

NEUQUEN, 21 de diciembre de 2022.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**G. L. J. S/ ADOPCIÓN**", (JNQFA1 EXP N° 125976/2020), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, y de acuerdo al orden de votación sorteado, **la jueza Patricia CLERICI dijo:**

I.- El progenitor de L. J. G. interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 97/99vta., dictada el día 16 de mayo de 2022, que hace lugar a la demanda de adopción plena por integración, distribuyendo las costas por su orden.

a) En su memorial de fs. 109/110vta. -presentación web de fecha 28 de julio de 2022-, el apelante se refiere a la finalidad de la adopción, y señala que ella es viable siempre y cuando se cumpla con un específico requisito que hace a la posesión de estado de hijo en el grupo familiar mientras era menor de edad.

Dice que debe demostrarse que durante la niñez y adolescencia la persona vivificó en la familia la posesión de hijo, siendo protegida, formada integralmente y cuidada por quienes se pretende sean sus progenitores adoptivos, es decir que era un hijo o hija para esos progenitores.

Sostiene que este tipo de adopción -por integración- importa el reconocimiento certero y efectivo de vínculos paternos/materno-filiales, que se desarrollaron durante un tiempo importante de la vida de las personas, y que por alguna razón no pudieron realizar el proceso filiatorio adoptivo durante la menor edad.

Indica la existencia de un yerro por parte del juez de grado al momento de afirmar que L. convive desde los dos años con el adoptante, y que éste es su figura paterna, y que desde la pandemia

convive junto con su hermano menor en la casa de aquél, ya que se encuentra probado, por lo manifestado en la demanda, que el adoptante no convive con la progenitora de L. hace más de seis años, como así también que el señor F., después de divorciarse de la mamá de L., formó otra familia, tuvo más hijos y en la actualidad se encuentra separado de su última pareja, quién lo ha denunciado por violencia familiar.

Entiende que la sentencia recurrida no meritó debidamente toda la prueba documental y testimonial, haciendo solamente mención al informe psicosocial realizado respecto de L. y del peticionante; informes que fueron oportunamente impugnados por ser exagerados y parciales, además de deficitarios, ya que se realizó una sola entrevista por zoom, sin tener el convencimiento de que L. y su progenitora, al estar frente a la pantalla, no pudieran estar leyendo o recibiendo instrucciones, ni tampoco se consideró el grado de subordinación de la madre de L. hacia el peticionante, en tanto empleada de la empresa de este último.

Destaca la orfandad probatoria existente en autos que permita conocer la posesión de estado de hija de L. respecto del señor F..

Relata que un mes antes de la presentación del memorial L., junto a su novio, lo visitaron en su casa de la localidad de Las Ovejas, donde presta servicios como personal policial, confesándole - su hija- que se había sentido presionada por su mamá y por el peticionante, que nunca había querido cambiarse el apellido, y que sabía que el apelante era su padre.

b) A fs. 112/113vta. -presentación web de fecha 12 de agosto de 2022- se presenta la letrada ..., invocando la gestión procesal del art. 48 del CPCyC, en representación del peticionante y de L. J. G., quién ha adquirido la mayoría de edad el día 26 de noviembre de 2021 (ver acta de nacimiento de fs. 1), y contesta el traslado del memorial.

c) En fecha 9 de noviembre de 2022 es escuchó en la Alzada a L. J. G., quien ratificó su conformidad con la adopción pretendida por el peticionante (fs. 124).

II.- Con carácter previo a abordar el tratamiento del recurso de apelación planteado en estas actuaciones, se advierte que el plazo para ratificar la gestión procesal invocada por la letrada ... venció el día 11 de noviembre de 2022, sin que la misma haya acompañado la ratificación requerida en providencia de fs. 117. Consecuentemente corresponde hacer efectivo el apercibimiento allí previsto, y declarar la nulidad de lo actuado por la gestora procesal (art. 48, CPCyC).

III.- También como cuestión previa entiendo conveniente referirme a la legitimación del progenitor de L. para recurrir la sentencia que declara la adopción plena de su hija por parte del peticionante.

Si bien, dada la mayor edad de L., estamos ante un supuesto de adopción de personas mayores de edad, donde pareciera que no resulta necesaria la participación en el proceso del padre biológico de la persona a adoptar, ello no es así.

Tal como lo pone de manifiesto María Magdalena Galli Fiant, *"la adopción por integración siempre va a afectar el lazo jurídico con el otro progenitor, es decir, el que no es el cónyuge o conviviente del adoptante. El vínculo jurídico que nace de la sentencia genera efectos tanto para el adoptando como para su progenitor de origen, sea el primero un menor o mayor de edad. Por eso su participación en el proceso es necesaria...El respeto al debido proceso requiere que la pretensión de adopción de integración se sustancie con el progenitor de origen, lo que no se cumple con una simple citación para ser escuchado (cfr. aut. cit., "Adopción plena del hijo del conviviente instada por el joven", LL AR/DOC/3380/2016).*

Siendo, por tanto, el señor G., parte en el presente proceso, se encuentra legitimado para recurrir la sentencia contraria al interés por él defendido.

IV.- Ingresando en el tratamiento del recurso de apelación de autos, y analizadas las constancias de la causa, advierto que la cuestión traída a conocimiento de la Alzada es compleja y de difícil resolución.

Conforme lo señala Natalia de la Torre, la adopción es una figura tendiente a proteger derechos de niñas, niños y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia alternativa a la de origen, cuando esta última no puede proporcionarle los cuidados afectivos y materiales necesarios para su desarrollo integral (art. 594 CCyC), por lo cual sólo excepcionalmente y en base a fundamentos de otro tipo podrá ser considerada una institución hábil para personas mayores de edad (cfr. aut. cit., "Tratado de Derecho de Familia" dirig. por Aída Kemelmajer de Carlucci - Marisa Herrera - Nora Lloveras, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. III, pág. 145).

El art. 597 del CCyC admite la adopción de personas mayores de edad -"excepcionalmente"- en dos supuestos: 1) cuando se trate del hijo del cónyuge o conviviente de la persona que pretende adoptar -que no es el caso de autos-; y 2) cuando hubo posesión de estado de hijo mientras era menor de edad, fehacientemente comprobado -supuesto en el que se encuadra la situación del sub lite-.

Cabe señalar que la pretensión de adopción fue planteada cuando la adoptanda era menor de edad, ya que la demanda fue presentada el día 10 de agosto de 2020, cuando L. contaba con dieciséis años de edad; pero al momento de la sentencia de primera instancia, conforme se indicó, ésta había adquirido la mayoría de edad, por lo que la resolución judicial se encuadró correctamente en la normativa correspondiente a la realidad existente al momento de su dictado.

Luego, la situación familiar de los involucrados en el presente trámite es peculiar, más allá de la especificidad que tiene cada problemática familiar, en tanto ninguna es completamente igual a otra.

En efecto, L. nació el día 26 de noviembre de 2003, siendo inscripta por su progenitor biológico el día 3 de diciembre de 2003 ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, denunciando un mismo domicilio para ambos progenitores (acta de fs. 1) .

En fecha 4 de diciembre de 2004 se despacha demanda por alimentos contra el progenitor y a favor de L. (expte. jnqfal nro. 17.61/2004), acordando las partes la cuota alimentaria en audiencia de fecha 3 de febrero de 2005; convenio homologado judicialmente. En tal trámite se denunció incumplimiento en el pago de la cuota alimentaria de dos meses y se dispuso el embargo de salario del progenitor en una sola oportunidad (año 2006), archivándose el expediente en el año 2011 y desarchivándose en el año 2016 por haberse promovido un incidente de aumento de cuota alimentaria.

También existe, respecto de los progenitores biológicos, un trámite de régimen de visitas (expte. jnqfal nro. 28.640/2006), en el cual se acordó un régimen de comunicación amplio entre padre e hija en fecha 19 de octubre de 2006, modificado en fechas 20 de marzo de 2007 y 28 de mayo de 2005, habiéndose archivado el trámite en fecha 17 de enero de 2011.

Por su parte, tenemos que la madre de L. da a luz a su segundo hijo, cuyo padre es el aquí peticionante, el día 11 de octubre de 2008 (ver acta de nacimiento de fs. 2), surgiendo del expediente sobre divorcio (expte. jnqfa4 nro. 79.626/2016) que la señora C. y el señor F. contrajeron matrimonio el día 15 de agosto de 2008, habiéndose decretado su divorcio vincular, con fecha de disolución de la sociedad conyugal al día 31 de marzo de 2016.

De las constancias documentales tenemos, entonces, que el peticionante de la adopción y la madre de la adoptanda convivieron durante casi ocho años, teniendo un hijo en común. A la fecha del matrimonio referido L. contaba con cuatro años de edad, y con doce años de edad en oportunidad de la separación de la pareja.

Los documentos de identidad acompañados a fs. 3/5vta. muestran que el peticionante tiene su domicilio en la ciudad de Neuquén (calle ..., B° ...); la madre de L. lo tiene en calle ..., B° ... de la ciudad de Neuquén; y tanto L. como su hermano tienen domicilio en calle ..., B° ... de la ciudad de Neuquén.

A fs. 17/33 obran fotos de L. con su papá y la familia de éste, en la que ella tiene diferentes edades, las que no fueron desconocidas por la parte actora, y a fs. 16vta. obra recibo de sueldo del progenitor, correspondiente al mes de septiembre de 2020, en el cual consta el descuento de la cuota alimentaria, documento que tampoco ha sido desconocido por la parte actora.

Las declaraciones testimoniales de autos refieren a la relación de L. con su papá. Dejo de lado la declaración de P. M. C., por poder estar comprometida su objetividad; pero el testigo L. D. R. señala que es amigo del señor G. desde hace 15 años, que conoce a su hija, que ha estado con ella en más de una oportunidad, que el padre la ha acompañado *"en un par de oportunidades de viaje de hockey. También hemos estado en cumpleaños juntos, con la familia. Dos por tres nos encontrábamos en la casa de los papás de J. y ahí es donde la crucé...Yo siempre frecuentaba en la casa de J., él vivía con sus padres y ahí la veía"* (acta de fs. 47); y el testigo C. L. A. señala que conoce al papá de L. desde hace muchos años y afirma *"yo he estado en algunos cumpleaños en la casa de la mamá de él. Han ido a mi casa varias, hemos salido a pasear en lancha...Yo me he encontrado varias veces a comer asado en la casa de los abuelos paternos"* (acta de fs. 48/vta.).

Ninguna prueba existe respecto a la relación socioafectiva entre el peticionante y L., a excepción de los dichos de los propios protagonistas de la causa.

El informe del equipo interdisciplinario del Registro Único de Adoptantes de fs. 68/73 tiene déficits importantes ya que fue realizado vía zoom, por lo que su valía es relativa. Si bien es cierto que esta modalidad de entrevista fue autorizada por el Tribunal Superior de Justicia con motivo del aislamiento obligatorio decretado en virtud de la pandemia Covid 19, entiendo que a la época de realización de las entrevistas psicológicas y dada la cuestión involucrada en autos, podría haberse buscado una alternativa de entrevista presencial, sobre todo para L.. Y en cuanto al informe socioambiental no puedo aceptarlo, ya que va de suyo, por las características de la actuación que se le requiere a la licenciada en servicios sociales, que no puede ser realizado vía zoom. De todos modos, lo informado en este aspecto no resulta relevante para la resolución de la apelación.

Ahora bien, de las entrevistas psicológicas antedichas surge que L. convive con su mamá y su hermano, pero no con el peticionante. Esta situación también fue reafirmada por la adoptanda en oportunidad de su entrevista en esta segunda instancia, cuanto menos a su convivencia con su madre en un domicilio distinto al del peticionante.

También señala el informe que L. manifiesta que siente al peticionante como su padre, que fue él quién la crió y que siempre quiso tener su apellido, lo que fue planteado a su psicóloga tratante, quién la ayuda a manifestárselo a su progenitor, citándolo al consultorio, donde pudo plantearle la situación. Aclara que fue la muerte de su abuela paterna lo que detonó su decisión, ya que a partir de su desaparición física se sintió libre para llevar adelante su solicitud. Realiza luego manifestaciones respecto a su relación con su papá, para concluir que no se siente querida por él, con quién no se identifica.

Respecto del peticionante, el informe señala que el señor F. manifiesta que la idea surgió de L., que el planteo lo sorprendió, a la vez que lo hizo sentirse orgulloso y le confirma que su trabajo como figura paterna estuvo bien hecho, siendo su deseo respetar lo que la adolescente quiere. Agrega que tiene muy buena relación con la mamá de L., quién trabaja para él, estando las oficinas de la empresa en el domicilio del peticionante.

En lo que refiere a la madre de L., el informe da cuenta de la relación con su hija y con el padre de éste, señalando que le dicen "el donante". Explica -la entrevistada- que conoció al papá de L. siendo muy joven (cuando tenía 14 años), y quedó embarazada de su hija a los 18 años, y que a los cinco meses del nacimiento el señor G. se fue de la casa.

Agrega el informe que la madre de la adoptanda manifiesta que el peticionante siempre fue un padre para su hija, y que actualmente, que se encuentran divorciados, L. organiza programas con sus amigas en la casa del señor F., espacio que vivencia como su otra casa.

Finalmente, el informe da cuenta de la entrevista con el papá de L., quién da su versión de lo sucedido, poniendo el acento en la manipulación por parte del peticionante hacia su hija, a que ella le habría manifestado que le convenía poder acceder a una nacionalidad extranjera, siendo esa la argumentación para el cambio de filiación.

El informe concluye en que existe un vínculo de paridad entre madre e hija, complementario, donde no queda clara la diferenciación y singularidad de cada una; respecto del vínculo paterno-filial, observa una resonancia compatible con el acontecimiento que se le presentó, pero señala que no obstante la angustia que manifiesta el progenitor, ello no lo ha llevado a un proceso de interrogación y problematización interna que favorezca una revisión de su función paterna; destaca una posición honesta de parte

del peticionante, *"se siente seguro de lo que representa en términos subjetivos y afectivos para la adolescente, y pareciera que en términos psicológicos le alcanzara para llevar adelante la función paterna, pareciera que su vivencia interna como padre de L. le alcanza con el reconocimiento afectivo de la misma"*.

Ahora bien, la pregunta a responder es: ¿alcanza con esta prueba para tener por cierto que durante la menor edad de L. hubo posesión de estado de hija del peticionante? Entiendo que no.

Reitero que no nos encontramos aquí en presencia de una adopción de una persona menor de edad, aunque el trámite comenzó cuando L. era menor de edad, donde prima el interés superior del niño o niña involucrados, sino que se trata de un caso de excepción donde la persona que se pretende adoptar ya es mayor de edad, y donde no existe convivencia entre el pretense adoptante y la madre la adopanda.

Por ende, la llave de acceso a la adopción pretendida es acreditar que durante la menor edad de L., ésta tuvo la posesión de estado de hija del peticionante. Y tal extremo no se encuentra acreditado.

En primer lugar, porque siempre existió vinculación entre L. y su papá. Ello queda demostrado con las constancias de los expedientes sobre alimentos y régimen de comunicación, las declaraciones de los testigos y las fotos adjuntadas a autos. Incluso la misma L. habla de la relación de afectividad con su abuela paterna, y que no se hubiera atrevido durante la vida de ella a plantear la adopción a fin de no provocarle ningún malestar.

No corresponde aquí analizar el vínculo paterno-filial, ni el ejercicio del rol parental por parte del padre biológico, sino solamente considerar que aquél vínculo existió desde el nacimiento de L. y hasta el presente.

En cuanto a la relación entre el peticionante y L., se trata de dos personas que han convivido entre diez y ocho años, pero

que con posterioridad al divorcio de la madre de la adoptanda y actualmente, no lo hacen.

No existen pruebas en el expediente de la proyección de la afectividad que declaran el peticionante y L. sobre la vida social de esta última, de modo tal que pueda entenderse que hubo posesión de estado de hija. No se conoce de qué modo se desenvolvía la cotidianeidad entre el peticionante y la adoptanda durante la menor edad de ésta. ¿El peticionante la llevaba o la retiraba de la escuela?, ¿concurría a los actos escolares?, ¿participaba en las actividades recreativas y sociales de la niña?, entre otras cuestiones.

Señalo que el concepto de posesión de estado de hija requiere que ésta sea ininterrumpida y pública (ver fallo del Tribunal Colegiado de Familia n° 7 de Rosario, en autos "A.F. s/ Adopción Simple", 3/4/2012, LL AR/JUR/20497/2012, donde, más allá de la diferente legislación aplicable, se advierten los extremos considerados por el tribunal y la prueba que los acredita, para tener por probada la incorporación de la persona en su menor edad tanto en los ámbitos social, laboral, en el Rotary Club de Rosario, en el club Gimnasia y Esgrima de Rosario y en la obra social del adoptante, como hijo de éste).

En autos no existe prueba alguna sobre estos extremos, más allá de los dichos de los interesados.

Vuelvo sobre el concepto de socioafectividad, que es la noción fundamental para poner en crisis el derecho filial clásico, centrado en la biología, y justifica la normativización de figuras como las que aquí se analiza. Marisa Herrera señala que socioafectividad es la conjunción de dos elementos que la integran, y que hacen que lo fáctico sea lo esencial: lo social y lo afectivo; cómo lo afectivo adopta un lugar de peso en lo social y cómo lo social se ve interpelado por ciertos y determinados afectos. A la vez, ambas ideas interactúan entre sí (cfr. aut. cit., "La noción de

socioafectividad como elemento rupturista del derecho de familia contemporáneo”, LL AR/DOC/5420/2014).

Insisto, en autos, falta la proyección de la afectividad sobre lo social, sobre la vida cotidiana de los interesados.

Además, tampoco se ha escuchado a los dos hijos biológicos del peticionante, quienes conforman una familia con su padre y además tienen intereses comprometidos por la decisión que aquí se adopte.

Lucila Morales y Valeria D. Freimberg señalan que la función judicial sólo puede concebirse como una práctica de cuidado de los derechos humanos cuando quién se encuentra a cargo del dictado de una resolución se anima a ir en busca de la verdad real; no pudiendo -el juez o jueza- restringir su actuar a lo estrictamente peticionado por las partes, si advierte que dicha pretensión no se adecua a la situación fáctica imperante. Las autoras citadas agregan que, dada la naturaleza jurídica de los derechos involucrados en esta rama del derecho es que se le exige indague la realidad que subyace al expediente, encontrándose facultado para actuar en consecuencia (cfr. aut. cit., “Asumiendo riesgos: apartarse de la acción legal efectivamente interpuesta para acercarse a la verdadera intención de las partes”, RDF T. 2019-III, pág. 213).

Llegado a este punto, tengo el convencimiento, conforme lo que surge del expediente y lo conversado personalmente con L., que no ha existido el abandono que ella pregona respecto de su papá, y que el mayor interés comprometido en la adopción que ella misma propuso al peticionante es material, claro que sin descartar la existencia de un vínculo afectivo, y en esos términos y, sobre todo, no habiéndose acreditado la posesión del estado de hija durante su menor edad, la adopción otorgada por el juez de grado debe ser revocada.

Reconozco que he analizado la posibilidad de convertir en simple, la adopción otorgada como plena en el resolutorio

recurrido, pero ello tampoco resulta viable toda vez que sigue faltando el requisito exigido por la ley civil, cuál es la posesión del estado de hija durante la menor edad, circunstancia que descarta la finalidad integradora de la adopción en el presente caso, en tanto no existe convivencia actual entre el peticionante y la persona que se pretende adoptar -conforme las constancias de autos no la hay desde el año 2016-, y tampoco se ha probado la antedicha posesión del estado de hija en forma pública, por lo que no hay familia a incardinar, ni tampoco una situación pública y notoria a consolidar jurídicamente.

IV.- Conforme lo dicho, propongo al Acuerdo: 1) declarar la nulidad de lo actuado por la letrada ... a fs. 112/116vta., con costas a su cargo (art. 48, CPCyC); 2) hacer lugar al recurso de apelación de autos, y revocar el resolutorio recurrido.

Recomponiendo el litigio, se rechaza la demanda.

En atención a las peculiares características de autos, las costas por la actuación en ambas instancias se imponen en el orden causado (art. 68, 2da. parte CPCyC).

Se dejan sin efecto las regulaciones de honorarios de la primera instancia, y se fijan los honorarios por la labor en la instancia de grado en la suma de \$ 114.180,00 para el letrado ... - patrocinante del progenitor-; y \$ 79.930,00 para la letrada ... - patrocinante de la parte actora-, de conformidad con lo prescripto por los arts. 6, 7 y 9 apartado I. inc. 3) de la ley 1.594.

Los honorarios del letrado ... por su actuación ante la Alzada se regulan en la suma de \$ 39.960,00 (art. 15, ley 1.594).

El juez José I. NOACCO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.



Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Declarar la nulidad de lo actuado por la letrada ... a fs. 112/116vta., con costas a su cargo (art. 48, CPCyC).

II.- Revocar la sentencia de fs. 97/99vta., dictada el día 16 de mayo de 2022, rechazándose la demandada.

III.- Imponer las costas de ambas instancia por el orden causado.

IV.- Regular los honorarios profesionales según lo indicado en los Considerandos.

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

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ I. NOACCO
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria