En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de febrero del año dos mil trece, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dr. Fernando Nahuelanca y asistencia del señor Juez de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre y de la señora Jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"A., M. I. c/ T., J. O. s/ CUSTODIA Y ALIMENTOS", expte. nro. 383/12,** venidos del Juzgado Letrado de Familia nro. 2 (expte. nro. 628/11), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 244), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dra. Silvia Noemí Alonso y Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 167/173? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que por resolución de fs. 167/173 se decide la responsabilidad parental compartida del niño M. A. T. a cargo de su progenitores, estableciendo pautas de cumplimiento de la presente y fijando una cuota alimentaria a favor de su hijo a cargo del demandado e imponiendo las costas por el orden causado.

Apela la actora –luego reconvenida- a fs. 182, a tenor del informe de fs. 211/212vta. –contestados a fs. 228/229vta.-; sus letradas por derecho propio y en referencia a los honorarios fijados en el fallo, por

bajos conforme fundamentos de fs. 183/184; la demandada –luego reconviniente- a fs. 193 y a tenor del informe de fs. 214/223 –contestados a fs. 230/237- y a fs. 240/241vta. se lee la opinión del Ministerio Pupilar en representación promiscua del niño involucrado en la presente causa. A los fines de los arts. 14 y 130 de la Ley III-N° 21 y el art. 12 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño se llevó a cabo la audiencia de rigor tal como obra fs. 227.

La actora limita su revisión a la imposición de costas por el orden causado argumentando en pos de su liberación. La demandada, desestima la modalización del fallo y argumenta en pos de sus pretensiones iniciales desarrolladas tanto al momento de contestar la demanda como al de la reconvención. Opone al régimen decidido por la iudex a quo los principios de estabilidad y de unión familiar considerando errónea la valoración probatoria, además de los planteos subsidiarios dando mayores precisiones en cuanto a la inconveniencia del régimen dispuesto, ya que afectarían los intereses del menor, considera, además, en capítulo aparte, excesiva la cuota alimentaria.

Así, resulta lógico y necesario revisar, en primer lugar, la queja de la demandada reconviniente, ya que puede incidir en la solución de los otros planteos.

Atento a que la obligación de los magistrados de decidir las cuestiones conducentes para el fallo se circunscribe a las que estimen necesarias para la sentencia que deben dictar (Santiago C. Fassi en “Código procesal...”, t. I, pág. 278), y a que no se encuentran ceñidos a seguir el enfoque jurídico esgrimido por las partes, ni tampoco a rebatir todos y cada uno de sus fundamentos por ellas invocados (fallos

258:304, entre muchos), limitaré mi actuación a considerar los agravios sobre aquellas cuestiones centrales que sean útiles a tal fin (Fallos 272:225, entre muchos, y CNCiv., sala C, 23/03/2011 – "Ferrocarriles Metropolitanos SA c. Agli, Jorge A." en JA 2011-IV, fascículo n. 5, pág. 61).

Bien se ha dicho que las soluciones rígidas impuestas por el legislador con una sola vara de medir, nunca son las adecuadas para todos los problemas porque constituyen un molde que puede ser justo para algunos casos, pero resultar absolutamente inadecuado para otros. La flexibilización del modo de decidir cuestiones como las que motivaron la presente causa y su cumplimiento no afecta el principio de congruencia en la medida en que se logre el fin primordial en la materia (ver Kielmanovich en "Procesos de Familia, editorial Abeledo Perrot 1998, págs. 15 y ss.; "Los jueces frente a la tenencia compartida" por Guilisasti, Jorgelina, 23-julio-08, cita: MJ-DOC-4102-AR - MJD4102, entre otros).

Además, y en contra de la contundente opinión formulada por la recurrente (fs, 215vta. 1er. párr.) de ningún modo resulta arbitraria la decisión de otorgar la atribución de la responsabilidad compartida y no el ejercicio de la autoridad parental exclusivamente al reconvincente, ya que tal régimen resulta admisible de conformidad a los antecedentes obrantes en autos y se va imponiendo en la opinión de la doctrina y jurisprudencia tal como lo he señalado en la causa antecedente "M.P.G.c/ C.L.P." (expte. N° 432/2012) RSD N°11/2012, citando, v. gr., a Solari, Néstor E. en "Ejercicio compartido de la autoridad parental" publicado en LLBA 2008 (mayo), 367; "Los jueces frente

a la tenencia compartida" por Guilisasti, Jorgelina, 23-jul-08, cita: MJ-DOC-4102-AR - MJD4102; "La tenencia compartida: Una mirada desde la Convención sobre los Derechos del Niño" por Zalduendo, Martín, publicado en: LA LEY 26/09/2006, 4 - LA LEY 2006-E, 512 - DJ 18/10/2006, 476 comentando el fallo de la CNCiv., Sala E, 2006/06/09 –"H., N. G. c. F., G. H."; CApel. Cic. y Com. de Azul, Sala II, 06/04/2001 –"T.C.A. C/ M.J. S/Tenencia"- LLBA 2001-1443, entre muchos).

La crítica en cuanto a la valoración de la conducta de las partes, tal como emergen tanto de sus presentaciones, antecedentes y prueba adquirida, no se compadecen con lo verificado y considerado por la sentenciante. En efecto, de ningún modo surge de los considerandos que las manifestaciones unilaterales de las partes hayan sido decisivas a la hora de resolver. Lo han sido cuando tales alegaciones han encontrado sustento probatorio suficiente como en el caso de las dificultades generadas por el padre obstaculizando el vínculo del niño con su madre, tal como bien se señala a fs. 171 gracias al aporte testimonial y fundamentalmente a los informes inimpugnados en tiempo y forma del ETI de fs. 96/97 y 117.

La presunción de "inconveniencia" desarrollada a fs. 222, p. 49 y ss. resulta extemporánea por prematura, ya que no contempla la oportunidad que les otorga el p. 2. del fallo impugnado, todo dependerá de la flexibilidad, tolerancia y amor por el niño que tengan las partes, para que el plan a elaborar pueda cumplirse con éxito. En cuanto a este último aspecto debe tenerse en cuenta que la fijación de un régimen consensuado y homologado son cuestiones de familia que no causan estado, y por lo tanto susceptibles de

modificación según lo aconsejen las circunstancias de hecho, los intereses en juego y sobre todo el de los niños, queda en las partes la posibilidad de solicitar su modificación, probando el cambio de las mencionadas circunstancias tenidas en mira al resolver el presente (ver, v. gr., Cámara de Familia de Mendoza, 30/11/2010 –"A. A. V. B. c/ R. N. C. s/ régimen de visitas"- ver en www.asapmi.org.ar/publicaciones/jurisprudencia/articulo.asp?id=549).

No se advierte cuál es el perjuicio que se quiere evitar tras la lectura de los argumentos vertidos a fs. 218 p. 21 y ss. si se entiende en su real dimensión la modalidad del régimen decidido y a contribuir en su desarrollo, pues es el que mejor satisface el principio enunciado en el caso concreto y superador de todos los conflictos originados y que motivaron esta actuaciones y las que obran por cuerda.

Vale resaltar la adhesión al fallo por parte de la representación promiscua del menor (fs. 240, punto IV).

La queja por la cuota alimentaria no encuentra sustento en ningún dato de la realidad económica del demandado y por el contrario ha sido la sentenciante quien tomando en consideración le necesidad de cuidados y alimentos de la otra hija menor de edad a su cargo procuró ser prudente en su apreciación y estimo que lo ha sido, su rebaja respondería no ha una critica fundada sino a la mera disconformidad con lo resuelto.

Así, propongo al acuerdo el rechazo del recurso opuesto por la demandada reconviniente y se tengan presentes todas las reservas formuladas en el p. IV.

De conformidad con el resultado de la litis no

puede concluirse de modo cierto en cuanto a la configuración de un derrotado y un ganador, salvo el manifiesto deseo de que todo redunde a favor del menor involucrado, de allí que considero que en el juego de pautas que regulan la imposición en costas, lo decidido responde a principios legales y de equidad (cf. art. 72 Ley XIII-N° 4 y 15). Propongo, en consecuencia, mantener firme el fallo en cuanto a la queja de la accionante.

Las mismas razones que han llevado a confirmar la sentencia en cuanto a los agravios por costas inciden a la hora de la regulación de honorarios, las partes han logrado un resultado ajeno a sus pretensiones iniciales y que no autoriza a utilizar pautas concretas de la ley de aranceles, sino la genéricas, de allí su fijación y en especial el art. 5 incs. c y f de la Ley XIII-N° 4 y 15. Por lo que propongo el rechazo de la queja de las letradas de la demandada.

De conformidad con lo propuesto y habiéndose rechazado los recursos de apelación articulados por ambas partes, considero que debe mantenerse el mismo criterio que el utilizado en la instancia anterior, esto es imponer las costas de la alzada por su orden y diferir la regulación de honorarios al momento del acuerdo, en el que se tendrán en cuenta las pautas de la ley de aranceles profesionales y las reservas formuladas por la actora reconvenida.

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

1) Rechazar los agravios de ambas partes y los de las letradas de la demandada y, en consecuencia, mantener firme la sentencia de fs.167/173 en cuanto fue motivo de impugnaciones.

2) Costas de la alzada por su orden y se difiere

la regulación de honorarios de los letrados intervinientes al momento de acuerdo, todo de conformidad con los considerandos correspondientes. Se tiene presente la reserva formulada por la actora a fs. 223, p. IV.

A la primera cuestión la Dra. Alonso dijo:

1. El fallo apelado y los agravios.

El alcance del fallo, los datos de los recursos y el contenido de las expresiones de agravios han sido reseñados por el primer votante y a tales consideraciones me remito a fin de evitar repeticiones estériles.

2. Tratamientos de los agravios.

2.a. El recurso del demandado.

El recurrente centra el agravio en la vulneración de los principios de estabilidad y de unión filial.

Sin dudas el mentado principio se erige en una pauta esencial en el entendimiento de que es necesario para el desarrollo sano de las personalidades en formación. Pero es claro que el mismo no es sinónimo de inamovilidad definitiva de la situación existente al tiempo de juzgar porque es el principio del interés superior del niño el que rige la solución del caso.

Y, en el caso que nos ocupa, concretamente se ha demostrado que tal solución se contrapone al mejor interés del niño.

Tengo presente la opinión fundada en los hechos y en el derecho de la Asesoría de Familia –fs. 240/241- a cuyos argumentos me remito, fundamentalmente en cuanto refiere a los informes técnicos.

Es contundente en tal sentido la conclusión del

Equipo Técnico Interdisciplinario obrante a fs. 96/97 y 171, los que observan severamente el modo de ejercicio de la parentalidad por parte del Sr. T. que implica la anulación de la progenitora al descalificar el rol materno.

En este contexto, el otorgamiento de la tenencia compartida busca asegurar el ejercicio de un derecho humano básico del niño como lo es el de la coparentalidad desde que es indiscutible que el adecuado desarrollo emocional de todo niño requiere que los padres luego de la separación producida sigan funcionando como tales.

En dicho marco, la decisión, lejos de ser arbitraria, es la que consagra el derecho del niño a tener a ambos padres, a relacionarse con ellos afectiva y materialmente, garantizando la permanencia de los cuidados parentales y con ello el mejor cumplimiento de las funciones afectivas y formativas, aventando la realidad de un progenitor discontinuo.

La decisión, no vulnera el principio de la unión filial, tiende a preservar en debida forma los vínculos filiales. Ello en tanto es lo que más se asemeja a una situación en que todos conviven y la que permite el goce más efectivo del derecho que los hijos tienen a vivir con ambos padres y del derecho que los padres tienen a vivir con sus hijos.

Tal como he señalado en anterior pronunciamiento; es obvio que la tenencia compartida requiere por parte de todos los miembros de esta tríada un mayor compromiso y una mayor responsabilidad, pero esta aparente dificultad no ha sido soslayada por la jueza de grado, conforme lo resuelto en los puntos 2° y 3° de la resolución en crisis. Sin perjuicio de ello, al

mismo tiempo es la solución que mayores satisfacciones aparejará para el hijo y para los padres (cf. Martín Zalduendo, “La tenencia compartida: Una mirada desde la Convención sobre los Derechos del Niño”, LL-2006-E, 512).

En la década del 80, la prestigiosa jurista Cecilia Grossman, siempre a la vanguardia, incorporó al debate doctrinario de nuestro país las ventajas del instituto que hoy nos ocupa. Desde entonces, la evolución de la figura ha sido incesante y hoy es el criterio mayoritario como bien lo evidencia con citas doctrinarias y jurisprudenciales el anterior votante (en el mismo sentido Méndez Costa, María J., "Patria potestad del progenitor excluido de la guarda del hijo", LL, 1996-D, 678; Belluscio, A. C., "La incidencia de la reforma constitucional sobre el derecho de familia", LL, 1995-A, 936, ap. V-F "in fine"; Mizrahi, Mauricio “Familia, matrimonio y divorcio", p 424 y ss., Buenos Aires, 1998; Oppenheim R.-Szylowicki, S., "Partir o compartir la tenencia", Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia N° 5, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 73 y sigtes.: Barbero, "Padres que dejan de convivir pero que acuerdan seguir coejerciendo la patria potestad: ¿lesión al orden público?, LL, 1989-A, 94; Stilerman, Marta N., "Menores", p. 137, ed. Universidad, Buenos Aires, 1991, citados por Delia Iñigo, “Una acertada decisión judicial sobre patria potestad compartida, LL 1999-D, 477; ídem Ana M. Chechile, "Patria potestad y tenencia compartidas luego de la separación de los padres: desigualdades entre la familia intacta y el hogar monoparental", J.A., 2002-III-1308, entre otros).

Esta importante evolución doctrinaria y

jurisprudencial ha encontrado su hito en el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, del 5/12/2007, en expediente, "B., G. S. contra M.G., R. A. Incidente de modificación de régimen de visitas" (elDial - AA43FB). A modo de colofón he de citar uno de los múltiples y valiosos fundamentos del mismo: "el principio general es el ejercicio compartido de la patria potestad si los padres viven juntos y unilateral si viven separados. Sin embargo, esta no es, en la actualidad, la opción que mejor protege el derecho de los niños a tener dos padres que asuman la responsabilidad de su crianza y educación. Cobran aquí relevancia los tratados internacionales incorporados a la Constitución con la reforma introducida en el año 1994 (art. 75, inc. 22; Chechile, Ana María; Lopes, Cecilia, "El derecho humano del niño a mantener contacto con ambos progenitores. Alternativas en la atribución de la custodia y en el ejercicio de la autoridad parental. Su vinculación con los derechos fundamentales de padres e hijos", LNBA, 2006-133)".

Los argumentos reseñados son dirimentes y dan sustento suficiente al rechazo de este agravio.

A mayor abundamiento señalo que estas consideraciones también demuestran que la pretendida vulneración al principio de la unidad filial no se configura. Sin dudas, la lógica excluyente del progenitor no le permite advertir que la decisión adoptada implica la participación de ambos progenitores en la crianza del hijo. Así, los lazos con su abuela paterna y D. (hermana paterna del niño) se mantendrán, al igual que con la hermana materna del niño (S. A. T.).

Recuerdo, como ha dicho la Suprema Corte de Buenos

Aires en el fallo ya citado: “Dentro de un grupo familiar cada miembro debe saber respetar los derechos de los demás. La familia no puede defender su estabilidad sobre la base de la degradación de sus integrantes. Debe lograrse una mayor integración, fomentándose la participación y solidaridad de cada miembro del grupo familiar de acuerdo con su rol”, y esa es la solución que el fallo impugnado propone.

Los dos primeros planteos subsidiarios tampoco prosperarán por prematuros. Su contenido implica avanzar sobre el “plan de coparentalidad” que, conforme lo ordenado por la jueza debe ser diseñado por ambos progenitores de común acuerdo.

El último cuestionamiento versa sobre el porcentaje fijado en concepto de cuota alimentaria y es inadmisible. Ello, en tanto no contiene una crítica concreta y razonada de lo resuelto, se trata tan solo de la expresión de una mera disconformidad con la decisión adoptada.

Por las razones expuestas se rechaza el recurso interpuesto por el progenitor demandado.

2.a. El recurso de la parte actora.

La parte actora impugna la imposición de costas en el orden causado, propugnando sean impuestas al demandado en forma íntegra.

La naturaleza y el alcance de la decisión demuestran la improcedencia del planteo que, por lo tanto, debe ser rechazado.

3. El recurso de las letradas de la parte actora.

La impugnación a los honorarios fijados a las Dras. A. A. de T. y J. T. S. no prosperará porque no han sido vulneradas las pautas que la ley arancelaria determina para su cuantificación.

Huelga recordar que existe un margen discrecional para la valoración judicial según las pautas dictadas por el mismo texto legal, en el caso, el monto regulado por la magistrada, como he señalado, ha sido dispuesto dentro del marco normativo que autoriza la ley arancelaria.

4. Costas y honorarios.

Las costas de esta instancia se imponen por su orden en atención al resultado obtenido.

Los honorarios de regulan de conformidad con las pautas generales del artículo 5 de la ley arancelaria y por aplicación de las escalas específicas del artículo 13 del mismo ordenamiento. En función de lo expuesto se establecen en el 30% de los fijados en la anterior instancia para cada representación letrada.

A la segunda cuestión la Dra. Alonso dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el primer votante.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Nahuelanca no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar los recursos de apelación interpuestos por la parte actora a fs. 182 y por la parte demandada a fs. 193; en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia obrante a fs. 167/173, en lo que fue materia de agravio.

2) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por las Dras. A. A. de T. y J. T. S. contra la regulación de honorarios contenida en el punto 8° de la

parte resolutiva de la sentencia de primera instancia.

3) Costas de esta instancia en el orden causado.

4) Regular los honorarios por la actuación en esta instancia de las Dras. A. A. de T. y A. M. J. T. S., en forma conjunta, en el treinta por ciento (30 %) de los que le correspondan en la instancia de grado y los correspondientes a la Dra. L. F. M. en el treinta por ciento (30 %) calculados sobre los fijados en la anterior instancia. En ambos supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

5) Tener presente la reserva del caso federal efectuada a fs. 223.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2013
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "F"