Esquel, de mayo de 2012.-

------VISTO: ----------

------El recurso de apelación interpuesto por la Dra. C. M. L. en representación del actor Sr. R. C. y por su propio derecho, contra la sentencia N º 124.2011 y del 28 de diciembre de 2011 (fs. 514/529) y que fuera concedido a fs. 534; y, ----------

------CONSIDERANDO: ----------

------1. Que la Sra. Juez de Familia en lo sustancial decide: A) rechazar la demanda de custodia, atribución del hogar conyugal, régimen de comunicación y cese de cuota alimentaría promovida por el Sr. R. C.; B) hacer lugar a la reconvención planteada por la Sra. I. B. L., disponiendo que la custodia de los niños menores será ejercida por la progenitora; C) asignar el hogar conyugal a la Sra. I. B. L. y su grupo familiar conviviente; D) establecer la cuota alimentaría a favor de los niños y a cargo del progenitor, con mas una suplementaria que se liquidará oportunamente; E) imponer costas al vencido, Sr. R. C., regulándose los honorarios de la Dra. C. M. L. en el 18% y los de la Dra. A. R. en el 20%, en ambos casos conforme al monto del proceso, no pudiendo ser el resultante, en ninguno de los casos, inferior a 20 (veinte) JUS, con más el IVA que corresponda.----------

------2. Que a fs. 544/547 y vta. el apelante concreta su disconformidad que puede resumirse en las siguientes quejas: 1) negativa a reconocer legitimación procesal a E. R. C. quien, siendo menor de edad al iniciarse la acción, adquirió mayoría durante el transcurso de ella. Aduce que se disminuyeron las garantías que poseía el joven, violando el principio de no regresión en la tutela pública; 2) aduce que el único fundamento seguido por a quo para atribuir a la madre la custodia de J., D. y R. fue la transcripción de informes del SAVD, desoyendo el del ETI que habría dictaminado en sentido contrario; 3) sostiene que la atribución del hogar conyugal se fundó solo en falsedades pergeñadas por la Sra. L.; 4) dice que el régimen de comunicación dispuesto en la sentencia contradice la realidad de los hechos; 5) califica de incomprensible la cuota alimentaría impuesta(30 %) siendo que la madre también trabaja; 6) impugna la

imposición de costas por ser contraria a la realidad económica del obligado.----------

------3. Que corrido traslado a la contraria (fs. 548), la misma guarda silencio.----------

------4. Que no obstante haber tomado conocimiento del grupo familiar en otras oportunidades, a pedido de la representante del Sr. C. (fs. 551), se realiza nueva audiencia en los términos del Art. 130 de la Ley III N º 21 a la cual asiste el Sr. C., la Sra. L. y los hijos de ambos: E. R., J. E., D. N. y R. Y. (fs. 554 y vta.).----------

------Tras el diálogo mantenido –en presencia del Sr. Asesor de Familia e Incapaces– y en forma individual con cada uno de los hijos del Sr. C. y de la Sra. L., y posteriormente con los adultos, éstos convienen un régimen de comunicación, el cual es homologado en la misma audiencia y en los siguientes términos: *"I) El Sr. R. C. mantendrá comunicación con sus hijos D. N. y R. Y. los días lunes y miércoles en el horario de 16 a 21 hs. y los días sábados de 12 a 20 hs. y a la semana siguiente el día domingo en el mismo horario, siendo la comunicación los sábados y domingos alternados en la forma dispuesta y en el horario allí establecido, II) Que si los niños tuvieran que desarrollar alguna actividad o deben concurrir algún lugar, será el progenitor con el que estén en ese momento quien los acompañará. III) Los padres conciertan que los niños irán y regresarán solos a la casa de su padre y madre respectivamente, en virtud de la cercanía existente*".----------

------A consecuencia del acuerdo al que arribaron las partes el agravio referido al régimen de comunicación entre los menores D. N. y R. J. con su padre, resulta carente de virtualidad.----------

------Resta decidir entonces lo atinente a la menor J. E. C..----------
---

------La a quo, dispuso que el contacto entre padre e hija se hará en forma telefónica y fluidamente, atribuyendo al padre el deber de *"maximizar los recursos … a efectos que el mismo … en el futuro sea ampliado"*. Como única crítica a ello, el recurrente aduce que la menor *"…busca relacionarse en forma asidua…"* con su hermano y con su padre, mas no explica en que constancias de autos fundamente tal aseveración, la cual, por otro lado, no coincide con lo expuesto por la menor en la audiencia de fs. 554 vta. Siendo

que, tal como lo dijimos la única crítica intentada es la expuesta ut-supra, el agravio en cuestión no puede tener resolución favorable. ----------

------5.1. Que en lo tocante al primer agravio, es decir el rechazo a la legitimación como parte procesal, de E. R. C., adelantamos que la misma no tendrá resolución favorable en esta Alzada.----------

------La reforma al Código Civil introducida por Ley 26.579, unifica la edad necesaria para alcanzar la mayoría de edad en dieciocho años, adecuando así el derecho interno con las disposiciones de la Convención Sobre los Derechos del Niño (Art. 1º). Ahora bien, la capacidad procesal no necesariamente ha de coincidir con la capacidad civil, toda vez que la entrada al proceso no depende solo de la aptitud para desenvolverse con individualidad responsable, sino de un criterio técnico que es la calidad de parte.----------

------Si bien a fs. 58/60 el Sr. R. C. sostiene que su hijo E. R. acciona por los otros requerimientos que el progenitor efectúa, no consta presentación en nombre propio por sí o a través de apoderado, conforme hubiera correspondido al alcanzar la mayoría de edad, cesando automáticamente la representación del padre.----------

------No existiendo norma alguna que habilite al Juez a instar de oficio la presentación del hijo mayor de edad cuando este no comparezca ni formule su decisión al respecto, y no habiéndose apersonado voluntariamente el Sr. E. R. C., no corresponde tenerlo por parte. El agravio deberá ser desestimado.----------

------5.2 Que con relación a la custodia de los niños D. N. y R. Y. y de la joven J. E. a favor de la Sra. L., adelantamos que lo resuelto por la Sra. Juez de Familia debe ser confirmado.----------

------Según el recurrente la sentencia hace un análisis parcial de los distintos informes obrantes en autos, pues soslaya el dictamen del ETI. Desde ya que tal afirmación es falsa y de ello da buena cuenta las referencias contenidas a fs. 521 vta. 522, 522 vta. 523 y 523 vta. Lo hasta aquí expuesto es motivo suficiente para rechazar el agravio bajo análisis. No obstante, en numerosas ocasiones hemos dicho que el Juez de la instancia no está obligado a mencionar en su sentencia todas las pruebas producidas, sino solo aquellas que mayor convicción le causen, con la sola limitación de no

incurrir en arbitrariedades o transgresión a normas positivas concretas, lo cual no ocurrió en la presente causa ni fue invocado por el hoy recurrente.--
------Resalta el Sr. C. algunos datos del informe ETI, tales como que la Sra. L. se encuentra en una período de afianzamiento, en demérito de su función materna y con ciertas deficiencias que hacen sugerir a los expertos una custodia compartida *"coloquialmente, que vayan y vengan entre ambos padres"*. Advierte que en las intervenciones del SAVD jamás se entrevistó al hijo mayor E. R.. Carga tintas sobre la gran cantidad de inasistencias escolares y concluye relatando casos puntuales de desatención a los menores.----------
------Resulta claro que el conflicto familiar se encuentra transido por las distintas formas de pensar, ver o sentir de los padres, y su imposibilidad de lograr acuerdos. Cada uno de ellos intenta educar a los hijos dentro de catálogos axiológicos tan opuestos como rígidos, convirtiéndolos en rehenes de ese choque cosmovisional que terminó destruyendo a la pareja. No estamos llamados a decidir cual de ambos extremos es el acertado, solo tratar de resguardar a los menores, buscando la solución mas adecuada a su bienestar.----------
------Cierto es que el ETI aconseja una custodia compartida, pero no debemos soslayar lo dictaminado por el Dr. Daniel Sgrablich a fs. 274 cuando dijo *"Ambos progenitores se posicionan como el mas apropiado para ejercer la custodia de sus hijos. Pero ninguno ha logrado adecuarse a los cambios necesarios para la interrelación de una familia disgregada"*. Entendemos que en esta situación, la custodia conjunta, solo servirá para agravar el conflicto. Cada padre luchará para imponer sus expectativas opuestas en la educación de los hijos dentro de un comportamiento *"querellante y vindicativo",* pues *"es muy difícil que puedan reconocer a los hijos como individuos con necesidades, ya que la prioridad será la pelea con el ex cónyuge vivenciado como enemigo"* (fs.274 vta.). Los niños se verían involucrados en esta confrontación donde se gana o se pierde, con las nocivas consecuencias que ello traería.----------
------Estamos en condiciones de sostener que la mejor solución pasa por atribuir la custodia a uno u otro progenitor. Resta ahora decidir a cual de ellos.----------

------En la actualidad, la custodia es ejercida de hecho por la madre. El Hijo mayor, E. R. alcanzó ya la mayoría de edad y, según relató a este Tribunal en la audiencia de fs. 554/vta, se encuentra en proceso de conformar una nueva familia, por lo cual solo atenderemos a la situación de los otros hermanos.----------

------Los inconvenientes que los menores exhiben en su rendimiento escolar, o el hecho de que, en ocasiones, la madre los deje al cuidado de la abuela, no aparecen como motivos suficientes para mutar la situación fáctica imperante.----------

------Paralelamente es necesario advertir que los menores, en la audiencia llevada a cabo ante este Tribunal, manifestaron su conformidad con la situación actual y dijeron estar a gusto viviendo con la madre. Los niños no sólo tienen el derecho a ser oídos *(art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; arts. 3 inc. "b" y 24 de la Ley 26.061; art. 19 inc. "e" de la Ley 4.347; pto. 2 inc. "j" de la Reglamentación de la Ley III Nº 21, Anexo I del Dec. 1.631/99)*, sino también a que *"su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que los afecte",* (art. 27 inc. "b" de la Ley 26.061). No significa ello que el Tribunal ha de decidir conforme a la voluntad de los menores pues se los estaría convirtiendo en árbitros soberanos de una situación que no están capacitados para dirigir. Sin embargo, lo expresado por los menores, sumado a las circunstancias antes apuntadas, dan motivo suficiente para confirmar lo decidido en la anterior instancia.----------

------Por último ha de tenerse en cuenta que las decisiones sobre guarda de niños y/o adolescentes, no revisten carácter de definitivas; son esencialmente revocables y provisorias. Siempre subsiste el poder del Juez para modificarlas y adecuarlas a la conveniencia del devenir futuro. *"La materia sobre la que se resuelve no agota la sustancia del pleito, siendo revisable en caso de variar las circunstancias de hecho que dieron lugar a su dictado."* (STJ Tierra del Fuego, 8/10/1997 LL 1998-F-571).----------

------5.3 Que con relación a la atribución del hogar conyugal, adelantamos nuestra coincidencia con lo resuelto por la Sra. Juez de la anterior instancia. Entendemos que el *status quo* vigente al inicio de la acción, es un elemento relevante y debe ser valorado con atención. Compartimos el criterio según el

cual *“En materia de atribución del hogar conyugal es de aplicación el principio que establece la obligatoriedad de mantener el "statu quo", hasta que se determine expresamente y de manera definitiva en la sentencia de divorcio.” (Cámara Nacional en lo Civil, sala K en “S., M. H. c. S., C. A.”LL 1992-C, pág. 314).*----------

------En cuanto a la argumento de que la Sra. L. se ha dispuesto a *“vivir en el hogar conyugal con su concubino”* , tal circunstancia no se encuentra suficientemente acreditada en autos, ni es por si gravitante como para modificar la atribución del hogar conyugal; salvo que se demuestre, claro está, la peligrosidad del nuevo integrante hipotético, cuestión que no ocurrió en autos.----------

------Concretamente, y ante la ausencia de causas graves que indiquen la necesidad de alterar el estado de cosas imperante y frente a la conveniencia de mantener la situación fáctica preexistente, como modo de proveer al mejor bienestar de los menores, corresponde confirmar la resolución recurrida. ----------

------5.4 Que con relación a los alimentos, en primer término, y reiterando doctrina sostenida por esta Alzada, diremos que la determinación de la cuota alimentaría constituye una ecuación insoslayable entre la compatibilización de la necesidad del alimentado y la posibilidad del alimentante.----------

------El monto de la cuota de alimentos establecida para los hijos, equivalente al 30 % de los haberes que percibe el Sr. C. como integrante de Gendarmería Nacional, deducidos los descuentos de ley con más las asignaciones familiares y el sueldo anual complementario, resulta apropiado y debe confirmarse.----------

------Surge de las actuaciones que la Sra. Juez de Familia ha fijado el porcentaje referido valorando correctamente los ingresos del Sr. C., sopesándolos con la actual situación del grupo familiar conviviente evidenciada en los distintos informes técnicos realizados.----------

------Por todo ello debe confirmarse la cuota dispuesta por el *a quo,* en función del caudal económico del alimentante que surge no sólo de la prueba directa (recibos de sueldo), sino también de indicios y presunciones con las condiciones de eficacia que le son propias, valoradas con criterio amplio y a favor de la pretensión de la Sra. L. en representación de sus hijos

D. N. C., R. Y. C. y J. E. C.. Esto no implica desconocer la correlativa obligación que pesa sobre la progenitora, pero a este respecto no podemos soslayar que la madre, necesariamente contribuye con la crianza aportando tiempo y dedicación que, aunque no traducen un valor monetario, limitan las posibilidades de realizar tareas remuneradas. Se ha dicho que "*La tenencia ejercida por la madre configura un importante aporte con trascendencia económica*" *(C. N. Civil, sala J, 10 agosto 1992, "De la F. M. I. c/ Z. S. C. A. –La Ley, 1993-D-, 535, sec. Jurisp. Agrup., caso 9241)*; como asimismo: "*La obligación materna de contribuir al mantenimiento de los menores se encuentra cubierta por el mayor cuidado y dedicación que aquélla les imparte, así como también por los diversos gastos menores que cotidianamente debe efectuar quien detenta la tenencia de los hijos*" *(C. N. Ciiv., Sala F, 13/5/87, R. 26.322; id. 17/5//88, R. 34.887, en "Régimen Jurídico de los alimentos" de Gustavo A. Bossert, pág. 235, Edit. Astrea, año 2000).*----------

------5.5 Que ingresando al estudio del agravio sobre la imposición de costas, este Cuerpo entiende que para la distribución de las mismas ha de tenerse en cuenta, el tipo de proceso del cual se trata, la índole de la cuestión que se debate y el modo en que se resuelve.----------

------En las presentes actuaciones se han imputado las costas al actor, lo cual resulta no solo adecuado a la manda del Art. 69 C. P. C. y C en cuanto resultó perdedor, sino también a la naturaleza de las cuestiones debatidas.--

------El argumento recursivo, conforme al cual la imposición de costas resulta *"un despropósito"* que omite ver la realidad económica del Sr. Román, no puede tener recepción favorable en esta Alzada pues no es criterio valuable al momento de distribuir costas. Todo litigante que no pudiera asumir los gastos causídicos cuenta con el instituto del beneficio de litigar sin gastos, siempre que reúna las condiciones necesarias para su concesión, pero la imposición de costas no obedece a la fortuna de la parte, sino al resultado del pleito y la sustancia litigiosa. El agravio bajo análisis ha de ser rechazado.----------

------6 Que con relación a la apelación de la Dra. C. M. L., por los honorarios regulados en la primera instancia y a los cuales tacha de exiguos; surge de las actuaciones que el *a quo* los calculó conforme a las a las pautas de los arts. 5, 6, 7, 8, 9, 18 y 24 Ley XIII N º 4 y su modificatoria Ley N º XIII N º

15, atendiendo el mérito de la labor profesional desarrollada, valorando la calidad, eficacia y extensión del trabajo, resultado obtenido, carácter en el que ha actuado, monto y tipo de proceso.-

------Revisados los cálculos pertinentes, en base a la aplicación de las normas referidas, este Cuerpo entiende que el porcentaje fijado en concepto de honorarios es correcto, por lo que debe confirmarse.----------

------7. Que resta referirnos a las costas de la presente Alzada las cuales han de imponerse al recurrente vencido conforme principio objetivo de la derrota.----------

------8. Que procediendo a la regulación de honorarios ellos han de establecerse para la Dra. C. M. L. en el 4,5 % y para la Dra. A. M. R. en el 7 %, en ambos casos de lo regulado en la primera instancia, con más el IVA pertinente (Art. 13 Ley XIII N º 4).----------

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

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

------1º) **CONFIRMAR** la sentencia de fecha 28 de diciembre de 2011 registrada bajo el N º 124/2011 obrante a fs. 514/529 y vta. en cuanto ha sido materia de recurso.----------

------2º) **IMPONER** las costas de esta instancia al apelante vencido (Art. 69 del C. P. C. y C.).----------

------3º) **REGULAR** los honorarios de la Dra. C. M. L., por su actuación en esta Alzada, en el 4,5 % y los de la Dra. A. M. R. en el 7 %, en ambos caos del porcentaje establecido en la instancia anterior con más el IVA que les correspondiere (Art. 13 Ley XIII N º 4).-------

------La presente resolución es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V, Nro. 17 del D. J. P.).---

CLAUDIO ALEJANDRO PETRIS GÜNTHER ENRIQUE FLASS

REGISTRADA BAJO EL N º 87 /12 CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS CIVILES.- CONSTE.-