no media en el supuesto de autos una situación excepcional que amerite establecer una modalidad de cuidado unilateral, sino que pese a las dificultades comunicacionales, ambas figuras parentales deben continua implicadas en el cuidado personal de las niñas.

Destaca que, teniendo especial consideración de la distancia entre los domicilios de los progenitores, se hizo mérito que pueden existir dos centros de vida posibles, estables y seguros. Por ello -dice-, no se fijó un domicilio concreto, *"por ser lo que mejor se adecua para asegurar el resguardo al interés superior de las niñas y en resguardo del grupo familiar en su conjunto"*.

A continuación, agrega que si quisiera endilgársele alguna falencia a la sentencia en crisis, sería no haber determinado el cuidado compartido de las menores bajo la modalidad alternada, atendiendo a los diversos factores de vulnerabilidad en que ella se encuentra: pobreza, violencia de género a lo largo de toda su historia y alejamiento de sus hijos en un contexto de violencia.

Solicita se confirme el fallo de grado.

c) En hoja 113 la Defensora subrogante de los Derechos del Niño y del Adolescente n° 3 toma conocimiento del recurso interpuesto y adhiere a lo manifestado por la parte actora, en el entendimiento que la sentencia cuestionada responde al interés superior de las niñas.

II.- En primer lugar, con posterioridad al llamado de autos, con fecha 23 de noviembre de 2023 -presentación web n° 10020- la actora ratificó la gestión procesal invocada por su letrada patrocinante, por lo que, habiendo sido hecha dentro del término legal, corresponde tener por ratificada la gestión procesal (contestación de la expresión de agravios).

III.- Luego, y también con carácter previo a ingresar en el tratamiento de los agravios que motivaran la intervención de esta Alzada, dada la denuncia efectuada por la parte actora, y leído el memorial, entiendo que los agravios reúnen los recaudos del art. 265 del CPCyC, en tanto de ellos surge cuál es el aspecto del fallo de grado cuestionado y por qué.

Consecuentemente, no corresponde declarar la deserción del recurso.

IV.- Adentrándome en el planteo formulado por el recurrente, éste cuestiona centralmente que el pronunciamiento de grado estableció el cuidado compartido indistinto de las niñas, sin fijar residencia principal -la que, en su opinión, debe fijarse en el domicilio paterno-, vulnerando de ese modo la norma del art. 650 del CCyC.

Conforme los términos de la apelación, llega firme a esta instancia la resolución referida a que los cuidados personales de las hijas de las partes son compartidos indistintos. El único cuestionamiento del recurrente es que el juez de grado no ha determinado el domicilio principal de residencia de las niñas.

De la lectura de la sentencia de primera instancia advierto que los fundamentos dados por el juez a quo para no establecer una residencia principal de las hijas de las partes es que, por un lado, el demandado no realizó propuesta de cuidado personal y, por otro, que la madre actualmente reside en la provincia de Santa Fe, por lo que no se puede avanzar en un plan definitivo de coparentalidad ante la ausencia de la actora y no estar en la cotidianeidad de la vida de sus hijas.

El demandado fue declarado rebelde en hoja 28 - providencia de fecha 30 de junio de 2022-, sin haber contestado la demanda, y presentándose a estar a derecho luego de precluida aquella posibilidad.

Es por ello que al dictar sentencia y luego de analizar la prueba producida, el juez de grado hizo lugar parcialmente a la pretensión de la demandante, disponiendo el cuidado personal compartido indistinto, empero le denegó la fijación de su domicilio como residencia principal de las personas menores de edad.

Desde esta perspectiva, la pretensión recursiva del demandado (que su domicilio sea el de residencia principal de las niñas) no podría ser analizada por la Alzada desde el momento que no fue una cuestión propuesta al juez de primera instancia (art. 277, CPCyC). Nada de esto fue planteado a lo largo del proceso, de modo de permitir el derecho de defensa de la actora.

Insisto, desde una visión estrictamente procesal, no puede esta Alzada revisar el pronunciamiento de grado en el punto pretendido por el apelante, ya que él es introducido recién en los agravios.

Sin embargo, estando comprometido en estas actuaciones el interés superior de las niñas, y en virtud del principio de tutela judicial efectiva (art. 706, CCyC), entiendo



que debo analizar la queja del demandado. Ello así, porque existe un hecho en la causa, posterior a la interposición de la demanda y es que la madre ha mudado su domicilio a la provincia de Santa Fe (hoja 78/vta.) y que, en mi opinión, obliga a determinar un domicilio principal de las niñas en pos de preservar precisamente su interés superior; teniendo en cuenta que las partes han debatido sobre el punto en sus presentaciones en esta segunda instancia.

En efecto, el art. 648 del CCyC dice: "Se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo".

Mauricio Luis Mizrahi explica que la normativa referida a **los** cuidados personales de los hijos aspira a disciplinar el régimen de convivencia de los progenitores separados con sus hijos, ya que si nos excedemos de este límite, ingresamos en el ámbito del ejercicio de la responsabilidad parental, que tiene una regulación distinta, la del art. 641 del CCyC. El autor citado sigue diciendo que *"...un padre ejerce el cuidado personal de su hijo cuando -total o parcialmente- se aloja y reside con él; si tiene al niño consigo y, por ende, media la convivencia entre uno y otro. En tal virtud, deviene clave para que exista cuidado personal la inmediatez física entre padre e hijo...Un gran mérito es precisamente, distinguir ambos institutos; y así lo dicen los anotados Fundamentos cuando precisan que "Se diferencia el ejercicio de la responsabilidad parental del cuidado personal del hijo"...*

"De la manera indicada, serán pues actos de ejercicio de la responsabilidad parental todos aquellos de relevancia singular para el interés de los hijos, como decidir el tipo de educación que recibirán, su escolaridad, establecimientos a los que concurrirán, si será en jornada simple o doble, enseñanza de idiomas, práctica de deportes, viajes, colonia de vacaciones, cambios de domicilio, resolver

acerca de los tratamientos médicos del niño, intervenciones quirúrgicas, etc. Como se observará, para intervenir en estos actos no será necesario que el progenitor tenga el cuidado personal del hijo. Aun poniéndonos en el caso excepcional de que un solo progenitor tenga el cuidado personal del niño, el otro necesariamente tendrá que participar -expresa o tácitamente- para la ejecución de los actos mencionados.

"Serán diferentes, en cambio, los actos contemplados en el cuidado personal que, como dice el art. 648, son atinentes a la vida cotidiana del niño. Se tratan de los que comprende a diario un progenitor cuando tiene el hijo a su cuidado. Aluden a los pequeños actos de diversa índole, digamos el día a día del niño. V.gr., determinar a qué hora se despertará el hijo, la vestimenta que usará, si se duchará por las noches o por las mañanas, como se compondrá su desayuno, trasladarlos de ida y vuelta a la escuela o de una fiesta de cumpleaños, qué tipo de labores o deberes realizará el progenitor con su hijo, como ayuda en su escolaridad, los horarios en que podrá ver televisión o estar con la computadora, a qué hora cenará e irá a dormir, etc.

"Para la ejecución de este tipo de actos, a la inversa de lo que sucede con el ejercicio de la responsabilidad parental, se requiere en la casi totalidad de los casos que convivan padre o madre e hijo; dado que sería inexplicable, o al menos un severo incordio, pretender llevarlos a cabo si ambos no tienen una misma residencia" (cfr. aut. cit., "Cuidado personal de los hijos por padres separados", JA 2020-III, pág. 419).

Luego, cuando el art. 650 del CCyC se refiere a las modalidades posibles del cuidado personal compartido, la norma caracteriza al indistinto diciendo que el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores. Quiere decir, entonces, que lo medular en esta modalidad es que el niño se encuentra principalmente establecido en la residencia

de uno de los padres y, en este lugar, el hijo permanece su tiempo principal. Por lógica consecuencia, el hijo va a vivir con el otro progenitor un tiempo menor, teniendo allí su residencia secundaria. Vuelvo a citar textualmente a Mizrahi, *"No cabe otra explicación si partimos de la base de que, como ya lo mencionamos, lo que regulan estas normas es únicamente un régimen de convivencia, y no otras cuestiones. Y si el objetivo es disponer un mecanismo de convivencia parece obvio que se tiene que decir de qué modo será la convivencia del hijo con cada padre"* (cfr.aut. cit., op. cit.).

Trasladando estos conceptos al caso de autos, las hijas de las partes tienen el derecho de conocer cuál es el mecanismo de convivencia con sus padres separados, y cuál es su residencia principal, y cuál la secundaria, porque ello hace a la forma de organización de la vida diaria de ambas; siendo, además, el recaudo legal para el régimen decidido por el juez a quo.

Más allá de las circunstancias personales de la madre en orden a haber sido víctima de violencia doméstica durante la mayor parte de su vida, lo cierto es que ella se encuentra viviendo en la provincia de Santa Fe, pareciera que en la ciudad de Santa Fe conforme el informe psicológico que se adjunta (hoja 77/vta.), o sea, a aproximadamente 1.300 kilómetros de distancia de esta ciudad, lo que torna impracticable, en la realidad, el régimen de cuidados personales compartido indistinto.

Pero si bien él no puede ser modificado, si es preciso que se determine que la residencia principal de las niñas es en el domicilio paterno, como modo de adecuar la decisión judicial a lo que sucede en la realidad.

Más aún cuando las mismas niñas han manifestado que no quieren vivir con su mamá. Así en la audiencia de hoja 33, V. (13 años de edad al momento de la audiencia) manifiesta

que no tiene ganas de ver a su mamá, que "los problemas de los grandes son de los grandes", y A. (5 años de edad al momento de la audiencia) dice que no quiere ver a su mamá, y ambas señalan que quieren vivir con su papá.

Igual posición mantienen las menores en la audiencia de hoja 69, donde V. manifiesta que solamente tiene contacto telefónico con su mamá y que no se siente preparada para ir a la casa de su mamá, en tanto que A. dice que le gusta vivir en casa de su papá y que no quiere vivir en la casa de su mamá y tampoco quedarse a dormir.

Cabe señalar que estas manifestaciones de las niñas se corresponden con el período en que la madre vivía en la ciudad de Neuquén y, si bien han existido contactos materno-filiales, estos se interrumpieron por la mudanza de la progenitora.

A ello agrego que la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente interviniente, en su dictamen de hoja 82/vta., aconsejó no hacer lugar al cuidado personal materno exclusivo de las niñas, pero sí mantener con ambas niñas un régimen de comunicación más fluido, incluyendo pernocte y teniendo en cuenta los deseos y necesidades de las niñas.

Por ende, considerando que las resoluciones judiciales deben adecuarse a las circunstancias existentes al momento de su dictado, y la necesidad de otorgar certeza y seguridad a las personas menores de edad en orden a su cotidianidad, entiendo que debe modificarse parcialmente el resolutorio recurrido y disponer que, en el marco del régimen de cuidados personales compartido indistinto, las niñas tienen residencia principal en el domicilio paterno, dado que ello se corresponde con la etapa vital actual de las hijas y, sin perjuicio de su modificación posterior si es que cambian estas circunstancias.



V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo 1) tener por ratificada la gestión procesal invocada por la letrada de la actora en su presentación de hoja 109/110vta.; 2) hacer lugar al recurso de apelación de la parte demandada y modificar parcialmente el resolutorio recurrido disponiendo que el cuidado personal de las hijas de las partes sea compartido indistinto con residencia principal en el domicilio paterno.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta los fundamentos dados para resolver, se imponen en el orden causado (art. 68, 2da. parte CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales por la labor ante la Alzada en la suma de \$... para la letrada ..., y \$... para la defensora pública ..., todo de conformidad con lo dispuesto en el art. 15 de la ley 1.594.

El juez José NOACCO dijo:

Adhiero al voto que antecede, expidiéndome en igual sentido.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- **Modificar parcialmente** la sentencia dictada el 7 de agosto de 2023 (hojas 88/90vta.), disponiendo que el cuidado personal de las hijas de las partes sea compartido indistinto con residencia principal en el domicilio paterno.

II.- Imponer las costas de segunda instancia en el orden causado (art. 68, 2da. parte CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales en el modo indicado en los Considerandos.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

Dra. PATRICIA CLERICI Jueza

Dr. JOSÉ NOACCO Juez

**Dra. VALERIA JEZIOR
Secretaria**