Puerto Madryn, Marzo de 2014.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"A., O. c/ G. N. A. S / Custodia" Expte. Nº 320/2013**, venidos del Juzgado de Familia Nº 2 (Expte. Nº 858/12), por haber interpuesto recurso de apelación a fs. 170 el actor, contra la Sentencia Interlocutoria registrada bajo Nº 661/13 de fs. 165/168.

I. La Sentencia Interlocutoria registrada bajo Nº 661/13 resuelve homologar el acuerdo celebrado por los Sres. G. N. A. y O. A. en la audiencia cuya acta obra a fs. 90, relativo a la custodia compartida de los niños.

Contra dicha resolución se alza el actor quien interpone recurso de apelación a fs. 170, fundando su memorial a fs. 173/177.

Se agravia el quejoso en que la resolución dictada por la a quo es arbitraria, considerándola incongruente, por no haber hecho una derivación razonada del derecho vigente, y no haber ponderado adecuadamente los informes obrantes en las presentes actuaciones.

Explica que si bien se conviene entre las partes, la custodia compartida, a la semana de celebrado el acuerdo, esa parte denuncia el incumplimiento por parte de la madre, solicitando se revea el acuerdo.

Indica que los niños deben vivir en un clima de tranquilidad mental y espiritual, situación que no viven con su madre.

Refiere que la sentencia se ataca desde que se ha desoído no sólo lo peticionado por esa parte sin fundamento alguno basado en derecho, sino directamente ha sido contraria a ello.

Concluye que la Magistrado de la instancia anterior ha hecho una ponderación errónea de cada uno de los informes de autos, tomando solo parcialmente las conclusiones brindadas, dándoles así otra interpretación.

A fs. 186 se encuentra agregada en autos, la audiencia celebrada por ante ésta Excma. Cámara de Apelaciones; y a fs. 188/189 la contestación de la vista que le fuera concedida a la Asesoría de Familia e Incapaces, en donde considera, que sin perjuicio de no encontrar el agravio concreto que la sentencia le causa al apelante, entiende que la resolución dictada por la a quo se encuentra ajustada a derecho y hoy responde al mejor interés de los menores involucrados en autos, por lo que concluye que correspondería no hacer lugar a la apelación intentada y consecuentemente confirmar la Sentencia Interlocutoria en crisis.

II. La primera cuestión a tratar es si los agravios presentados a fs. 173/178, cumplen con lo prescripto por el art. 268 del CPCC.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia ha sostenido *que cuando existen dudas acerca de si el escrito de expresión de agravios abastece la carga que le impone el art. 268 del CPCCCh, en cuanto a rebatir adecuadamente las motivaciones de la sentencia recurrida, debe optarse por tener satisfecha esa carga* (cfr. autos "G. vda. de F., E." del 31-05-99; idéntico sentido autos "T.R.J., S.N. s/ Divorcio Vincular" del 22-03-00 Nro. SAIJ00150014 y "P., R. c/ M. s/ diferencias salariales" del 23-03-01 SAIJ01150056).

Y es criterio de esta Cámara que: "*No obstante la precariedad que pueda observarse en la crítica a la resolución que recurre, la apelación cumple en cierta medida con las exigencias del art .265 del Cód. Procesal si de acuerdo con el criterio de amplia tolerancia, que resulta ser la interpretación que se juzga más acorde con la garantía constitucional de la defensa en juicio, se cumple con el mínimo de técnica exigido por las normas procesales en materia recursiva"* (citado por Roberto G. Loutayf Ranea "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil" 1 pág.305. Ed Astrea Bs. As. 2009)(SDL Nº 21/10 CAPM).

Por todo lo expuesto, se procederá a tratar los agravios.

III. En la audiencia de conciliación de fs. 90 las partes acordaron una custodia compartida de sus hijos menores de edad, acuerdo que fue homologado por la Magistrada de la Instancia anterior en la resolución en crisis.

Si bien el quejoso posteriormente al acuerdo celebrado y previo a que el mismo sea homologado se presenta a fs. 103 a solicitar la revocación del acuerdo respecto de la custodia compartida, cuando la Jueza de la instancia anterior a fs. 160, previo a homologar dicho acuerdo, hizo saber a las partes que ante el supuesto de que dicho convenio no resultase en beneficio de los niños, debían hacer las presentaciones judiciales que estimasen necesarias a fin de obtener una resolución en definitiva, ni el actor ni la demandada realizaron manifestación alguna al respecto para que el proceso sumario de custodia continuara conforme a la normativa vigente.

Por tal motivo mal puede presentarse hoy el actor apelando la resolución en la que la Magistrada de grado se limitó a homologar el acuerdo por ellos alcanzado. Si bien posteriormente el quejoso solicitó la revocación del mismo, cuando tuvo la oportunidad procesal de requerir que se continúe con el proceso conforme a la normativa de la Ley III Nº 21, guardó silencio.

La doctrina de los actos propios es una derivación inmediata del principio general de buena fe y como tal, integra nuestro derecho positivo. Se dijo que: *"Nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior, deliberadamente cumplida, jurídicamente relevante y plenamente eficaz. Ello tanto en el ámbito de las relaciones jurídicas patrimoniales de carácter privado como en las existentes entre particulares y organismos estatales, comprendiendo asimismo la coherencia en el obrar en el marco de las actuaciones administrativas y judiciales"* (CSJN 17/3/98, LL 1998-E-415, del voto en disidencia de los Drs. Fayt y Vázquez).

Aquí se encuentra en juego no sólo la confianza que se deben los sujetos del proceso sino, también, los principios de congruencia y de preclusión, por una cuestión de elemental seguridad jurídica.

Sin perjuicio de ello, de la audiencia celebrada por ante este Cuerpo, ambas partes manifestaron que el acuerdo se estaba desarrollando según lo pactado.

El informe del ETI de fs. 161 sugiere que los progenitores continúen implementando la modalidad organizativa que han venido cumpliendo hasta el momento, y destacan la necesidad de continuar con los tratamientos psicológicos para avanzar en la resolución de conflictos.

"La atención primordial al "interés superior del niño" a que alude el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño, apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. El principio proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos del niño con los adultos que lo tienen bajo su cuidado. La decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para la menor. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto se prioriza el del niño (SCBA, Ac. 87.832 sent. del 28-7-2004)."

Cecilia Grosman expone que la guarda compartida es la que mejor asegura el cumplimiento del art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño en tanto que garantiza el derecho del menor *"a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño"* (Grosman, Cecilia P., "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia", "La Ley", 1984-B-806).

El principal objetivo de la custodia compartida es implicar e incluir a ambos instando a la colaboración en las principales actividades de los menores, sin desmerecer al otro. El vocablo 'compartida' "... denota en una de sus acepciones participar uno en alguna cosa, concepto que trasladado a la

materia en estudio implica que las partes (padre y madre) se vinculen para participar en el cuidado y formación de los hijos..." (Arianna, Carlos, "Régimen de visitas", RDF, 21989119; C.N.Civ., sala F, 14-II-2002, "Jurisprudencia Argentina", 2002/II/666)".

"Para preservar y promover la plena realización de los derechos de los niños (arts. 4 de la Convención de los Derechos del niño y 29 de la ley 26.061), estimo necesario ordenar que se mantengan las circunstancias actuales, con más el agregado ya expuesto de que no es el padre el único titular de la tenencia como tampoco lo es la madre. Ambos son los titulares. Corresponderá entonces la residencia dividida de los niños en forma alternada en el domicilio de cada uno de sus padres, de lunes a viernes en el del padre, y de viernes a lunes en el de la madre, atribuyendo el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental a ambos progenitores (arts. 3, 5, 9 de la Convención de los Derechos del Niño; cfr. mi voto Ac. 78.446, sent. 27-VI-2001; Fallos 318:1269, especialmente considerando 10, de todo lo cual resulta la primacía de lo dispuesto en los Tratados aún sobrepasando pautas establecidas en la legislación vigente)." (SCBA - 05/12/2007, "B., G. S. contra M. G., R. A. s/Incidente de modificación de régimen de visitas").

El establecimiento de un régimen de tenencia compartida constituye la mejor manera de resolver el problema de desmembramiento de la guarda, pues posibilita que los niños mantengan un trato fluido y significativo con ambos padres.

"Con la tenencia compartida se reconoce y se le otorga la relevancia que merece al derecho que tienen los niños a ser educados por ambos padres dentro de un sistema que permite el ejercicio de la coparentalidad" (conf. Polakiewicz, Marta, "El derecho de los hijos a una plena relación con ambos padres", en Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad", Grosman (Directora), Ed. Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 190).

"Tenencia compartida implica reconocer a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, recursos,

posibilidades y características personales, sus responsabilidades y deberes" (conf.: C.N.Civ., sala J, "La Ley", 1999-D, 479).

En tal sentido, conforme las constancias de autos y por aplicación del principio de la coparentalidad (art. 9 inc. 2 de la Convención sobre los Derechos del niño), con más la vista favorable de la Asesoría de Familia e Incapaces, se juzga conveniente que los progenitores de los menores M. F. y M. R. A. A. ejerzan la custodia compartida de los mismos.

IV. Las costas de esta instancia se imponen a la apelante (art. 69 CPCC); regulándose los honorarios correspondientes a la Ab. A. I. en 8 Jus. (Arts. 5, 6 bis y 7 Ley XIII Nº 4 y sus mod.).

Por ello, la Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn,

R E S U E L V E:

1) CONFIRMAR la Sentencia Interlocutoria registrada bajo Nº 661/13 en lo que ha sido materia de agravios.

2) IMPONER las costas a la parte actora vencida (art. 69 CPCC).

3) REGULAR los honorarios profesionales de la Ab. A. I. en 8 Jus. (Arts. 5, 6 bis y 7 Ley XIII Nº 4 y sus mod.).

4) REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara en virtud de concordar en la solución del caso y encontrarse la Dra. María Inés de Villafañe en uso de licencia (Art. 8 y 9 Ley V N° 17).

Registrada bajo el Nº /2014 SIF.