Esquel, de marzo de 2013.-

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

------Los recursos de apelación interpuestos por el Dr. M. I. M. en representación de la parte actora y por la Dra. M. C. M. representando al demandado, ambos contra la sentencia Nº 49/2012 de de junio de 2012 (fs. 328/337 vta.) y que fueran concedidos a fs. 338 y 342 respectivamente; y----

---

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

------1. Que la Sra. Juez de Familia en lo sustancial decide: A) Hacer lugar a la demanda condenando al Sr. J. A. D. a abonar en concepto de cuota alimentaria, la suma de $ 3.000.- a favor de sus hijas L. B. y M. Z., debiendo depositarlos en la cuenta judicial abierta en estos autos a fin de ser percibido por ventanilla por la Sra. A. M. O.; B) fijar una cuota suplementaria que será determinada una vez efectuada la liquidación conforme lo manifestado en el segundo párrafo de fs. 335; C) Imponer las costas al alimentante y regular los honorarios del Dr. M. I. M. en el 20 % del monto del proceso y a la Dra. M. C. M. en el 17 % del monto del proceso, ambos porcentajes con más el IVA pertinente.----------

----------2. Que a fs. 337 y vta. el Dr. I. M. representando a la parte actora solicita aclaratoria de la sentencia dictada en autos, entendiendo que en la misma el Juzgado ha omitido expedirse sobre la custodia de las niñas, más allá del allanamiento del demandado y realiza citas jurisprudenciales y doctrinarias que avalan su postura. Asimismo y por los mismos fundamentos, para el caso que no se hiciere lugar a la aclaratoria, apela en subsidio la sentencia.----------

----------3. La Dra. M. C. M. en representación del demandado acompaña su memorial a fs. 350/351, expresando que se agravia respecto al monto de la cuota que ha fijado el *a quo*, refiriendo que éste es arbitrario por cuanto en autos no se demostró el caudal económico del alimentante, ni se tuvo en cuenta que éste abona la cuota de la educación de sus hijas, solicitando se morigere la suma impuesta y se establezca en $ 1.500.----------4. Que el demandado contestó extemporáneamente el traslado que se le confiriera a fs. 346, por lo que conforme lo ordenado a fs. 354, se procedió a la devolución del escrito y se

dejó debida constancia (conf. informe de la Actuaria obrante a fs. 345). Asimismo la actora no contestó el traslado conferido en el punto 2) de fs. 354.----------Que con fecha 18 de diciembre de 2012 se celebra la audiencia dispuesta por el art. 130 de la Ley III Nº 21, a la que concurren las niñas L. B. y M. Z., representadas por su madre la Sra. A. M. O., su apoderado Dr. M. I. M., el Sr. Asesor de Familia e Incapaces Dr. Hugo Sánchez y la Lic. Andrea Tiocrito del equipo Técnico Interdisciplinario (fs. 379).----------

------Corrida vista a la Asesoría de Familia e Incapaces en los términos del art. 131 de la Ley III Nº 21, el Dr. Hugo Sánchez contesta la misma a fs. 381, remitiéndose a su dictamen de fs. 324/325.----------

------5. Ingresando en el análisis de la cuestión sometida a estudio en esta Alzada, en primer lugar trataremos el agravio de la actora, adelantando que si bien en la sentencia recurrida no se ha consignado quien ejercerá la custodia de las niñas, esto se deduce de la circunstancia de que, al encontrarse los padres separados, el ejercicio de la patria potestad se concentra en uno de los progenitores que ejerza legalmente la tenencia (conf. art. 264 inc. 2º del Código Civil), dejando a salvo el derecho del no ejerce la guarda a *"tener una adecuada comunicación"*, como sucede en autos donde el Sr. D. tiene fijado un régimen de comunicación con sus hijas, por lo que se colige que la custodia la tiene la Sra. A. M. O.----------Que sin perjuicio de ello, y frente al allanamiento del Sr. J. A. D., la Sra. Juez de Familia debió consignar en la parte resolutiva de la sentencia tal circunstancia, observándose que ha mencionando tal hecho en los considerandos (punto 2. I) tercer párrafo de fs. 330 vta.), por lo que a los fines de evitar dudas se torna necesario en esta instancia subsanar dicha falta y considerando que la custodia de la niñas L. B. y M. Z. D. será ejercida por la madre Sra. A. M. O.----------

------Es que la guarda y custodia (o custodia para ser breves) se podría definir como el hecho de tener físicamente la compañía del niño, cuidarle, atenderle, ser responsable de lo que le ocurra y de sus actos, por lo que ambos progenitores tienen a los menores bajo su custodia cuando les tienen en su compañía.----------

------Y cuando en una sentencia se refleja que se otorga la custodia de un niño a uno de los progenitores, lo que nos está diciendo es que el menor

convivirá habitualmente con uno de los progenitores, y que se relacionará con el otro de una forma y en unos tiempos determinados (régimen de comunicación). Por lo tanto, pasará más tiempo en compañía de uno de los dos. Pero el poder de decisión sobre las cuestiones que afecten a los niños, los derechos y deberes de los progenitores hacia los hijos, no forman parte de la custodia sino que conforman la patria potestad, y ésta, genéricamente, es de titularidad y ejercicio conjunto de ambos.----------

------Existe una creencia social errónea sobre el poder de decisión que tiene el progenitor custodio sobre los hijos, que tener la custodia significa tener un poder de decisión superior o absoluto sobre el menor, privando al otro progenitor del derecho a decidir sobre el menor. No es así. La custodia no es un status de privilegio de un progenitor frente al otro. La custodia se refiere a la convivencia y no implica titularidad de ningún otro derecho----------

------La custodia permite tomar decisiones unilaterales por parte del progenitor que la tiene en cada momento –recordemos que custodia, en efecto, es convivencia–, y que cuando los niños están disfrutando de la compañía del progenitor que tiene el régimen de comunicación están bajo la custodia de éste, pero se trata únicamente de decisiones ordinarias en la vida del menor, los actos que, de acuerdo con el uso social y las circunstancias, pueden ser adoptadas por el progenitor en compañía del que se encuentren en aquel momento.----------

------6. Respecto a los agravios del demandado (monto de la cuota de alimentos para sus hijas), adelantamos que en materia de determinación de la cuota alimentaria constituye una ecuación insoslayable la compatibilización entre necesidad y posibilidad. Se trata de la búsqueda de un delicado equilibrio que coloca por un lado, a las necesidades del alimentado, junto con la relación jurídica que lo une al alimentante y por otro lado, las posibilidades del obligado a satisfacer la prestación de alimentos. Interpretamos además que estas posibilidades comprenden no sólo sus ingresos, sino también su aptitud potencial para lograrlo y su situación patrimonial y es esta interpretación la que permite establecer a través de presunciones –además del nivel de ingresos–, la aptitud potencial para lograrlos y su situación patrimonial, cuando su prueba resulta difícil, por ser escasa o nula.----------

------Así, se ha resuelto que "*Al fijarse la cuota alimentaria debe buscarse*

un prudente equilibrio entre el monto de la misma, las necesidades a cubrir y la aptitud del obligado para llenar tal finalidad". (C. Civ.Com., Lab. y Minería, Comodoro Rivadavia, Chubut, Sala Civil, sentencia interlocutoria N° 23, del 17/02/1999; idem C. Civ. Lab. y Minería, Trelew, Sala Civil, sentencia N° 10, del 27/03/02, SAIJ, Sumario N° Q0008559).----

-----Este Cuerpo tiene dicho también que "*el monto de la cuota alimentaria no resulta, ni puede resultar, de una fórmula aritmética preestablecida, pues ella depende del arbitrio judicial limitado por una serie de circunstancias propias de cada caso; ellas son: los ingresos del demandado, las necesidades del alimentado, el carácter asistencial de la cuota, y otras*". (SIC N° 13/00, N° 160 y 166/01, en SAIJ, Sumario N° Q0009916).----------

------Desde tal perspectiva, en el análisis del caso que aquí nos ocupa y valorada la prueba obrante en autos, se desprende que el alimentante cuenta con un comercio habilitado en la ciudad de San Carlos de Bariloche para el rubro de venta al por menor de frutas, legumbres y hortalizas frescas y que en honor a la brevedad, nos remitimos a lo dictaminado por el Asesor de Familia e Incapaces a fs. 324/325 (concretamente en los puntos 6. y 7.), por lo que se presenta entonces, como acertada y ajustada a derecho la cuota fijada por la Sra. Juez de Familia.----------

------Por lo demás, el criterio esbozado por la Sra. Jueza de Familia encuentra sustento en el imperativo de satisfacer el interés superior de las niñas (conf. arts. 1º y 3º, Convención sobre los Derechos del Niño), pauta decisiva para la resolución del conflicto existente entre un menor y un adulto que lo tiene bajo su cuidado o está llamado por la ley a prestarle algún género de asistencia (v. Grossman, *"Significado de la Convención sobre los derechos del niño en la relaciones de familia",* La Ley, 1993-B, 1089).----------

-------No debe olvidarse que, si bien es cierto que la medida de la prestación está dada en principio –pues en su determinación no se puede prescindir de las posibilidades económicas del obligado– por las necesidades del alimentado, el concepto de "necesidades" que, conforme al agregado introducido por la ley 23.264, contempla el art. 267 Código Civil (gastos de subsistencia, habitación, vestuario, educación, cuidado de la salud y los que importan una comodidad habitual entre personas de cierta condición social

o económica, arts. 265, 267 y sgtes. del Código Civil) está referido a una cobertura que supera lo estrictamente "necesario" y alcanza lo "integral" (cfr. Daniel H. D'Antonio, "Nuevo régimen legal de la patria potestad", Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1985, pág. 152).----------

------Otra cuestión a tener en cuenta es el aporte en especie que efectúa el progenitor que detenta la custodia –en nuestro caso, la madre respecto de las dos hijas menores de edad– prestando una contribución de significación económica, como lo es atender a los múltiples requerimientos cotidianos en la vida de sus hijas, pues ello implica una inversión de tiempo a la que "*debe atribuírsele valor, ya que de otro modo el progenitor podrá invertir ese tiempo para la realización de actividades lucrativas.*" (conf. "Visión Jurisprudencial de los Alimentos" de María Josefa Méndez Costa, pág. 52, Edit. Rubinzal-Culzoni, año 2000).----------

-------También nuestra jurisprudencia ha entendido 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).----------

------Que corrida vista al a Asesoría de Familia e Incapaces, el Sr. Asesor se expide a fs. 381 remitiéndose a su dictamen de fs. 324/325, prestando su conformidad para que se haga lugar a la pretensión de la actora, Sra. O. en su demanda (punto I, primer párrafo).----------

------Asimismo solicita que se fije una cuota suplementaria por los alimentos atrasados, previa deducción de los alimentos provisorios fijados a fs. 58 vta. y que hayan sido percibidos durante el presente proceso.----------

------Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que la cuota dispuesta por la Sra. Jueza de Familia resulta ajustada a derecho, pues ha tenido en cuenta tanto la situación de hecho de las menores alimentadas, como la normativa y los criterios doctrinales y jurisprudenciales vigentes en la

materia, merituando esta Alzada que la suma de $ 3.000.-, resulta adecuado para atender a los gastos que demanda la atención de ambas niñas: L. B. y M. Z., por lo que corresponde se confirme lo dictaminado por el a quo.-------
---

------Corresponde imponer las costas en esta instancia al alimentante, en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68 C.P.C. y C.), y regular los honorarios de los profesionales por la actuación en esta instancia, estableciéndose los del Dr. M. I. M. en el 35 % del monto que resulte del porcentaje establecido en el punto C) del resolutorio en crisis para dicho profesional y a la Dra. M. C. M. en el 25 % , del cálculo que resulte del porcentaje fijado en el punto C) de la sentencia apelada respecto de dicha abogada, ambos resultados con más el I.V.A. que les pudiere corresponder (art. 14de la Ley de aranceles).----------

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

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

------1º) ***CONSIGNAR*** que la custodia de la niñas L. B. y M. Z. D. será ejercida por su madre Sra. A. M. O.----------2º) ***CONFIRMAR,*** en cuanto ha sido materia de recurso la sentencia el punto A) de la sentencia de fecha 07 de junio de 2012 registrada bajo el Nº 49/2012 (fs. 328/337 vta.).----------
--3º) ***COSTAS*** en esta instancia al demandado (art. 68 del C.P.C. y C.), regulándose los honorarios del Dr. M. I. M. en el 35 % del monto que resulte del porcentaje establecido en el punto C) del resolutorio en crisis para dicho profesional y a la Dra. M. C. M. en el 25 % , del cálculo que resulte del porcentaje fijado en el punto C) de la sentencia recurrida respecto de dicha abogada, ambos resultados con más el I.V.A. que les pudiere corresponder (art. 14de la Ley de aranceles).----------

------4º) Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

GÜNTHER ENRIQUE FLASS

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

REGISTRADA BAJO EL Nº CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS DEL AÑO 2013. CONSTE.-