Esquel, de octubre de 2010

------**VISTO**: ----------

------El recurso de apelación interpuesto por la Dra. C. M. L. en representación de la parte demandada, y por derecho propio contra la sentencia interlocutoria de fecha 3 de mayo de 2010 (fs. 98/104 y vta.) y que fuera concedido a fs. 106; y----------

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

------1. Que la Sra. Juez de Familia en lo sustancial decidió: a) Rechazar la documental agregada a fs. 37/46, b) No hacer lugar a la demanda incidental promovida por el Sr. V., respecto a la solicitud de custodia compartida y a la modificación de la cuota de alimentos y c) imponer las costas por su orden en lo atinente a la custodia compartida y con relación a los alimentos se las impuso al Sr. V. y regula los honorarios de las Dras. C. M. L. y N. B. en la suma de $ 650 para cada una de ellas con más el IVA pertinente, con más el 10 % para la Dra. B. y el 6 % para la Dra. M. L. del monto del proceso.--------

----------2. *Al recurso del Sr. V. A.:* A fs. 107/111, en primer término el alimentante detalla los agravios que le acarrea dicha sentencia, sintetizándolos en: 1) que se haya rechazado la acción pese a la valoración que la Sra. Juez de Familia efectúa, los cuales pone de relieve en los puntos a) a f) de fs. 107 y vta.; 2) se agravia de que la petición es a los fines de afianzar la responsabilidad parental compartida, la cual ambos padres ejercen de hecho, y que no se intenta alterar la situación familiar actual como lo interpreta la sentenciante; 3) que se halla interpretado el testimonio del Lic. G. como fundamento de la inalterabilidad de la situación actual en lugar de tomarse el mismo como otra arista para conceder la responsabilidad parental compartida; 4) que no se hayan tomado en cuenta los dichos de los niños F. y L. en el sentido que ellos manifestaran que llaman casa al hogar que comparten con su madre como si ello determinara el ejercicio de las responsabilidad parental compartida, emergiendo del informe del Equipo Técnico que todos los días los niños tienen vinculación con el padre; 5) que se hayan evaluado las pretensiones desde la relación "costo-beneficio"; 6) que se cite como pauta de la custodia compartida el mantenimiento del lugar físico; 7) que se rechace *"... la acción pretendida*

sobre la base del interés superior del niño que ha sido desterrado en forma flagrante.”; 8) que luego de sostener la sentenciante que *“... la custodia o responsabilidad parental compartida ejercida por estos padres se trasunta en la toma de decisiones en forma conjunta ...”* para luego afirmar que *“... la custodia detentada por la madre, con el ejercicio pleno de las responsabilidades de padre no conviviente del Sr. V. A., reviste el mejor sistema para los hijos ...”*; 9) que lo agravia el considerando segundo, expresando que: *“... la presente no tiende a lograr la cesación de la obligación alimentaría del Sr. V. para con sus hijos; lo que debe cesar es la percepción por parte de la madre de dicha contribución, pues los niños siempre han sido alimentados por su padre ...”* y que lo los fundamentos en los cuales la sentenciante pretende basar su postura obedecen –a su criterio– a la prestación alimentaria que se da entre un padre custodio y un padre no conviviente y no entre dos padres que conviven equitativamente con sus hijos ; 10) se agravia respecto a lo explicitado en el tercer párrafo del considerando 2) de fs. 103; 11) se agravia del considerando 3) en cuanto no admite la documentación acompañada, por entender que la misma es anterior a la promoción de la demanda; 12) que respecto del reclamo por los alimentos y en atención al resultado de la pretensión, se haya impuesto las costas al alimentante, pues textualiza: *“... en los presentes no se realizó reclamo de alimentos sino la cesación de los mismos, la que se imponía ante la custodia compartida que ni la demandada ni la propia sentenciante desconocen.”*, solicitando por todo ello se revoque la sentencia en crisis en lo pertinente.----------Asimismo le causa agravio los honorarios estipulados a la letrada de la accionada por considerarlos altos (fs. 105).----------

------3. Que corrido traslado a la contraria, contesta memorial a fs. 115/116 y vta., fundando su postura sintéticamente; evaluando la expresión de agravios del recurrente refiriendo que éste no ha logrado demostrar en su libelo, el beneficio que un fallo contrario al atacado le hubiere otorgado y pone de resalto los argumentos que la Sra. Juez de Grado realiza en función de los elementos aportados en la causa, solicitando se confirme en todas y cada una de sus partes la sentencia recurrida por estar ajustada a derecho.--

------4. *Al recurso de la Dra. C. M. L.:* La citada profesional, por derecho propio apela la regulación de sus honorarios (fs. 105), infiriendo que los recurre por bajos.----------

------5. Entrando en el análisis de la cuestión sometida a estudio, este Cuerpo observa que estamos frente a un incidente de modificación de convenio (fs. 20) cuya pretensión está relacionada con la solicitud de la custodia compartida y modificación de prestación alimentaría (fs. 8/12 y vta.), el cual está relacionado con los expedientes Nº 338/07 caratulado: *"C., L. C. y V. A., L. D. s/homologación"* y Nº 183/08 caratulado: *"V. A., L. D.* c/ *C., L. C. s/ Inc. de modificación de custodia en autos Nº 388/07* (art. 177 de la Ley XIII Nº 5, antes Ley 2203, en adelante CPCC).----------

------Que analizada la pieza procesal presentada por el apelante (fs. 107/111), surge que los agravios numerados por el recurrente como 4, 6 y 7, han de ser declarados desiertos pues su redacción resulta oscura y en ocasiones autocontradictoria, al punto que no puede descubrirse en ellos, dos de los elementos esenciales del recurso de apelación, es decir, no aparece con claridad ni la crítica razonada de la sentencia ni el interés del recurrente en su modificación.----------

------Los agravios número 5, 8 y 10, también han de ser declarados desiertos pues el primero y segundo de los mencionados refieren a cuestiones semánticas que no hacen al decisorio y que ningún demérito provocan al recurrente, mientras que el número 8, lejos de perjudicar la pretensión recursiva la sustenta, pues es justamente la decisión de las cuestiones cotidianas lo que puede llegar a fundamentar un cambio en el régimen de responsabilidad parental que pretende el recurrente.----------

------Resulta oportuno recomendar a las partes y especialmente a sus letrados, a que en el futuro concreten sus quejas a aquellas cuestiones que realmente las agravian, evitando diletancias que ponen en riesgo la procedencia. No obstante lo dicho y habiendo mantenido esta Alzada un criterio amplio que permita dar acabada satisfacción a los justiciables corresponde atender al resto de sus quejas.----------

------Del fárrago argumental recursivo al que hemos aludido, quedan como sustrato concreto, los agravios nº 1, 3, 9, 11 y otro que denominaremos 12 en atención a que el recurrente equivocó su numeración. De todos ellos surgen

con claridad tres pretensiones recursivas: 1) La documental incorporada tardíamente debería mantenerse. 2) El cambio de régimen de responsabilidad parental no significa trocar la situación de hecho existente – como sostiene el a quo- sino darle el status jurídico permanente y apropiado, siendo ello no solo conveniente sino también acorde a derecho. 3) El cambio jurídico en la distribución de la responsabilidad parental debe ir acompañado de una modificación en la modalidad conforme a la cual cada cónyuge colabora con el sostenimiento de los menores.----------

------Siendo liminar, corresponde abocarnos primero a la incorporación tardía de prueba documental obrante a fs. 37/46. Asiste razón a la Sra. Jueza a quo en cuanto que la documentación obrante en poder de una de las partes desde antes de la presentación de demanda, no puede ser adjuntada tardíamente, pues no puede configurar hecho nuevo objeto de prueba posterior. Además, conforme resolveremos la tercera cuestión, es decir el cambio en la modalidad de aportes alimenticios, resulta abstracta la demostración de gastos realizados por el padre en exceso al 35% de sus aportes. ----------

------Debemos resolver ahora la modificación del régimen de tutela que originariamente se atribuyó a la madre.----------

------La Sra. Jueza a quo reconoció que *"el tiempo de los accesos de cada padre a los niños se encuentra materialmente distribuido de manera relativamente equitativa"* (fs. 102 5º parr.) y que *"...Han podido adecuarse a las circunstancias cotidianas variables en función de los horarios y actividades de los hijos ..."(* Fs. 100 vta 4º parr.), no obstante considera que debe ser la madre quien *"...adopta las decisiones cotidianas mas frecuentes" (fs. 102 5º parr.)* y que no ve *"circunstancia alguna que amerite la necesidad de innovar en la situación actual y en la organización familiar" (fs. 102 5º parr.).*----------

------El recurrente se queja pues aduce que él no pretende una modificación fáctica sino una adecuación entre los hechos consentidos por ambos padres y el encuadre jurídico pertinente. Le asiste razón. No se encuentra rebatido en autos el hecho de que el Sr. V. permanezca casi el mismo tiempo que la Sra. C. al cuidado de sus hijos, pues si bien la madre supera al padre en algunas horas, no debe soslayarse que buena parte de ellas, los niños están dormidos pues pernoctan en casa de su progenitora de lunes a viernes. Esta

distribución voluntariamente aceptada por ambos padres, es distinta a la descripta en el acuerdo de comunicación y alimentos obrante a fs. 14 y vta. pues el padre ha asumido de hecho una responsabilidad parental igual a la de la madre permaneciendo con los hijos muchas mas horas de las que se pactó en su momento. Los hechos han variado y el encuadre jurídico debe también variar adaptándose a estas nuevas circunstancias. La nueva organización de responsabilidad parental debe ir acompañada por una situación jurídica consecuente. En concreto, estando el padre a cargo de los niños con la misma frecuencia que la madre debe estar habilitado también para "*adoptar las decisiones cotidianas mas frecuentes"* durante el lapso que ejerza cuidado sobre ellos. Esto lejos de alterar la distribución de responsabilidad parental acordada por los padres maximizará su eficiencia redundando en beneficio para los niños. La jurisprudencia ha dicho *"La ley no prohíbe la tenencia conjunta, sencillamente no la legisla; pero la ausencia de normas no permite olvidar que los niños necesitan siempre a ambos padres, pues los contactos continuos y significativos entre los padres disminuyen el impacto traumático del divorcio de los hijos. Por otra parte no existe interés del estado en no aceptar una responsabilidad mas amplia y dedicación duplicada, salvo el caso de que tales acuerdos resultaran perjudiciales para los hijos … Aunque se creyera que el art. 264 inc. 2º del Cod. Civil impide otorgar la tenencia en forma conjunta a los padres de los menores, lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño debería hacer variar la solución ante el superior interés de estos niños…. (CNCiv. Sala J "P.F.E. y P., E.N. s/divorcio art. 215. Proceso especial". www.afamse.org ar.)"*----------

---

------Lo expuesto no significa alterar los demás aspectos en el ejercicio de la patria potestad pues "*…El proyecto de compartir la responsabilidades paternas sobre el hijo es mucho mas que la elección de los lugares de residencia del mismo. La tenencia compartida, no consiste en partir al niño en igualdad matemática alguna entre los padres; consiste, en cambio, en reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, sus recursos, sus posibilidades y características personales, las responsabilidades y deberes"* . Los niños seguirán habitando en casa de la madre de lunes a

viernes y trasladándose a la del padre durante los fines de semana, tal como exitosamente se desarrolló hasta el momento; las decisiones importantes a su respecto han de seguir tomándose en forma conjunta y los horarios seguirán siendo los mismos, sin que la juridización de un estado de facto vaya a cambiar en nada esto último.----------

------Es preciso ahora referirnos a la alteración de la modalidad en que cada progenitor contribuye al sostenimiento de los hijos adelantando desde ya que ella tampoco debe ser alterada.----------

------Relata el Sr. V. que, además de su aporte porcentual, realiza otros gastos durante el tiempo en que está con sus hijos y está bien que así sea pues los padres deben colaborar en el mantenimiento y desarrollo de sus hijos dentro del máximo de sus posibilidades. En lo concreto, el Sr. V. en la actualidad aporta el 35% al que se comprometió conforme acuerdo obrante a fs. 14 y vta. del presente expediente, con mas los gastos que le irroga la manutención de los hijos durante las horas que permanecen bajo su cuidado. No demostró el recurrente que el incremento de hecho que se registró en su aporte alimenticio le esté produciendo quebranto o privación de necesidades básicas, en consecuencias deberá seguir cumpliendo con ese 35% al que se comprometió, sin perjuicio de los demás gastos que realice como lo viene haciendo hasta el momento. Tampoco acreditó que la madre de los niños realizara un sacrificio menor que amerite una alteración en la distribución de las cargas.----------

------Además de lo dicho consideramos que debe seguir siendo la madre quien administre la mayoría del dinero necesario para la manutención de los niños en atención a que pernoctan, almuerzan y cenan con ella de lunes a viernes todo ello al margen de los gastos extras que el padre pueda y quiera hacer.----------

------Conforme al resultado obtenido deviene en abstractas las apelaciones tanto respecto a los honorarios de la Dra. B. como los de la Dra. M. L., pues ambos deben readecuarse.----------

------En atención a como quedó resuelta la cuestión, la totalidad de las costas, tanto respecto a la custodia como a los alimentos han de imponerse en el orden causado, readecuándose los honorarios profesionales a esta nueva circunstancia en la cual no hay ni vencedores ni vencidos, razón por

la cual la apelación de los honorarios de los letrados, ya sea por altos o por bajos, deviene abstracta. En tal sentido se deben regular nuevamente los honorarios profesionales, calculando los de la Dra. M. L. en $ 1.800 y los de la Dra. N. B. en $1.200, con mas el IVA pertinente, por la actuaciones de las nombradas en primera instancia.---------- -------Asimismo corresponde regular los honorarios de la Dra. C. M. L. en la suma de $ 600 y para la Dra. N. B., en la suma de $ 400, ambos montos más el IVA pertinente y por la labor desarrollada en esta Instancia. (art. 13 Ley XIII N°4 DJP).----------

-------Por ello, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, --

----------**R E S U E L V E:** ----------

-------1°) ***REVOCAR*** parcialmente la sentencia apelada, disponiendo en sustitutiva que el régimen de responsabilidad parental -guarda- será compartido en forma igualitaria por ambos progenitores sin que ello implique modificación respecto al lugar de residencia de los menores ni la distribución horaria que, de hecho, tienen convenida ambos padres en la actualidad.----------

------2°) **READECUAR** las costas y honorarios fijadas (art.282 del CPCC) imponiendo las mismas en ambas instancia por su orden, y fijar los honorarios de la Dra. C. M. L. en la suma de $ 1.800 y a la Dra. N. B. en la suma de $1.200, ambas sumas más el IVA pertinente, respecto a labor desarrolla en la instancia de origen (arts.5,6,7,8, 24, 32 y 46 Dto.Ley Arancelario).----------

-------3°) **ESTABLECER** los honorarios de la Dra. C. M. L. y N. B. por la actuación en esta Alzada, fijándolos en la suma de $ 600 y $ 400 respectivamente, ambos con más el IVA pertinente, (art.13 Ley XIII N°4 del DJP).----------

------3°) Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

GÜNTHER ENRIQUE FLASS

JORGE L. FRÜCHTENICHT **CLAUDIO A. PETRIS**

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2010 DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS CIVIL.-CONSTE.