Esquel, de noviembre de 2014.-

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

------Los recursos de apelación incoados por la Dra. C. W. en representación de la parte actora (fs. 212) y por el Dr. P. M. representando al demandado (fs. 215), contra la sentencia Nº 323/2014 del 12 de septiembre de 2014 (fs. 202/207) y que fueran concedidos a fs. 217; y-

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

------1. La Sra. Juez de Familia resuelve: conceder la custodia de los niños B. A. G. y C. A. G. a su madre Sra. M. d. L. M.; fijar la asistencia alimentaria a favor de los niños y a cargo del progenitor Sr. A. G.en el 25 % de sus haberes, manteniéndose la modalidad de descuento directo y depósito en cuenta; asimismo insta a las partes a presentar en el trámite convenio de régimen de comunicación entre los hijos y el progenitor no conviviente. Impone costas y regula honorarios.-

------Contra esta decisión las partes interpusieron recurso de apelación (fojas 212 y 215). El demandado expresa sus agravios a fs. 219/222 y vta., mientras que la accionante lo hace a fojas 223/224 y vta, contestando aquellos a fojas 226/227 y vta.; no recibiendo réplica de la contraria.---------

------2. *Al recurso del demandado:* (fs. 219/222), centra su primer agravio en el cambio de custodia solicitado por la actora, refiriendo que se ha resuelto mediante una *"incorrecta aplicación del interés superior del niño"*, explayándose respecto a este principio con sustento en la Ley 26061 y en la Ley III N° 21, manifestando que la guarda compartida asegura el cumplimiento del art. 9 de la CDN, por lo que el pronunciamiento debe ajustarse a dicho eje.----------

------Enuncia como segundo agravio una errónea calificación de la sentenciante respecto al centro de vida de los niños y argumenta su postura en torno a la Ley 26061, solicitando se disponga la custodia compartida y se deje sin efecto la asistencia alimentaria y el pronunciamiento relacionado con el régimen de comunicación.----------

-------3. *Al recurso de la actora*: (fs. 223/224 y vta.), observamos que la insuficiencia del recurso se patentiza en el único agravio que consiste en la cuantía fijada por alimentos, argumentando que la misma resulta arbitraria

por ser el mismo porcentaje que se dispuso para los alimentos provisorios y analiza la prueba colectada en autos.----------
------La apelante no logra una crítica concreta, clara, frontal, que revele las alegadas deficiencias del pronunciamiento de la anterior instancia.----------
------En su memorial, se limita a exponer un parecer distinto, sobre la base de su propia subjetividad y sin una sola cita o elemento objetivo que apoye sus dichos divergentes.----------
------Es más, ni siquiera ha logrado indicar por qué el fallo apelado es arbitrario.----------
------4. Al contestar agravios la actora (fs. 226/227 y vta.), sostiene que *"No es cierto que se pueda advertir en el expte. de toda la prueba producida y de la audiencia celebrada con los niños que ambos padres se encuentran en idénticas condiciones de idoneidad para el ejercicio de la custodia de los hijos en común …"* conforme surge del informe del ETI, recalcando que hablar de tenencia compartida complicaría la existencia de los niños.--------
------5. Realizada la audiencia prevista en el Art. 130 de la Ley III Nº 21 (fs. 233), comparecen los niños B. A. y C. A. G., quienes fueron escuchados por el Tribunal en presencia del Sr. Asesor de Familia, habiéndose explayado suficientemente respecto a las actividades que realizan y posteriormente se escuchó a la Sra. M. No asistió el Sr. G.----------
----------A fs. 235 el Sr. Asesor de Familia contestó la vista conferida y refirió que nada tiene que observar para que la sentencia impugnada sea confirmada respecto a lo resuelto en materia de custodia y revocada en lo relativo a los alimentos.----------
----
------6. Ingresando en el análisis de la cuestión sometida a estudio y en lo sustancial del planteo traído a conocimiento de este Tribunal, señalamos la necesidad de atender primordialmente al mejor interés de los niños, debiendo supeditarse los reclamos de las demás personas a este superior interés (arts. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Por su parte, el art. 3 de la ley 26.061 dispone que *"A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley …"* y que "… *Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y*

adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros".----------

------El presente proceso se inició en noviembre de 2013 (fs. 57 y vta.) y producida y apreciada la prueba en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, se ha dado primacía a la verdad jurídica objetiva.----------

------Compartimos los fundamentos de la Sra. Juez de Familia pues al encontrarse los padres separados, el ejercicio de la patria potestad se concentra en uno de los progenitores, el que ejerza legalmente la tenencia (conf. art. 264 inc. 2° del Código Civil), dejando a salvo el derecho del otro progenitor de *"tener una adecuada comunicación"*, como lo sugiere el *a quo* en el punto 4°).----------

-----

------El sistema de atribución unipersonal tiene en cuenta que los hijos no son "atribuibles" u "otorgables", más tampoco "divisibles" por eso, se ha optado la solución de adjudicarlos a uno de los cónyuges (arts. 9 inc. 3 y 10 inc. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño).----------

------La custodia implica 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 otorga la custodia de un niño a uno de los progenitores, se está diciendo 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 de la patria potestad, y ésta, es conjunta.----------

La custodia permite tomar decisiones unilaterales por parte del progenitor que la tiene en cada momento pero se trata únicamente de decisiones ordinarias y domésticas en la vida del menor, es decir 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.----

------Por todo lo expuesto, corresponde confirmar la resolución que viene apelada.----------

------Las costas de Alzada se imponen por su orden, regulándose los honorarios del Dr. C. W. en el 4 % y a la Dra. L. R. S. en el 2 %, ambos porcentajes serán calculados en base al monto del proceso que se cuantificará conforme la ley de aranceles, en ambos casos con más el IVA que pudiere corresponder (art. 13 Ley XIII Nº 4).----------

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

----------**RESUELVE**:----------

------1°) ***CONFIRMAR*** la sentencia del 12 de septiembre de 2014 en cuanto ha sido materia de apelación por las consideraciones expuestas precedentemente.----------

------2°) ***COSTAS*** de esta Alzada por su orden, regulándose los honorarios de las Dras. C. W. en el 4 % y L. R. S. en el 2 %, ambos porcentajes serán calculados en base al monto del proceso que se cuantificará conforme la ley de aranceles y con más el IVA que pudiere corresponder.----------

----------3°) ***REGÍSTRESE***, notifíquese y oportunamente vuelvan las actuaciones al Juzgado de origen.-

----------La presente resolución es dictada por dos Jueces del Tribunal por encontrarse en uso de licencia el Dr. Claudio A. Petris y haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17).----------

JORGE L. FRÜCHTENICHT **GÜNTHER E. FLASS**

REGISTRADA BAJO EL Nº /14 CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS CIVILES.- CONSTE.-

Norma Marrerro
Secretaria