



NEUQUEN, 27 de junio del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**R. P. A. D. C/ C. G. J. S/ INC. ELEVACION**", (**JNQFA4 INC N° 93357/2018**), venidos a esta **Sala II** integrada por las Dras. Patricia **CLERICI** y Cecilia **PAMPFILE**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Patricia **CLERICI** dijo:

I.- La parte demandada en los autos principales interpuso recurso de apelación contra la resolución interlocutoria de fs. 28/29 vta. de este incidente, que hace efectivo el apercibimiento dispuesto en fecha 6 de julio de 2018, e intima a la señora C. a que abone la suma de \$ 1.000 correspondiente a astreintes, por los incumplimientos que se detallan en los Considerandos de la sentencia, con costas a la accionada.

a) La recurrente señala que en múltiples oportunidades ha referido los motivos e incumplimientos por parte del señor R., haciéndose caso omiso a sus presentaciones, en las que se justificaba la postura de sus hijos menores de edad respecto a no querer tener contacto con el padre.

Dice que jamás se analizó la situación real de los niños, ya que la Defensora de los Derechos del Niño refiere cuestiones en abstracto, sin citar a los menores.

Cita jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones.

Insiste en que existen incumplimientos por parte del padre, una actitud teñida de desidia y falta de compromiso moral y sentimental para con sus hijos.

Solicita que se escuche a sus hijos.



Pide la revocación de la resolución recurrida.

b) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 33/34.

Sostiene que el memorial no contiene una crítica razonada y concreta del fallo recurrido, en tanto solamente se refiera a presentaciones anteriores, las que justificarían la postura de las personas menores de edad.

Dice que se pretende, mediante el recurso de apelación, que se revean cuestiones que oportunamente fueron consideradas por la a quo.

Afirma que los hijos de las partes han sido oídos.

Sigue diciendo que la misma apelante reconoce que ha respetado la negativa de los niños, de ver a su padre, y que ello acarrea una consecuencia legal que le fue oportunamente notificada.

Entiende que la jurisprudencia que cita la recurrente no se condice con los hechos que justificarían apartarse de una conducta previamente acordada, no existiendo riesgo alguno en el domicilio del progenitor.

Denuncia que se ve permanentemente obstaculizado en la construcción de un vínculo con sus hijos, tanto por la madre como por la familia de ésta, concretamente la abuela, que está a cargo de los niños la mayor parte del tiempo, y que es quién le comunica al padre que los niños no irán con él.

Recuerda que la demandada no contestó la demanda.

c) A fs. 46 obra dictamen de la Defensora Adjunta de la Defensoría del Niño, Niña y Adolescente interviniente.

Propicia la confirmación de la resolución cuestionada.



Dice que se ha escuchado a los niños, y que ellos se han manifestado deseosos de mantener contacto con su papá.

Agrega que si la progenitora hubiera querido sostener o garantizar el contacto paterno-filial, podría haber requerido asistencia y/o tratamiento para sus hijos en pos de un vínculo saludable.

II.- En autos, las partes han celebrado un acuerdo donde provisionalmente, y hasta tanto se cuente con sentencia firme, se estableció un régimen de comunicación paterno-filial. Este acuerdo fue homologado por la jueza de la causa.

Dado los incumplimientos del régimen pactado, denunciados por el progenitor, con fecha 6 de julio de 2018 la a quo intimó a la demandada a dar estricto cumplimiento al acuerdo provisorio homologado, bajo apercibimiento de aplicársele astreintes, a razón de \$ 200,00 por día de incumplimiento (fs. 5). Esta resolución se encuentre firme.

Mediante la resolución que ahora se recurre, la jueza de primera instancia tuvo por acreditado que, con posterioridad a la notificación de la intimación, no se cumplió con el régimen de comunicación en cinco oportunidades (los días 2, 5, 8, 11 y 14 de agosto de 2018), por lo que hace efectivo el apercibimiento dispuesto y condena a la demandada al pago de la suma de \$ 1.000,00 en concepto de astreintes.

La recurrente insiste en que no cumple con lo acordado como consecuencia de la negativa de los niños a vincularse con su progenitor.

Encontrándose firme el apercibimiento de aplicación de astreintes, corresponde analizar si se han configurado los incumplimientos que señala la resolución de grado, o si, por el contrario, no existen tales incumplimientos, o en su caso, se encuentran justificados.



Federico Alejandro Ossola señala que para la aplicación de las astreintes debe verificarse en los hechos el incumplimiento de la resolución judicial (elemento objetivo) y la conducta imputable al sujeto incumpliente, ya sea a título de dolo o culpa (elemento subjetivo). Y ante la comprobación de este incumplimiento, es el sujeto pasivo de la obligación quién debe acreditar las circunstancias que eximan la imputabilidad (cfr. aut. cit., "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. V, pág. 256).

A efectos de evaluar la existencia y entidad del incumplimiento, no puede perderse de vista la materia sobre la cual trata este expediente, y que el instituto comprometido en la resolución recurrida es el régimen de comunicación entre padres e hijos. Cabe recordar, como lo hace Mauricio Luis Mizrahi, que *"En toda comunicación materno o paterno-filial, en lugar de hablar de derechos subjetivos -muy cuestionada su existencia ya que aquí no debe tolerarse la operatividad de intereses egoístas-, lo que realmente está ínsito en ella, reiteramos, es una función familiar, en consideración a que su objetivo apunta en esencia a atender las necesidades afectivas, educacionales y el desarrollo armónico y equilibrado de la personalidad del niño, resguardando su mundo psicológico intelectual y, precisamente, una buena instrumentación del vínculo hace a la correcta formación y educación de los hijos; y en esta tarea se verifica un indiscutible interés social. Por eso, todas las actuaciones del adulto que lleva a cabo el contacto son funcionales; de manera que sólo pueden ejercitarse teniendo a la vista el fin perseguido, sin que se admita apartarse de él (cfr. aut. cit., "Régimen de comunicación de los padres con los hijos", LL 2014-B, pág. 545).*



Luego, tampoco debemos olvidar que el principio rector en todo asunto que involucre a niño y niñas es el interés superior de éstos

El régimen de comunicación ha sido pactado por los padres, en forma provisoria y mientras se tramita el proceso, de la siguiente forma: en días rotativos -cada tres días- el padre, quién termina su jornada laboral aproximadamente 19,00 horas, retira a los niños del domicilio de la madre, y quedan bajo su cuidado hasta el día siguiente, debiéndolos llevar al colegio, si es día de semana; siendo el horario de ingreso de F., a las 14,10 horas y de B, a las 13,15 horas. Si es fin de semana, debe llevar a los hijos a la casa de la madre a las 18,00 horas. Asimismo, las partes se han comprometido a respetar la voluntad de los niños, si es que uno de ellos o ambos no quieren pernoctar en el domicilio del progenitor (fs. 49/vta. Estas fojas y las que seguidamente indicaré son todas del expediente principal, el que tengo a la vista).

El cumplimiento de este régimen provisional de comunicación tuvo inconvenientes desde sus inicios. A fs. 51/56 se produce un altercado entre los padres porque los hijos, quienes se encontraban con el progenitor, llamaron a la madre, después de las 24,00 horas, ya que no querían dormir en el domicilio paterno.

A fs. 109, la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente informa haber entrevistado a los hijos de las partes, manifestando B. que hacía cinco días que no ve a su papá porque así lo ha decidido ella, y que quiere que su papá la respete, tanto cuando quiere verlo como cuando no quiere verlo. F., por su parte, no tuvo problemas en ir con su papá.



Si bien en esa oportunidad, y como consecuencia del incidente señalado, la madre pidió la suspensión del régimen provisorio homologado, la jueza de grado no hizo lugar a dicho pedido.

El mismo progenitor reconoce a fs. 143/144, que los hijos se resisten a ir con él, cuando pasa a retirarlos, y que en varias oportunidades B. no ha querido ir, en tanto que F. se va con el papá pero no quiere pernoctar en su casa, atribuyendo estas conductas a la influencia materna, contraria al sostenimiento del régimen de comunicación; extremo que es negado por la progenitora.

A fs. 175/184 obran capturas de whatsapp, de las que surgen inconvenientes del padre para cumplir con el horario pactado para el retiro de los niños, como así también la negativa de éstos a irse con él.

Finalmente destaco que a fs. 217, la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente pide entrevistar nuevamente a las personas menores de edad, en el marco de un nuevo pedido de efectivización de astreintes.

Surge, entonces, de las constancias del expediente principal, que en el incumplimiento del régimen de comunicación convergen, además de la conducta de la madre, de confrontación con el progenitor; la conducta de éste, quién tiene dificultades para cumplir con los horarios pactados; y, lo más importante, la conducta de los niños, quienes han manifestado no querer irse con su papá en algunas oportunidades (tal el caso de B.), y no querer dormir en el domicilio del progenitor.

Más allá de los motivos que la generan, y que deben ser analizados con la ayuda de profesionales psicólogos, existe una actitud de parte de los niños, de reticencia para



relacionarse con su papá, que se erige casi como la principal causa del incumplimiento del régimen de comunicación.

Si bien no ignoro, como lo señalé, que el padre responsabiliza a la madre por las actitudes de los hijos, no contándose en los autos principales con el informe de la profesional psicóloga que trata a los niños, ni con un informe pericial psicológico respecto de ellos, resulta prematuro culpar exclusivamente a la progenitora.

A ello agrego que surge también de las constancias de autos que la madre ha puesto en conocimiento del juzgado la negativa de sus hijos, principalmente de B., a concurrir al domicilio del progenitor no conviviente, e incluso solicitó la suspensión del régimen acordado, en tanto podría verse afectado el interés superior de sus hijos. Por lo que considero que, con carácter previo a adoptar la decisión que aquí se cuestiona, debió la magistrada de grado oír a los hijos de las partes.

No paso por alto que la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente ha entrevistado en dos oportunidades a las personas menores de edad, y lo hará próximamente otra vez, y también con relación a la aplicación de astreintes por el incumplimiento denunciado por el padre; pero dada la complejidad de la situación de los adultos, la que indudablemente está afectando a los niños, considero conveniente que sea la jueza de la causa la que tome contacto directo con las personas menores de edad.

Por tanto, entiendo que debe revocarse el resolutorio que aplica las astreintes, ya que no encuentro acreditado el elemento subjetivo (conducta imputable al sujeto incumpliente a título de dolo o culpa).

Ahora bien, volviendo a aquella cita inicial, resulta necesario recordar a los progenitores que, más allá de



los avatares de su relación personal, frente a sus hijos conforman una familia, y que la vista debe estar puesta en el mejor interés de la prole. Por lo que quizá es conveniente reformular el régimen de comunicación oportunamente pactado, flexibilizar posturas y escuchar a los hijos respecto a cuál es el modo en que quieren estar con su papá, sin resignar el derecho de los hijos a mantener una adecuada comunicación con el progenitor no conviviente, y asumiendo los padres la obligación de propiciar la vinculación paterno-filial.

III.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la incidentada, y revocar el resolutorio recurrido, dejando sin efecto la efectivización del apercibimiento dispuesto en fecha 6 de julio de 2018.

Teniendo en cuenta los inconvenientes habidos en el cumplimiento del régimen de comunicación provisorio, y sus distintas causas, puede entenderse que las partes tuvieron razón fundada para litigar, por lo que las costas de ambas instancias se imponen en el orden causado (arts. 69 y 68, 2da. parte CPCyC).

Regulo los honorarios por la labor en la primera instancia en la suma de \$ 6.185,00 para cada una de las letradas patrocinantes de las partes, Dras. ... y ...; y por la actuación en la segunda instancia, en la suma de \$ 1.855,00 para cada una de ellas (arts. 9 y 15, ley 1.594).

Remítanse al Juzgado de Familia n°4 en forma urgente los autos: "R. P. A. D. C/ C. G. J. C/ CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS", expte. n° 79111/2016, en atención a la proximidad de la audiencia allí señalada.

La Dra. Cecilia **PAMPHILE** dijo:

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



Por ello, **esta Sala II**

RESUELVE:

I.- Revocar el resolutorio de fs. 28/29 vta., dejando sin efecto la efectivización del apercibimiento dispuesto en fecha 6 de julio de 2018.

II.- Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado (arts. 69 y 68, 2da. parte CPCyC).

III.- Regular los honorarios por la labor en la primera instancia en la suma de \$ 6.185,00 para cada una de las letradas patrocinantes de las partes, Dras. ... y ...; y por la actuación en la segunda instancia, en la suma de \$ 1.855,00 para cada una de ellas (arts. 9 y 15, ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, remítanse en forma urgente al Juzgado de Familia n°4 los autos: "R. P. A. D. C/ C. G. J. C/ CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS", expte. n° 79111/2016, y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

DRA. PATRICIA M. CLERICI - Dra. CECILIA PAMPHILE
Dra. MICAELA S. ROSALES - Secretaria