En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de septiembre del año dos mil catorce, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en esta ciudad, con la presencia de su Presidente Dr. Ricardo Rubén Enrique HAYES y la asistencia de la Sra. Jueza de Cámara Dra. Graciela Mercedes GARCÍA BLANCO, a efectos de dictar sentencia definitiva en los autos caratulados **"V. B., M. J. c/ A., P. M. s/ ALIMENTOS y CUSTODIA", expte. N° 752/13**, venidos del Juzgado de Familia N° 3, y en atención al resultado del sorteo establecido por el art. 271 CPCCCh (fs. 272), correspondió el siguiente orden de votación: Dr. Ricardo Rubén Enrique HAYES, Dra. Graciela Mercedes GARCIA BLANCO y Dra. Nélida Susana MELERO.

Así, se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 176/185? y **SEGUNDA** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación que contra la sentencia de grado interpusiera el demandado Sr. P. M. A. (fs. 206 y 209), y cuyos agravios expresara a fs. 218/227. Corrido el traslado, fueron contestados por la actora a fs. 234/237, quien solicitó su rechazo.

A fs. 233 obra constancia del acta labrada en oportunidad de la audiencia establecida por el art. 130 de la Ley III N° 21 (antes Ley 4347) del Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut.

I. Antecedentes.

En breve síntesis, el Sr. A. solicitó audiencia de

avenimiento a fin de acordar la custodia compartida del hijo menor. Fracasada la instancia, la Sra. V. B. promovió dieciocho meses después proceso judi-cial pretendiendo le sea otorgada la custodia exclusiva del menor, así como una cuota alimentaria a favor del mismo equivalente al treinta por ciento (30%) de los ingresos que por todo concepto tuviera a percibir el alimentante, excluidos los descuentos de ley, y/o la suma de pesos cinco mil ($5.000) con más asignaciones familiares y cobertura de obra social. Solicitó se con-dene al demandado a abonar los alimentos atrasados a partir de la fecha de pedido de la audiencia de aveni-miento.

La sentencia dictada por el Juzgado de Familia N° 3 (fs. 176/185) otorgó la custodia del niño J. E. A. a la madre Sra. M. J. V. B., a la vez que condenó al Sr. P. M. A. a abonar una cuota alimentaria equivalente al veinte por ciento (20%) de los ingresos que el alimentante tuviera a per-cibir por todo concepto, excluidos los descuentos de ley, con más asignaciones familiares y escolaridad de corresponder, y cobertura de obra social. En la oportu-nidad, se condenó al demandado al pago de los alimentos atrasados, computados estos desde la fecha del pedido de la audiencia de avenimiento.

II. Análisis de los agravios.

Contra el decisorio se alza el recurrente agraviándose por considerar que la jueza a quo no ha dado debido y adecuado tratamiento -ni ha considerado la conveniencia y procedencia- de un régimen parental compartido, y así ha otorgado la custodia del menor en forma exclusiva a la actora, madre del niño. Se agravia igualmente, sosteniendo que la cuota alimentaria fijada

resulta claramente excesiva a tenor de las necesidades del menor. Se agravia asimismo porque la sentencia establece que los alimentos atrasados han de computarse desde la fecha de pedido de la audiencia de avenimiento. Por último, y en torno a las costas, son apeladas por altas y en virtud de haberle sido impuestas.

Por una cuestión de método, es en tal orden que habré de abordarlos.

a) Del régimen parental compartido.

Es sobre este particular que habré de agrupar los agravios de la parte demandada en relación con su petición de custodia compartida, ya que considero que resulta sobreabundante su tratamiento por separado. Tengo presente que por un lado critica la resolución venida en apelación sosteniendo que la juzgadora ha omitido tratar su requerimiento, para pasar a referirse a los beneficios del régimen parental compartido, y luego a lo que califica como infundada custodia a favor de la madre. Sin embargo, percibo cierta contradicción en la realidad, puesto que si no trató la cuestión mal puede haberse decidido luego sobre la misma. En fin, lo que aquí importa no viene dado por las etiquetas de los agravios, sino por su contenido y lo que resulta incorrecto a ojos de la quejosa es que no se haya hecho lugar a la custodia compartida.

Sostiene tales agravios argumentando que no existe norma legal que prohíba la custodia compartida, que se encuentra prevista en el art. 7° de la Ley 26061 como asimismo en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial en sus arts. 638, 641 b) y 650, y es aplicado por los tribunales nacionales y provinciales como el sistema que mejor conviene a los intereses de los

menores. Refiere además que asegura la activa presencia y participación de ambos padres en todas las cuestiones, condición esencial para el desarrollo equilibrado de la personalidad del niño, e implica el debido resguardo del derecho humano que asiste al menor a mantener relaciones y regular el contacto con ambos progenitores conforme los prevea la CIDN art.9.3.

Manifiesta que existe un estrecho y consolidado vínculo paterno filial forjado a través de los años, hace expresa referencia a los informes del Equipo Técnico Interdisciplinario (ETI) Nro. 443/13 y 535/13, haciendo hincapié en el consentimiento prestado por la propia actora en relación con su pretensión, exteriorizado en este último. Formula consideraciones en torno al progenitor, al cual califica como padre ejemplar y responsable, participativo en todas las cuestiones inherentes al hijo.

Se queja, en fin, porque según dice la señora jueza a quo ha obviado todas y cada una de las circunstancias esenciales para resolver su pedido, omitiendo un serio y concienzudo análisis de las particulares del caso vinculadas a la evidente conveniencia que para los interese del menor implica la activa participación en su vida del padre.

Por su parte, contesta la representación de la actora manifestando no comprender muy bien los agravios y qué es lo que impulsa al demandado a solicitar la custodia compartida si siempre ha participado en los hechos de la vida del niño. Argumenta que la duplicidad que deriva de la custodia compartida no crea pertenencia, ni seguridad, ni estabilidad en la vida de los niños. Hace alusión al “centro de vida”. Dice que la toma de decisiones, la educación, la participación

de ambos padres en todas las cuestiones ya está garantizada por el instituto de la patria potestad. Sostiene que las manifestaciones de la actora frente al ETI no pueden ser tenidas por "consentimientos jurídicos". Pide que se confirme la custodia exclusiva a favor de la madre, se rechace así la acción entablada, con costas.

Abocado al estudio de la presente, he de recordar que el artículo 264 de nuestro Código Civil define el instituto de la patria potestad –término este que actualmente tiende a ser reemplazado por el de responsabilidad parental- como "el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de estos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado". A continuación, y en sendos incisos, se refiere a su ejercicio.

Vale decir, no hay dudas de que la titularidad de aquella responsabilidad parental cabe siempre a ambos progenitores –salvo supuesto de suspensión o privación- y, en todo caso, habrá que estar a quien será el que la ejercitará, quien la llevará a la práctica. Se define así a la custodia de los hijos o tenencia, vocablo este último que nunca he considerado acertado toda vez que el niño no es un objeto sobre el que puede ostentarse posesión material, sino un sujeto de derecho.

Por su parte, el artículo 206 del cuerpo normativo, establece que en caso de desacuerdo de los padres separados a ese respecto, el hijo de mayor edad a la de cinco quedará a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Destáquese aquí que en muchas oportunidades ambos padres resultan serlo por haber intervenido con similar intensidad en la vida del hijo, ello porque

la separación fuera reciente o bien, a pesar de que así no lo sea, e independientemente de que el menor haya convivido con uno de los dos.

Bien pues, entendido entonces el significado de la custodia como el ejercicio de la responsabilidad parental, aquella se traduce en el cotidiano en aquel cuidado personal de los hijos que puede ser llevado a cabo a través de una modalidad unilateral o compartida, esto es, en cabeza de uno o ambos padres. A su vez la compartida, en la práctica puede ser indistinta o alternada, según el niño resida con uno de los progenitores o con ambos respectivamente, por períodos que dependerán del caso.

Ahora bien, destaco en principio que persiste cierta confusión cuando se habla de custodia compartida, ello desde que aún muchos operadores del Derecho de Familia tienden a identificar el concepto con el de cuidado personal compartido, y dentro del mismo con el que definimos antes como alternado. Dicho de otro modo, identifican a la custodia compartida como un sinónimo de “residencia” compartida, cuando claramente no es siempre así. Adviértase que en realidad "la 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 (cf.: C.N.Civ., sala J, "La Ley", 1999-D, 479). No implica necesariamente tenencia alternada, sino la asunción compartida de autoridad y responsabilidad en relación a todo cuanto concierna al niño, el respeto de su derecho a continuar contando afectivamente y realmente, con un padre y una madre (cf.: Salzberg, Beatriz, "Los niños no se

divorcian", p.161, Beas Ediciones, Buenos Aires, 1993).

El Derecho de Familia no es –ni debe ser- un derecho "fosilizado", sino dinámico, que debe acompañar la realidad social y no "estancarse" en medio de conceptos perimidos, los que en algún momento pueden haber resultado de aplicación, pero que hoy han sido superados.

Transitamos una etapa de "constitucionalización" del Derecho Civil, en que los nuevos paradigmas se ordenan a los principios de nuestra Carta Magna, enmarcados en los tratados incorporados a la misma, entre los que destaco aquí el de igualdad y no discriminación.

Anticipo entonces que, en esa inteligencia, comparto el criterio sostenido por la más autorizada doctrina nacional en la actualidad –en particular por una de mis maestras la Dra. Cecilia Grosman-, y por el que se ha reconocido ampliamente que la responsabilidad parental compartida es la que mejor representa el interés superior del niño (art 3° CDN y art. 3° Ley 26061), de hecho así lo recoge el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial (arts. 638 y ss.), hoy en tratamiento en el Congreso Nacional, ubicando a aquella como regla, en vez de mantenerla como excepción. Criterio este por demás, que también ha sido sostenido por esta Sala en resguardo de aquél supremo interés (autos "C. J., E. M. c/ S. V, W. W. s/ Custodia", expte. Nro. 382/12).

Por ello, sería saludable que se erradicara la aún injustificada tendencia a la custodia unilateral, siempre que ello no perjudique al infante claro, y así dejar de lado la habitual consecuencia que aquella genera, por la cual muchas de las veces uno de los progenitores se "adueña" del hijo mientras que el otro termina ocupando un mero lugar "periférico".

Lo esencial de la tenencia compartida es participar con amplitud y activamente de las decisiones respecto del hijo, aun cuando la custodia física estuviera en cabeza sólo de uno de los progenitores (cf. Jones, Freed Doris y Foster, Henry H. "Family Law in the Fifty States" An Overview. Family Law Quarterly, vol. XVI, p. 289 y sigts., núm. 4, Winter 1983; Jay, Folberg, H. and Graham, Marva, "Joint Custody of Children following Divorce", vol. 12, p. 523, núm. 2, U. C. A. Law Review, University of California, Davis, Summer, 1979, citados por Grosman, Cecilia, "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia", "La Ley", 1984-B, 806).

Y es que, a no dudar, el resquebrajamiento de la unión de los progenitores, derivada en un divorcio vincular o bien en una simple separación, no debe –o bien lo debe hacer en su mínima expresión– impactar en la vida de los hijos. Los que se separan son los padres, ello no implica que se separen de los hijos. Es que, ya innegable la idea del sufrimiento del niño por no tener a sus padres unidos, mal puede privárselo de que ambos continúen compartiendo su futuro, su desarrollo, su crecimiento, y esto no necesariamente debe entenderse como que va a transcurrir su vida compartiendo la residencia con los dos. Quiere decir, por el contrario, que sus padres deberán esforzarse por hacer a un lado sus cuestiones personales y transitar el camino juntos, en lo que a la crianza del hijo respecta, en resguardo del interés de ese menor, tomando las decisiones que correspondan en aras de su formación integral.

Comenta Carlos Arianna: "Que se conceda la custodia compartida no significa igualdad matemática de

tiempo con cada uno de los padres. Su principal objetivo 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, 2-1989-119; C.N.Civ., sala F, 14-II-2002, "Jurisprudencia Argentina", 2002-II-666)".

Clarificada la cuestión, resulta en el caso de autos que, si bien la actora reclama en su libelo inicial la custodia exclusiva del hijo, tal como lo hiciera en la etapa de avenimiento, surge más tarde que "no se opondría a que se la califique como compartida siempre que ello no afecte la asignación de la cuota alimentaria, y que se consigne que J. viva con ella" (tal lo referido en informe del Equipo Técnico Interdisciplinario, fs. 148 vta.). Por su parte, en referencia a lo manifestado por el progenitor, en el marco del mismo informe se consigna que "si bien solicita ser partícipe de las decisiones que se tomen respecto de J., no discute la convivencia con la figura materna, ni aún cuando implique mudarse de ciudad, ya que es el deseo de J. permanecer con su mamá. A su turno, el niño ratifica dicha postura manifestando que quiere vivir con la mamá y también ver a su papá (fs. 173).

Percibo así que, en realidad, a lo largo del proceso las posturas de las partes fueron flexibilizándose, lo cual no es extraño a la naturaleza de los conflictos familiares, muchos de los cuales

tienden a autocomponerse con el transcurso del tiempo y a medida que las emociones de los involucrados se apaciguan. Adviértase que, a veces, el excesivo celo de los defensores de aquellos puede pasar por alto su real voluntad.

De la lectura de la sentencia de grado se colige que la señora jueza a quo en efecto considera el tema de la custodia compartida como vinculado estrictamente a la residencia del menor, ello toda vez que hace referencia a un *statu quo* que estima no merece ser alterado y que se materializa en la situación de hecho imperante al momento en que debe resolver.

Y es evidente que es así, toda vez que la única situación "de hecho" existente en tal circunstancia deriva de la residencia de la madre con el menor, circunstancia consolidada con el correr del tiempo desde el nacimiento y vigente aún hoy habiéndose trasladado a vivir a El Bolsón. No advierto otra situación de hecho, lo que reafirmo al observar que el mismo decisorio destaca que en demás aspectos los progenitores han mantenido acuerdos a lo largo de diez años en relación con el hijo. Tales "acuerdos" fueron descriptos con claridad por el ETI como "aquellas facetas que permitieron que J. contara en su crecimiento con ambos padres, ya que nunca se interrumpió el contacto paterno filial, e impresiona que la participación paterna ha sido más o menos activa en lo concreto, dependiendo de sus actividades laborales…" (fs. 148).

Por su lado, al estudiar la contestación del traslado de los agravios, no puedo, sino convencerme de que la representación de la actora también incurre en el error de identificar la custodia compartida con la

residencia compartida. Lo demuestra a lo largo de todo su responde haciendo consideraciones vinculadas con la "convivencia" como -y solo a título de ejemplo- "Pero también fue demostrado y reconocido por el propio demandado, que no puede vivir con él en forma habitual, por lo que la custodia a su favor es imposible" (destáquese aquí además que en ningún momento el padre solicitó la custodia a su favor).

Obsérvese que avanzado el proceso, y como fuera citado antes, la actora no se oponía a un régimen parental compartido, lo que temía era que la consecuencia de ello fuera la quita del aporte alimentario o que el menor no residiera junto a ella (fs. 148vta.). Por su parte, el progenitor demandado, sosteniendo su pretensión, tampoco se oponía a que el hijo conviviera con la madre, ni cuando ello pudiera implicar la mudanza de la ciudad (fs.148vta., 219vta. pto.6, fs. 222vta. pto.22, fs. 223 pto.26 inc. c).

Más allá de lo que expresara hasta aquí, y firme mi convencimiento por el que adhiero, como dije antes, al régimen parental compartido por coincidir en que es el que mejor representa los intereses de los niños, no puedo sin embargo dejar de aplicar el sentido común dentro del principio de la sana crítica con que el juzgador debe atender las cuestiones sometidas a su entendimiento. En esa línea argumental, bien sostuve en el principio que el ejercicio de la responsabilidad parental compartida se traduce, en el cotidiano, en el cuidado personal que los progenitores hacen del hijo. Ese cuidado personal, si bien no obliga a la residencia compartida, exige un "compartir" periódico que asegure el fin procurado, puesto que de otro modo muy bueno puede mostrarse en la teoría, más no así en la práctica

diaria.

Asimismo destaco que, en rigor de verdad, el régimen pretendido exige a los progenitores un “piso” de coincidencias en ese andar que constituye caminar la vida al lado del hijo, y que no se agota ciertamente en la minoridad. En tal inteligencia, y teniendo a la vista el acta labrada a fs. 233, percibo que no se dan las condiciones necesarias para decretar el régimen parental compartido, desde que el hecho nuevo allí revelado y más adelante tratado en sentencia de fs 260/261, no solo impide en el devenir diario la adecuada aplicación del cuidado personal compartido, sino además revela la falta de aquellas coincidencias básicas en relación con la vida del menor a las que más arriba hiciera referencia.

Entonces, respecto de los agravios vinculados a la custodia, no puedo compartir el argumento de la demandada cuando sostiene que la señora jueza de grado omitió dar tratamiento a su pretensión. Muy por el contrario, funda en detallada exposición el decisorio, mas como lo señalara antes, estimo prudentemente que existe inclinación a la calificación de la custodia compartida cuando se la asimila a una necesaria división de la vida del niño en residencias alternadas. En este apartado, sí coincido con la apelante, la que reitera que en ningún momento solicitó que el niño viviera un tiempo con la madre y otro con el padre, sino que lo que requirió fue que se fije un régimen parental compartido.

Más aún así, el fundamento citado cae luego virtualmente cuando en la audiencia celebrada en esta Alzada termina el progenitor exhibiendo su real oposición a que el niño resida con la madre en la

localidad de El Bolsón. Ello me convence, desde que él mismo lo revela así -tal vez sin percibirlo- que su intención va más allá de "participar activamente en las decisiones concernientes a la crianza, educación o formación del menor" (fs. 220 vta.) o, en todo caso, desnuda su propia imposibilidad de hacerlo día a día, por lo que termina fulminando su pretensión.

En consecuencia, y en razón de los fundamentos que expusiera, no haré lugar en este punto al recurso de apelación interpuesto, confirmando la sentencia dictada por la señora jueza de grado, manteniendo así la custodia del menor J. E. A. a cargo de su madre Sra. M. J. V. B.

b) De la fijación de los alimentos.

Se agravia la parte demandada sosteniendo que la cuota alimentaria fijada por la señora jueza a quo es claramente excesiva.

A la hora de sustentar dichas expresiones, manifiesta que el porcentaje estipulado (20%) sobrepasa las reales necesidades del menor, las que dice podrían cubrirse holgadamente con un porcentaje menor (15%). Y es, en pocas palabras, el único argumento sobre el que pretende sostenerse.

Ahora bien, la procedencia de los alimentos de los hijos menores no requiere prueba de la necesidad de los mismos, ya que los padres están obligados a proporcionarlos, constituyendo una derivación de los deberes emergentes de la patria potestad, sin perjuicio de que la cuota deba establecerse en relación a la condición y fortuna del alimentante (Bossert, Gustavo, "Régimen jurídico de los alimentos", p. 199). A ello adiciono que, cuanto mejor sea la cuota alimentaria que se abone en su favor, más posibilidades de acceder

tendrá el menor a mayores beneficios.

El escaso fundamento de los agravios no alcanza a conmoverme, ni demuestra por qué habría de reducirse en un 5% la cuota de alimentos fijada en el resuelve. El hecho de que el niño pudiera haber compartido tiempo en el domicilio del padre no obsta de modo alguno al pago de una cuota alimentaria justa y equitativa a su favor, vale decir no desobliga al progenitor. De las constancias de autos se desprende que el 20% calculado sobre los ingresos netos del alimentante se traducirá en una suma aproximada que rondará los $4.000, la que en modo alguno puedo considerar excesiva. Por lo demás, argumentos tales como que la actora vive en casa propia o que el niño no realiza actividades recreativas en instituciones privadas carecen de sentido por no resultar de aplicación al caso particular. A mayor abundamiento aclaro, menos mal que la actora no debe pagar alquiler, ya que con un ingreso como empleada doméstica y la cuota antes referida se la vería en figurillas. Así también, tal vez ahora, percibiendo una cuota alimentaria pueda el menor tener acceso a actividades extracurriculares y de esparcimiento de las que antes carecía.

Por ello, el agravio vinculado al particular no ha de prosperar, debiendo confirmarse la cuota alimentaria del 20% fijada en la sentencia de grado.

Respecto de los alimentos atrasados, la demandada se agravia porque el decisorio establece se calculen desde el pedido de la audiencia correspondiente a la etapa de avenimiento.

La mentada etapa –de carácter obligatorio- ha sido creada por la Ley III N° 21 (antes Ley 4347) del Digesto Jurídico de nuestra Provincia del Chubut. Su

espíritu, sin duda, se orienta a que las partes procuren acordar allí en torno a sus diferencias en relación con los hijos menores, evitándose el transitar un proceso –o varios– en el caso contrario. Siempre he sostenido que la responsabilidad de quienes las asesoran en la circunstancia es vital y, en gran medida, constituyen la llave necesaria para que se logre el objetivo del legislador.

En el caso, fue el demandado quien la solicitó (fs. 41) –pese a que la actora pretendió sostener que había sido ella (fs. 25 vta.)-, por causas que brevitatis causae me excuso de reproducir, pero que resumo en su pretensión –la del progenitor digo- de solicitar la custodia compartida. Aún fracasado el acuerdo sobre el punto, se trataron las demás cuestiones en virtud de la integralidad que caracteriza la naturaleza de tales audiencias. Así, a la hora de abordar la asistencia alimentaria, se observa la manifestación efectuada por el hoy demandado en relación a la custodia compartida y a ciertos gastos que dijo afrontar en forma exclusiva. Por su parte, la actora rebatió lo dicho en relación con la custodia compartida más no solicitó una cuota alimentaria.

Al respecto, nuestra jurisprudencia nacional es conteste en la adopción del criterio por el cual los alimentos se deben desde que se reclaman, ello con base en la presunción de que dicha expresión implica su necesidad. Es así, que la interposición de la demanda representa dicha manifestación y es desde entonces que deben calcularse los alimentos atrasados que el juzgador mandará abonar (arts. 656 y 657 Cpr.).

Cierto es que, más allá de ello, nuestra legislación provincial exige, como dije,

obligatoriamente el cumplimiento de aquella etapa de avenimiento previa, cuya instancia debe asimilarse a la exteriorización de la necesidad antedicha, y es así que la jurisprudencia local ha hecho lugar al cálculo de los alimentos atrasados desde que la audiencia es solicitada. Ese, se interpreta, debe ser considerado el punto de partida del requerimiento.

Me detengo un instante en este tema para señalar que, aún cuando sea ese el criterio, en rigor de verdad los alimentos que pudieran computarse entre el pedido de la audiencia y la interposición de la acción judicial no pueden considerarse técnicamente como atrasados. Hacerlo, sería desvirtuar la letra de la ley formal, la que determina claramente cuáles son los alimentos atrasados, y lo son aquellos devengados durante el proceso y hasta la sentencia, y no otros. Por tanto, el reconocimiento de los primeros obedece a una cuestión absolutamente discrecional.

Por otro lado, debe analizarse que sucede si, celebrada la audiencia de avenimiento y ante su fracaso, la parte no insta la acción judicial dejando que el tiempo transcurra por períodos que quitan virtualidad a la presumida necesidad que la promoción de la etapa prejudicial podría representar. Destaco que así como decía que la jurisprudencia local ha entendido que el pedido de audiencia debe interpretarse como la expresión de la necesidad, gran cantidad de decisorios de nuestros tribunales han establecido un límite de tiempo entre aquel momento y la interposición de la demanda, el cual se fijó en un año, luego del cual ordenaban con buen criterio a mi entender, la realización de una nueva audiencia.

Y aquí se presentan las dos cuestiones, en primer

lugar en la audiencia de avenimiento la hoy actora no solicitó una cuota alimentaria, para ello basta con volver sobre la letra del Acta Nro. 1959/10, labrada en oportunidad. Luego, y en segundo lugar, pasó un año y medio hasta que interpuso la demanda. Ambas conductas podrían hacer presumir la falta de necesidad, por lo que bien correspondería se abonen los alimentos fijados en el decisorio en estudio desde la fecha de la interposición de la demanda.

Sin embargo, considero a esa hora que debe primar la integración de las normas en la materia, fundamentalmente el mejor interés del menor involucrado, el cual mal podría resultar perjudicado por la inactividad de su progenitora, y a la vez, rescatar la conducta del alimentante quien, si bien no efectuó aportes en dinero, sí lo hizo en especie, como fuera probado en autos.

Por lo expuesto, estableceré equitativamente un período anterior a partir del cual habrá de computarse la cuota alimentaria establecida, y que fijo en seis (6) meses previos a la interposición de la demanda, cálculo al que habrán de adicionarse los devengados desde el inicio del proceso judicial y hasta el dictado de sentencia (alimentos atrasados).

c) De las costas.

En relación con los emolumentos regulados a los profesionales actuantes se alza el demandado apelando los mismos por altos, para luego, y al momento de expresar agravios cuestionar sea él el condenado a abonar los que corresponden a los representantes de la actora. Solicita se impongan por su orden. No puedo dejar de notar cierta incongruencia. Me explico: si pretendo no pagar no veo la preocupación por la cuantía

excesiva, sostengo que no debo pagar y punto. Eventualmente, y presuponiendo un resultado adverso, podría requerir en subsidio se reduzca su valor.

A pesar de lo dicho, y en atención al modo en que aquí se resuelve, entiendo que deben confirmarse las impuestas en la instancia de grado.

Las costas de la alzada, con idéntico razonamiento, serán impuestas al demandado. Asimismo, difiero para el momento del acuerdo la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes, la que se efectuará según pautas de los arts. 5, 6 y ccdtes. de la Ley XIII-4 del Digesto Jurídico.

A la segunda cuestión el Dr. Hayes dijo:

Por lo expuesto, y de compartir mis distinguidas colegas de Sala mi voto, propongo al acuerdo la siguiente fórmula:

1) Confirmar la sentencia de grado en cuanto otorga la custodia del menor J. E. A. DNI N° 42.071.813 en forma exclusiva a la madre Sra. M. J. V. B. DNI N° 27.613.435.

2) Confirmar la cuantía de la cuota alimentaria fijada en el decisorio venido en apelación, consistente en un VEINTE POR CIENTO (20%) a calcularse sobre los ingresos que por todo concepto tenga a percibir el alimentante, previo descuentos de ley, con más asignaciones familiares y ayuda escolar cuando la percibiera, y cobertura de obra social, suma que en ningún caso será inferior a la de PESOS CUATRO MIL ($4.000).

3) Revocar parcialmente la sentencia en cuanto ordena se abonen alimentos atrasados desde la fecha de solicitud de la audiencia de avenimiento, disponiendo que los mismos sean calculados por el período

comprendido desde los SEIS (6) meses anteriores a la interposición de la demanda y hasta la fecha de dictado de sentencia.

4) Imponer las costas en ambas instancias al demandado, difiriendo la regulación de honorarios de los letrados actuantes para el momento del acuerdo.

5) Tener presentes las reservas de fs. 227/vta.

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

A fs. 176/185vta. se agregó la sentencia definitiva nro. 160/2013 del Juzgado de Familia nro. 3 de la jurisdicción.

La sentenciante de grado dispuso hacer lugar a la demanda promovida por M. J. V. B. y le otorgó la custodia de su hijo menor de edad J. E. A., condenó a P. M. A. a abonar a la actora en representación de su hijo el 20% de los ingresos que tenga el demandado que percibir previo los descuentos de ley con más asignaciones familiares y ayuda escolar y cobertura de obra social, estableció que la suma no puede ser inferior a $4.000 en concepto de cuota alimentaria, ordenó el deposito, el libramiento de oficios. Rechazó la reconvención de P. M. A. con relación a su hijo menor de edad. Fijó la cuota por alimentos atrasados; impuso las costas al demandado y reguló los honorarios de los letrados actuantes.

Contra tal decisión se alzó la parte accionada P. M. A. (fs. 205).

A fs. 218/227 se agregó el memorial del padre apelante.

Puntualizó el apelante los agravios en forma detallada, que desarrolló seguidamente en su memorial, toda vez que la manda constitucional no está destinada

a repeticiones disvaliosas, y que la narración de los mismos fue efectuada por quien me precedió en la emisión de su voto, en atención a ello realizaré una escueta mención a los fines de guía de los fundamentos decisorios.

Sostiene en su escrito en primer término que omitió la jueza a quo dar tratamiento al pedido de fijación de un régimen parental compartido resolviendo exclusivamente la custodia solicitada. El régimen parental compartido fue pedido expresamente, el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente según las distintas funciones. No solicitó la guarda compartida, no solicitó la "Custodia" entendida esta como la guarda o el pedido de tener al menor consigo, sino que se reconozca a ambas partes el cuidado y responsabilidad. Reitera en los alegatos. No fue pedido ni deseado que compartiera los hogares de los progenitores. El reconocimiento del progenitor a compartir decisiones.

El segundo agravio, la jueza a quo omitió considerar la conveniencia y procedencia del régimen parental compartido según la prueba ofrecida. Hace referencia a la consolidada vinculación del niño con el padre, detallando situaciones fácticas. Contó desde el nacimiento el niño con ambos padres, remite a los informes del ETI. La decisión de la jueza de grado modifica el statu quo existente.

Como tercera queja, la custodia a la actora cuando no existen elementos probatorios que justifiquen la decisión. Reitera los argumentos vertidos en el agravio precedente. Que viva con la madre no obsta al régimen parental compartido. El otorgamiento de beneficios sociales a la actora no puede constituir argumento

serio para determinar el alcance de su participación en la vida de J.E.A. El informe del ETI limitó su opinión al régimen de tenencia.

Continúa sus embates contra el fallo en punto a la decisión a la determinación de una cuota alimentaria excesiva a tenor de las necesidades del hijo.

Sostiene que el deber es satisfacer las necesidades del hijo y el 20% de los haberes es excesivo, que deben considerarse la situación económica de los progenitores. Debe reducirse al 15%. La actora vive en casa propia y que la cuota escolar es de $1.500. Destaca que la actora no trabaja, y que tiene otra hija de su actual pareja.

Condenó improcedentemente los alimentos atrasados desde la audiencia de conciliación cuando no habían sido solicitados.

En la audiencia de avenimiento pedida por el demandado apelante el 30 de noviembre de 2010 no fueron tema los alimentos. Presentando recién en la demanda la petición dos años después. Indica que siempre aportó en especie.

No puede tomarse como fecha de inicio para el cómputo de los alimentos atrasados la fecha de la audiencia, transgrediendo el derecho de defensa. Los informes del ETI dan cuenta que pagó la cuota del jardín escolar, obra social. A fs. 144 informe que da cuenta que compró y compra ropa para el hijo, Igual a fs. 145 y el informe del colegio a fs. 124.

La actora solo percibe por tareas de planchado $1.000.

El último tema de queja es la imposición de las costas a esa parte.

Hace reservas.

A fs. 233 se celebró la audiencia establecida en la ley. En el acta labrada se dejó constancia que la madre se trasladaría a la localidad de El Bolsón y la expresa oposición del padre.

A fs. 234/237vta. contesta los agravios la defensora pública.

Dice que en la custodia compartida el hijo deberá vivir un tiempo con cada uno de los padres, que no fue pedido. La custodia le permite vivir con el niño. Hace a la estabilidad y seguridad. Surge del pleito que el demandado tiene un diagrama de trabajo que no le permite vivir con el hijo.

Añade que más allá de la residencia de J.E.A. nadie le niega al padre que se comunique. Dice que no es veraz que el demandado se hiciera desde siempre cargo del hijo, fue la madre con grandes esfuerzos.

La recomendación del ETI que se otorgara la custodia a V. es extemporánea.

En cuanto a la cuota alimentaria es adecuada en cuanto a los intereses del niño que si relegó actividades deportivas fue por carencia de recursos económicos. Remite al informe sobre lo percibido como cuota y que el oficio de retención fue recién en diciembre de 2013.

Con relación a la queja por la determinación de la cuota alimentaria atrasada, fundamentó la falta de necesidad del planteo de alimentos en la audiencia de avenimiento. Las necesidades existían a ese momento y solo eran sufragados los gastos en especie.

En cuanto a las costas dice que fueron condenadas de acuerdo a principio de la derrota.

Fue evacuada la vista a la Asesora de Familia a fs. 239, quien opina que la custodia debe seguir

ejercida por la madre. Propone la confirmación del fallo.

En advertencia del hecho nuevo planteado sobre el traslado del menor a la localidad de El Bolsón, a fs. 240 se corrió traslado, que fue contestado a fs. 242/245 por el demandado.

Sostiene que no existen circunstancias valederas que justifiquen el traslado. Remarcando que se interrumpe la cotidianidad del contacto con J.E.A., que el el cambio en nada lo beneficia y que impide el contacto directo y frecuente con su padre. Niega que tenga razones valederas para trasladarse con la madre.

El traslado es una obstrucción al vínculo. Que la decisión fue unilateral e inconsulta. La oposición al traslado se funda en el deseo ferviente de participar en la vida del hijo.

Ofreció pruebas. Hizo reservas.

A fs. 248/249vta. la actora contestó el traslado. Dice que el padre no efectuó denuncia sobre el traslado que tenía conocimiento, remite al informe del 19 de junio de 2013 que no discute la convivencia con la madre aunque implique que se mudara a otra ciudad.

Dice que se probó en la causa que el padre pasaba semanas sin ver a su hijo por motivos laborales, según informes nro. 533/13 y 443/13. Es una mejor vida para J.E.A. que asiste al colegio de doble escolaridad y tiene actividades deportivas, además de gozar de tranquilidad. Peticiona se rechace el “hecho nuevo”.

A fs. 260/261 vta. por Sentencia Interlocutoria nro. 99/2014 se rechazó el pedido de prueba y surge de los considerandos que si bien recién en la audiencia surgió el tema del traslado del hijo a la localidad de El Bolsón en fecha febrero de 2014 del informe del ETI

de fs. 124/125 de junio de 2013 surge la manifestación del padre para que su hijo se traslade.

Análisis:

La jueza a quo otorgó la custodia de su hijo menor de edad J.E.A. a su madre, conforme sus argumentos y lo dispuesto en los arts. 206 y 264, inc. 2, del Código Civil, sobre esta decisión se alzó el demandado como se indicara *ut supra*.

Para resolver esta cuestión he de remitirme a la doctrina y a tal fin digo: "La guarda es el derecho que tienen los padres de tener a los hijos junto a sí, fijando el lugar de su residencia, en el cual conviven, para cumplir con su deber de educarlos y lograr el desarrollo integral de la personalidad de los mismos. Es de ejercicio obligatorio para los padres, está establecida en interés de los hijos y también en protección de la sociedad y de sus miembros, por el cual la idea de función social está implícita en esta noción. Por esta razón se hace responsable a los encargados de la guarda por los daños que los menores a su cargo puedan ocasionar a terceros.

Desde el punto de vista semántico, observamos que en el léxico jurídico usual no se usa generalmente el término "guarda", sino que se ha impuesto el empleo del vocablo "tenencia", que en rigor no consideramos correcto por su connotación con la posesión de una cosa (acepción según el Diccionario de la Real Academia Española), cuando aquí nos estamos refiriendo a personas menores de edad, sujetos de derecho; por ello, parece preferible la expresión "guarda" que apropiadamente utilizan los artículos 231 y 264, inciso 5°, del Código Civil, aclarando además que no existe diferencia alguna entre las nociones de guarda y

tenencia de menores, y que el Código las utiliza indiferenciadamente. Lo demuestran los artículos 236, 2° párrafo, 264, inciso 2°, y 271, que emplean la voz "tenencia". Pero, a su vez, el artículo 206, que analizaremos a continuación, utiliza la expresión "quedarán a cargo", que también implica la "guarda", como conjunto de derechos y deberes sobre la persona y bienes del menor" (M. J. Méndez Costa-F. Ferrer-D. D'Antonio, "Derecho de Familia", T. III-A, pág. 398/399, ed. Rubinzal-Culzoni-2009).

Con relación a la tenencia no existió controversia alguna y me remito a la manifestación de ambas partes en el curso del pleito. Sin apartarme de lo comprobado en autos que el padre por su actividad no estaba constante y cotidianamente con J.E.A., y reiteró su voluntad manifiesta que la madre tuviera la tenencia fs. 147 hay expresa decisión del padre a que permanezca con la madre, aunque ella tenga que mudarse de localidad. No se opuso el demandado a que su hijo se trasladara, tema que recién surgió en esta Alzada a fs. 233 (acta de la audiencia de ley en Cámara).

También ha dicho la doctrina: "El no guardador seguirá sujeto especialmente a la obligación de asistencia material, moral y espiritual de sus hijos menores, y al deber de preocuparse y controlar su educación y formación integral, aun cuando la guarda sea ejercida por el otro, y para ello se le reconoce el derecho-deber de mantener una adecuada comunicación con ellos y supervisar si educación (art. 264, inc. 2°), frente a lo cual el progenitor guardador tiene la obligación de permitir y estimular la comunicación de sus hijos con el padre no conviviente (FERREYRA DE DE LA RÚA, Angelina, "Aspectos procesales de la tenencia y

del régimen de visitas", en Revista de Derecho Procesal, N° 2002-2, p. 119, N° III al final) (autores y obra citada, pág. 402), siendo ello el principal argumento del apelante, la respuesta se encuentra clara, y la predisposición a continuar en comunicación, supervisión y contacto con J.E.A.

Por otra parte no veo impedimento que teniendo la guarda y custodia la madre, habiendo el menor manifestado su deseo de convivir con ella, como lo expresó su progenitor, arribe a la decisión de excluir al padre del deber y derecho de participar en la formación, la mamá de J.E.A. vivía con él, el padre tenía una participación que no se centraba en la permanente presencia física por cuestiones laborales del Sr. A. (informe ETI, fs. 123 y fs. 147 y vta.).

Por otra parte en el siglo en que vivimos no puede desconocerse que existen medios tecnológicos que facilitan la comunicación en forma inmediata, tal el caso de Internet, el Sr. A., aunque no viva en la misma ciudad con el hijo, puede participar activamente de los acontecimientos de la vida de este, si bien la localidad donde se ha trasladado se encuentra distante unos 700 km de la residencia del padre y es significativo, no es impeditivo para que puedan acordar de común distintos momentos de visitas de comunicación personal, no es imposibilitante.

No encuentro que los fundamentos en el memorial contra la decisión de grado alcancen a conmoverla, conforme la postura señalada que he seguido, no omito distinguir en tal sentido el informe de la Sra. Asesora de Familia e Incapaces de fs. 239, lo que me lleva a la confirmación de la sentencia venida en crisis en este punto.

La queja del padre sobre la cuota alimentaria dispuesta en la sentencia de grado corre la misma suerte.

La apreciación que tuvo la jueza a quo de las necesidades de las partes es lo que aquí viene cuestionado, circunstancia librada al arbitrio judicial para arribar a lo decidido, implicó llevar el análisis a la valoración subjetiva de las distintas situaciones.

El apelante, acotado por este tema, ha desarrollado un análisis con un intento de objetividad en su memorial de fs. 224, que motivó a esta Alzada y a quien suscribe a revisar la decisión.

Es invariable el concepto que la cuota alimentaria no puede apartarse de la realidad, tanto de las necesidades a atender como de las posibilidades del alimentante, ella debe ser establecida conforme la situación que presentan las partes al momento de dictar sentencia o el más próximo a él (LL 1981-B-415).

Ahora bien, lo prioritario con relación al tema que me ocupa gira en torno a la necesidad, lo que indica que no se trata de hacer que los alimentados participen de la fortuna paterna cuando esta existiera o que la cuota se fije en proporción directa con la misma o la posición económica del alimentante, debiendo sí tenerse en cuenta tales parámetros como pautas a los efectos de la determinación del monto definitivo (CNCiv. Sala K 2002-2-28, ídem 19-11-80 ED 92-320, DJ 2002-1-688). Según Gustavo Bossert en “Régimen Jurídico de los alimentos”, el establecimiento de la pensión alimentaria no ha de ser mero corolario de la interposición de la respectiva demanda, sino que debe constituir la culminación de un proceso de valoración

de todas las circunstancias determinante de la cuota, ponderación a la que no son ajenas la prudencia, la objetividad, máxime cuando la primera descansa, preponderantemente en la segunda (autor y ob. citada, pág. 500, ed. Astrea-2006, refiera CNCiv, Sala A 15-3-88).

En lo que respecta a este caso he de compartir lo dispuesto por la jueza a quo, considero que las condiciones de vida en la localidad escogida para que J. se desarrolle y eduque es diversa a esta ciudad, mucho más pequeña la posibilidad manifestada en la audiencia de la progenitora de trabajar y el deber también de aportar al mantenimiento del hijo, sin apartarme de la idea de que quien convive con el hijo tiene una contribución con la atención cotidiana, brindada por la dedicación y tiempo personal que ello implica, me llevan a la convicción de que la decisión de grado ha de confirmarse.

La condena por los alimentos atrasados ha venido en queja. Coincido con el criterio en el tópico con el Dr. Hayes, variando el criterio que he mantenido en anteriores oportunidades que corresponde a partir de la audiencia de avenimiento, en el convencimiento de que no importa seguirlo absteniéndome de los casos en particular. Es veraz que demoró entre dicho momento y la interposición de la demanda un año y seis meses, según fs. 2 y fs. 28, por lo cual retrotraerlo a la audiencia de avenimiento entiendo excesivo, no obstante la decisión de mi colega preopinante me parece equitativa entre el criterio seguido, ya señalado y aquellos que propician sean calculados los alimentos atrasados a partir de la interposición de la demanda.

Se queja el demandado por la imposición de costas en la instancia de grado. Conforme han sido resueltas, las cuestiones en esta instancia, la modificación parcial de la sentencia, por imposición del art. 282 del ritual, el tratamiento de la queja carece de virtualidad jurídica.

Costas, la decisión resultó parcialmente favorable al demandado, la actora instó el presente pleito pretendiendo la custodia de su hijo en forma individual, lo que fue confirmado. Variando la situación respecto de la cuota alimentaria y la fecha peticionada en la demanda a partir del avenimiento respecto de los atrasados.

No veo motivos para apartarme de lo mantenido en concordancia con la doctrina y jurisprudencia, que las costas deben ser soportadas por el alimentante. En la especie también se ventilaron cuestiones no patrimoniales y en tal sentido ha dicho la doctrina que "Wetzler Malbrán participa de la conclusión de que en las cuestiones de familia no patrimoniales, excluido el divorcio, no hay propiamente derrota, por principio, salvo que una de las partes haya opuesto solo su intemperancia o su capricho para obligar a la otra a emprender la vía jurisdiccional en busca de una solución de imposible obtención por otros medios" (pág. 450, Roberto Loutayf Ranea, "Condena en costas en el proceso civil", ed. Astrea, 1998).

Observo que el demandado se opuso a la custodia peticionada, aun contrariando sus propios actos, como fuera señalado en el análisis precedente, a lo cual agrego el criterio expresado sobre el ítem, lo que me lleva a mantener el principio objetivo de la derrota, según los argumentos doctrinarios expuestos.

Por ello confirmo la imposición de las costas dispuesta en la instancia de grado.

Las costas de la Alzada por los mismos fundamentos las impongo al demandado.

Difiero la regulación de los honorarios de los letrados actuantes al momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Propongo:

1) Receptar parcialmente los agravios del demandado Sr. A. Confirmar la sentencia venida en crisis parcialmente. Modificar exclusivamente el momento que se condena al pago de los alimentos atrasados, que corresponde a partir de los seis meses anteriores a la imposición de la demanda.

2) Las costas se imponen en ambas instancias al demandado, diferir la regulación de los honorarios de los letrados por sus actuaciones en instancia de grado y en Alzada, al momento del acuerdo, según considerando respectivo.

3) Tener presentes las reservas efectuadas a fs. 227/vta.

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

SENTENCIA:

1) Confirmar la sentencia de grado de fs. 176/185 en cuanto otorga la custodia del menor J. E. A., DNI N° 42.071.813, en forma exclusiva a la madre Sra. M. J. V. B., DNI N° 27.613.435.

2) Confirmar la cuantía de la cuota alimentaria fijada en el decisorio venido en apelación, consistente en un VEINTE POR CIENTO (20%) a calcular sobre los ingresos que por todo concepto tenga a percibir el alimentante, previo descuentos de ley, con más

asignaciones familiares y ayuda escolar cuando la percibiera, y cobertura de obra social, suma que en ningún caso será inferior a la de PESOS CUATRO MIL ($4.000).

3) Revocar parcialmente la sentencia en cuanto ordena se abonen alimentos atrasados desde la fecha de solicitud de la audiencia de avenimiento, disponiendo que los mismos sean calculados por el período comprendido desde los SEIS (6) meses anteriores a la interposición de la demanda y hasta la fecha de dictado de sentencia.

4) Imponer las costas en ambas instancias al demandado.

5) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a las Dras. M. A. C. y M. E. S., conjuntamente, en la suma equivalente a treinta y cuatro jus (JUS 34) y a la Dra. L. F. M. en la suma equivalente a veinticuatro jus (JUS 24), con más el IVA si correspondiera.

6) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada a la Dra. M. A. C. en el treinta por ciento (30%) y a la Dra. L. F. M. en el veintisiete por ciento (27%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

7) Tener presentes las reservas efectuadas a fs. 227/vta.

8) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia la Sra. Jueza de Cámara Dra. Nélida Susana Melero y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes

Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Jueza de Cámara

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Presidente

REGISTRADA BAJO EL Nº DEL AÑO 2014
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "F"

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara