--- En la ciudad de Trelew, a los días de diciembre del año dos mil catorce, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos A. Velázquez y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Natalia Isabel Spoturno y Marcelo J. López Mesa, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“R., . J. c/ U., S. E. s/ Custodia” (Expte. N° 181 – Año 2014 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es admisible el planteo de nulidad efectuado?, SEGUNDA: En caso negativo, ¿se ajusta a derecho la sentencia apelada?, TERCERA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 165. ----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, la Dra. Natalia Isabel Spoturno, expresó:----------

--- La Sentencia de Primera Instancia rechazó la demanda de custodia planteada por P. J. R. contra S. E. U., madre de su hija E.. Impuso las costas por su orden y reguló los honorarios correspondientes a los abogados intervinientes.----------

---

--- Este pronunciamiento fue apelado por el actor perdidoso quien para fundar su recurso expresó los agravios que trataré a continuación.----------

--- En primer lugar el apelante denuncia la nulidad de la sentencia por no ajustarse en su desarrollo y consideración a las circunstancias y pruebas que surgen de la causa. Enumera a continuación cinco aspectos que ─según su opinión─ darían lugar a la declaración de nulidad de la sentencia.----------

--- El recurso de nulidad que se encuentra comprendido en el de apelación, está destinado a salvaguardar las exigencias formales impuestas a la sentencia. El recurso de apelación ataca los errores de juicio ─error *in iudicando*─, mientras que el de nulidad, comprendido en el anterior, cuestiona los defectos propios de la sentencia.------

--- En la presente, los vicios que el apelante describe podrían ser ─eventualmente─ el fundamento de la expresión de agravios pero ninguno de los aspectos que señala puede dar lugar a la nulidad de la sentencia puesto que ninguno de ellos es un “defecto de la sentencia” en los términos del art. 255 CPCC.----------

--- Por lo expuesto, a la primera cuestión voto por la NEGATIVA.----------

--- **A ESA MISMA CUESTIÓN PRIMERA** el Dr. Velázquez expresó:----------

--- Recurrida en apelación y nulidad la sentencia de Primera Instancia, el actor al expresar agravios fundó la acusada invalidez del fallo en errores de fundamentación, pues la “a quo”, en el concepto del recurrente, habría omitido considerar elementos de convicción e inaplicado preceptos constitucionales y legales.----------

--- Las deficiencias invocadas, aun de ser ciertas, no daría ocasión a declarar la nulidad del decisorio en crisis. La ausencia de valoración o equivocada apreciación de las pruebas producidas, así como la desacertada subsunción del caso en la normativa aplicable, constituirían, de ser exactas, típicos errores “in iudicando”, impugnables por la vía de la apelación y no por la de la nulidad, que en el campo de los recursos ordinarios

se ciñe a los defectos formales de la sentencia (art. 255 C.P.C.C., su doc.; confr.: esta Cámara, S.D.C. 3/97, S.D.C. 18/00; C.N. Civ., Sala “A”, J.A. 1969-4-237; ídem, Sala “C”, E.D. 78-206; íd., Sala “G”, L.L. 1986-B-335). Ante tales falencias estaríamos en todo caso en presencia de una *injusticia*, que da nacimiento a un *agravio*, para cuya reparación se creó el recurso de apelación -aquí también interpuesto-, bien distinto al de nulidad previsto para sanear vicios “in procedendo” extrínsecos del decisorio (confr.: Couture, “Fundamentos...”, 3era. ed., pág. 346).----------

--- Por esta razones me expido en esta cuestión primera por la NEGATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, la Dra. Spoturno dijo:----------

--- Habiendo dado negativa respuesta a la primera cuestión, trataré los agravios expresados contra la sentencia de grado. Antes de dar tratamiento a los mismos aclaro que con el objeto de ordenar y clarificar el tratamiento les asignaré un número a cada uno de los agravios. Hago esta aclaración por cuanto los agravios han sido expuestos de manera desordenada, repetitiva, extensa y confusa. En general mezcla y confunde el apelante los distintos agravios contra la sentencia en un mismo párrafo haciendo difícil su análisis. Por los motivos expuestos y dado que los agravios deben tratarse en su totalidad, procederé a identificarlos y tratarlos en forma diferenciada.----------

--- I. El apelante considera que el primer yerro en que incurrió la magistrada de grado fue considerar que la prueba testimonial no aportó nuevos elementos a la causa. Destaca que de la prueba testimonial debe tenerse por acreditadas circunstancias relativas a la idoneidad de las partes para asumir el cuidado personal de la hija y que estas circunstancias no fueron ponderadas en autos. Sostiene que los testigos de la actora fueron más esclarecedores que los de la demandada con relación al centro de vida de E. y a la mayor idoneidad del padre para asumir el cuidado de la niña.-------

--- Sostiene que los testigos fueron contestes en señalar restricciones que la demandada ha impuesto al actor en el desarrollo de su rol de padre desde la concepción hasta la actualidad. Dice que surge de los dichos de los testigos la mayor idoneidad de R. en aspectos vinculados a la situación escolar y de salud de E.. Sostiene que de los dichos de los testigos surge que todo lo relativo a la escolarización y cuidado de la salud de E. ha sido activamente abordado por el actor.----------
---

--- Todo el agravio se centra en la valoración efectuada en el grado de las declaraciones testimoniales obrantes en la causa. Al respecto diré que, habiendo efectuado un detenido análisis de los mismos, coincido con la conclusión a la que arribó la sentenciante de grado en cuanto a que los mismos no aportaron nuevos elementos a la causa. El tema del “centro de vida” será tratado en el agravio correspondiente. Con respecto a la mayor idoneidad del padre para asumir el cuidado de la niña, entiendo que no fue probado. Así por ejemplo la testigo L. (clienta de la demandada) destaca de manera muy positiva el rol materno. Por su parte el testigo E. (amigo de la infancia del actor con quien mantiene una relación “muy cercana” según sus propios dichos)

destaca de manera muy positiva el rol paterno. El resto de los testigos destacan positivamente el rol materno (los testigos de la demandada) o el rol paterno (los testigos del actor) pero ninguno dice lo que el actor asegura de manera enfática pero carente de respaldo. De ninguno de los testimonios se desprende la inidoneidad de la Sra. U. para ejercer la custodia de E..----------

--- Por ello, considero que la prueba testimonial fue correctamente valorada en el grado razón por la cual el presente agravió deberá rechazarse.----------

--- II. Como segundo agravio sostiene que la sentencia de grado no tuvo en cuenta la situación ambiental de ambos hogares. Dice que surge de la prueba que el domicilio de la demandada es frecuentado por gente de mal vivir.----------

--- Esta afirmación de la actora no fue acreditada a través de la prueba rendida en autos. Así por ejemplo, L. G. L.s (testigo de la demandada) dijo que S. U. vive con sus dos hijos, E. y T., aseguró que la vivienda de la demandada no es frecuentada por personas que consumen alcohol en exceso y describió a la Sra. U. como “muy trabajadora” destacando positivamente su rol materno. Da suficiente razón de sus dichos en virtud de tratarse de una clienta de la Sra. U. desde hace muchos años.----------

--- El testigo E. nada aporta al respecto ya que declaró haber visto a la Sra. U. una sola vez.----------

--- Por su parte la testigo L. declaró que las únicas personas que viven en la casa de la Sra. U. son sus hijos y que no es frecuentada por personas que consuman alcohol. Describe el estilo de vida de la demandada de la siguiente manera: “madre soltera que trabaja y cuida del bienestar de sus dos hijos”. El resto de los testigos nada aportan al respecto.----------

--- Por ello, no surgiendo de autos la circunstancia descripta por el actor, considero que este agravio debe rechazarse.----------

--- III. Continúa con sus agravios sosteniendo que la accionada mantenía a E. siempre en el ámbito de su trabajo como peluquera sin que E. cuente con un espacio adecuado a sus necesidades. Dice también que la sentencia no consideró la mala relación entre madre e hija motivada en el mal trato que la madre dispensa a la hija. Estas alegaciones no fueron probadas de modo que el agravio debe rechazarse.---

--- IV. El apelante dice que la sentencia de grado no tuvo en cuenta el establecimiento del centro de vida de E. en casa del progenitor. Dice que no se tuvo en cuenta la forma de organización que “consuetudinariamente han establecido las partes” para su organización familiar y el centro de vida real de la menor involucrada en autos.----------

--- No surge de la causa que las partes hayan establecido “consuetudinariamente” ningún sistema de organización familiar. Si esto fuera cierto la causa no hubiese llegado a esta instancia. Ahora bien, a lo largo de los agravios la actora hace referencia al “centro de vida” de E.. Considero que la parte actora hace un uso de la expresión “centro de vida” que no es el que le asigna la Ley 26061 en su art. 3. La norma en

cuestión dice: “Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia”. Entonces nos encontramos con que la casa del padre no es el “centro de vida” al que se refiere la ley y que en consecuencia no puede tomarse como fundamento de una decisión en su favor.----------

--- La demandada reconoce que paulatinamente y respondiendo al deseo de la niña ha permitido que concurra a la casa del padre con más frecuencia. Esto no significa de ningún modo un cambio en el “centro de vida”. Significa simplemente que dada la mayor edad de la niña y tomando en cuenta sus opiniones y deseos, la madre ha permitido un mayor contacto con el padre.----------

--- Esta circunstancia debe ser valorada como una actitud positiva por parte de la madre y que desvirtúa en gran medida las afirmaciones del actor en torno al impedimento de contacto. Entiendo ─contrariamente a lo planteado por la actora─ que esta situación de hecho milita en favor de mantener la custodia en cabeza de la madre. Por ello, este agravio también debe rechazarse.----------

--- V. Señala como error en el razonamiento la parte de la sentencia que destaca que la actora equivoca su rol parental por no entender que para ejercer el mismo debe aprender a “actuar con otro”. Intenta rebatir este argumento destacando a modo de ejemplo que ha integrado a su familia a Ti. (hermano de E.) para la mejor formación de E.----------

--- Este agravio deberá declararse desierto en caso de ser compartida mi opinión puesto que no cuenta con la suficiente fundamentación a fin de derribar las conclusiones a las que llegó la sentenciante de grado. El apelante ofrece en este caso una línea argumental diferente sin lograr conmover las conclusiones de la sentencia. Es por ello que propongo la deserción parcial del recurso en lo que atañe a este agravio.----------

--- VI. Se agravia luego porque la sentencia de grado no consideró la mayor disponibilidad horaria para la atención de las necesidades de la niña. Dice que la circunstancia de vivir el actor con sus padres no puede ser considerada como un demérito para restarle idoneidad al padre para asumir la crianza de la niña.----------

--- Este agravio también habrá de ser rechazado. La mayor o menor disponibilidad horaria de los padres no pueden ser el fundamento para otorgarle la custodia a uno o al otro. El actor, a fin de lograr revertir la situación actual, debió probar ─y no lo hizo─ que la madre no es idónea para cumplir su rol materno. La mayor o menor carga horaria en el trabajo no es un dato relevante a estos fines. Por otra parte sus consideraciones respecto a la convivencia con sus padres no tienen asidero puesto que esta circunstancia no fue tenida en cuenta por la sentenciante al momento de decidir.----------

--- Por lo expuesto, propongo al acuerdo el rechazo del agravio.----------

--- VII. Se agravia también por las consideraciones y razonamiento efectuado por la sentenciante de grado al analizar los informes psicológicos y de los equipos respectivos agregados a la causa, como asimismo de las recomendaciones que invadiendo esferas

ajenas al conocimiento judicial, o en su caso que no forman parte de evaluaciones ni de diagnósticos introducidos en la causa por intermedio de los especialistas correspondientes, se mencionan en la parte final de la sentencia.----------

--- Este agravio (transcripto literalmente) se encuentra francamente desierto. De su simple lectura surge que se trata de un esbozo de crítica que no llega a ser tal. Por ello propongo al acuerdo se declare la deserción parcial del recurso con relación a este agravio.----------

--- VIII. Se queja luego el apelante porque la sentencia consideró informes presentados por la demandada fechados en los años 2009 y 2011. Sostiene que los mismos carecen de actualidad para resolver la presente controversia y que a su vez no fue considerado el último informe elaborado por el ETI en el que la niña manifestó haber establecido su centro de vida con el suscripto. Sostiene que ningún informe actual indica inestabilidad emocional en E. o poco rendimiento escolar. Por el contrario dice que se encuentra probado que en la actualidad E. se encuentra contenida y con un formidable rendimiento escolar merced a la intervención de su padre. Dice que no se han ponderado las mejorías existentes en su situación escolar, el hecho de no necesitar ya asistencia psicopedagógica, etc. Sostiene que no se acreditó cual es la ventaja de mantener a E. bajo la custodia de su madre.----------

--- Este agravio, de compartirse mi opinión, también deberá rechazarse. No resulta de las constancias de la causa que la sentencia se haya construido en base a documentos y pruebas carentes de actualidad. Por el contrario, considero que la situación actual es la consecuencia de una historia familiar que se proyecta en la actualidad.----------

--- Por ejemplo, obra a fs. 89 informe del ETI de fecha 03 de abril de 2014. Consta en este informe que el actor no se presentó para la entrevista. Este aspecto no deja de tener trascendencia, ya que también corresponde evaluar las conductas observadas por las partes en el proceso (conf. art. 165 –antes 163-, inc. 5°, tercer párrafo, C.P.C.C.; su doctrina), pues bien se ha dicho que ante estos supuestos, el juez “de acuerdo a las particularidades del caso y a la conducta obrada por las partes, reparará en la quiebra del deber de colaboración, haciéndolo jugar contra el infractor al representar un módulo de utilización razonablemente adecuado para arribar a la acreditación de las afirmaciones controvertidas”; esto es, aplicando la directiva procesal emergente del art. 163, inc. 5° ya citado ante la “falta de cooperación activa” (conf. Morello, A.M., “La prueba – Tendencias modernas” – pág. 60/61 – Ab. Perrot, 1991 – en igual sentido SDC. 46/09). (Esta Sala, voto del Dr. Ferrari en autos “G., G. A. c/ G., J. L. s/ custodia” (Expte. Nº 72 - Año 2012).----------

--- IX. Continuando con los agravios se queja porque la sentencia no tuvo en cuenta la opinión de E. y su voluntad de continuar viviendo con su padre. Sostiene que por su edad sus manifestaciones deben ser particularmente consideradas y que la sentencia no tuvo en consideración el interés superior del niño tutelado por el art. 3 de la Ley 26061.----------

--- La niña fue escuchada tanto en la sede anterior como en esta instancia (obra a fs.160 constancia de la audiencia celebrada en el marco de lo dispuesto por el art. 130 de la Ley III-21). La Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley 26061 otorgan a los niños el derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta. Pues bien, tal como lo señala la demandada al contestar agravios, esto no significa que el fallo deba ser siempre favorable a los deseos del niño. Por ello, en tanto el niño sea oído (exigencia de rango constitucional en nuestro país) y su opinión sea tenida en cuenta se cumple con el mandato constitucional y legal. El juez debe valorar la situación integral teniendo como norte el interés superior del niño. Este interés superior puede coincidir o no con la voluntad del niño. En la presente causa y en coincidencia con lo resuelto en el grado entiendo que el interés superior de E. queda mejor protegido confirmando la sentencia de grado y así lo propongo al acuerdo.----------

--- X. Finalmente se agravia porque la sentencia sostuvo que no fue acreditada la inidoneidad de la madre. Sostiene que surge de la prueba producida que la madre no ha cumplido un rol satisfactorio. No garantizó la comunicación entre padre e hija. Dice que la escolarización de E. no fue satisfactoria hasta que tomara intervención el padre. Insiste con el ambiente en el que se encuentra la demandada no es acorde al de una niña de la edad de E.. Dice que nunca se ocupó la madre de las actividades extraescolares ni de la salud de la niña, etc. Sostiene que de este modo quedó demostrado el historial de ineptitud de la progenitora.----------

--- Contrariamente a lo sostenido por el apelante, una detenida lectura del fallo permite comprobar que la sentenciante valoró prudente y de manera razonable las probanzas aportadas a la causa, a fin de arribar a la decisión adoptada. Considero, luego de un profundo análisis de la causa y de la totalidad de las pruebas, que la parte actora no logró demostrar ninguna de sus alegaciones. Algunas de ellas no fueron probadas y otras fueron desvirtuadas por pruebas en contrario. Por ello, este último agravio que se analiza también deberá rechazarse.----------

--- No fue probado que la madre cumpliera su rol de manera insatisfactoria. La comunicación entre padre e hija se encuentra plenamente garantizada a la luz de la situación de hecho actual (conforme fuera manifestado por las partes y por la niña en la audiencia celebrada en esta alzada). En cuanto a la escolarización de la niña entiendo que su mejor situación actual no hace más que corroborar que lo más conveniente para ella es no modificar su custodia. La cuestión relativa al “ambiente” en el que la madre mantendría a la niña no fue ni mínimamente probado. No surge de las probanzas de autos que E. esté en un mal ambiente o rodeado de personas inadecuadas para su crecimiento.----------

--- Luego, sostener que nunca se ocupó la madre de la salud o actividades extraescolares de la niña es una afirmación que carece de todo respaldo probatorio. Es más, no puedo olvidar ─independientemente de los motivos por los cuales esto ocurrió─ que el padre reconoció a su hija cuando ésta tenía 5 años. Esto significa que

fue su madre quien se ocupó de la salud de la niña así como también de todos los aspectos de su vida hasta que comenzó a hacerlo también su padre.----------

--- A modo de ejemplo de la sinrazón del apelante, me permito destacar la declaración testimonial de S. M. L.. La testigo L. declaró haber conocido a la demandada en las clases de danzas a las que asistían E. y una niña a quien la testigo cuidaba. Declaró que esto ocurrió antes de que la Sra. U. comenzara los trámites para que E. pudiera conocer a su padre (cuando E. tenía 3 o 4 años de edad). Estas clases se dictaban en la academia de danzas de S. L. y dada la edad de las niñas concurrían acompañadas por sus madres (o niñera en el caso de la testigo L.).----------

---

--- Es por ello que el término “nunca” empleado a fs. 136 resulta injurioso a la luz de los hechos ocurridos y probados en torno a la historia familiar de E..----------

--- XI. En síntesis, entiendo que las argumentaciones del apelante resultan inconsistentes ─pese a su extenso desarrollo─ y que la genérica alusión al “interés superior del niño” sin el adecuado correlato probatorio, no resulta suficiente para desmerecer la decisión adoptada en el caso, no observándose motivos atendibles para modificar la custodia, de manera que ─en coincidencia con el dictamen del Asesor de Familia e Incapaces de fs. 163─ propondré la confirmación de la sentencia apelada en todo cuanto ha sido materia de agravios.----------

--- En cuanto a las costas y siendo la presente una cuestión de familia no patrimonial, propondré que las mismas se impongan en el orden causado.----------

--- Los honorarios de los Dres. L. A. S. y J. D., por sus labores de alzada y atendiendo a la extensión, calidad y resultado de los mismos, serán regulados en las sumas respectivas de $ *****y de $ ****(arts. 5, 6, 6 bis, 7, 13, 29 de la Ley XIII n° 4).----------

---

--- Voto pues en esta cuestión por la AFIRMATIVA.----------

--- **A TAL CUESTIÓN SEGUNDA** el Dr. Velázquez manifestó:----------

--- Por respeto a la siempre deseable brevedad y acatamiento del principio procesal de economía, en su vertiente de tiempo, me remito a la sinopsis que de la decisión impugnada y de los agravios vertidos realizara la Señora Magistrada ponente.----------

--- Poco añadiré a la detallada motivación que la preopinante ha desarrollado sustentando su voto. Contrario a dicha economía de tiempo, por alongar innecesariamente este acuerdo, sería el realizar un nuevo tratamiento “in extenso” de todas las razones dadas, repetitivo de lo ya bien expresado por la colega. Para fundar mi voto individual, cual lo exige la manda del art. 169 de la Const. Prov., bastarán las consideraciones siguientes.----------

--- I.- Razón le asistió a la juzgadora del previo grado al señalar que la probanza testifical rendida en autos poco aportó para la decisión de la causa.----------

--- Recuérdese que las pruebas deben recaer sobre los alegados hechos conducentes (art. 364 C.P.C.C.), es decir los sucesos “útiles para la decisión de la causa”, “que

tienen resultado práctico o interés en orden al litigio" (Morello y otros, "Códigos Procesales...", 2da. ed., V-11 y 23); en otras palabras, "los datos fácticos que constituyen el supuesto de hecho de las normas a aplicar" (Guasp, "Derecho procesal civil", 3era. ed., I-329, pto. II, "a"), de los cuales "depende el derecho que se pretende", en tanto "la acción se individualiza por los hechos y son los hechos en realidad los que determinan la norma" (Alsina, "Tratado...", 2da. ed., III-225, pto. 2, "d" y II-249, "c"). En esta especie los concretos datos fácticos alegados en la demanda de custodia fueron la obstaculización por la madre a los contactos paterno-filiales y los malos tratos de que la progenitora hacía objeto a su hija, todo lo cual, negado en el responde a la demanda, quedó trasformado en controvertido y hete aquí que ninguno de los testigos deponentes aludió a reticencias de la madre a los contactos de la niña con el padre -a lo sumo, refirió un único declarante una ocasional discusión entre los padres- ni, menos aún, a malos tratamientos propinados por aquélla.----------

--- Tocante a la idoneidad de los progenitores para el cuidado de su hija, ambos grupos de declarantes dieron fe de la habilidad de uno y otro, pero nada informaron acerca de la falta de aptitud de los mismos.----------

--- II.- Acerca de la invocada frecuentación del domicilio de la demandada por personas indeseables, no se arrimó a la causa ni un principio de prueba, ni tan siquiera hechos indiciarios en los que montar presunción judicial ninguna.----------

--- III.- La concurrencia de la menor al lugar de trabajo donde se desempeña su madre -una peluquería de señoras- no puede ser considerada perniciosa para la formación de la niña, pues no se trata de un sitio peligroso ni inmoral.----------

--- IV.- Al margen de que el "centro de vida" de la niña al que alude el recurrente no coincide plenamente con el concepto que de la expresión nos dio el legislador en el art. 3 de la Ley 26.061, aquí tenemos que, dado el régimen de contactos imperante, la menor reparte actualmente su tiempo entre los hogares de ambos padres, de modo que no es advertible que el eje de su existencia pase en exclusiva por la casa de su padre, de manera tal que el domiciliarse con su madre importe el anómalo desplazamiento del mentado "centro de vida". Además, tal permisión de la progenitora de que la hija concurra asiduamente y por largas horas el hogar de su padre, más allá incluso que los términos fijados en el régimen originalmente fijado, viene a desmentir la alegación actoral acerca de la obstaculización por la madre a los contactos paterno-filiales.---------

--- V.- La mayor disponibilidad de horarios del actor para estar con su hija no es elemento dirimente para definir la custodia de ella. La custodia no se agota en asistir al menor en sus actividades extraescolares, sino que entraña el adoptar decisiones que hacen a la formación plena de aquél. Si fuéramos a decidir las custodias en función a la cantidad de horas empleadas por el custodio en asistir materialmente a las actividades del custodiado, llegaríamos al absurdo de asignar la custodia a la niñera que vela por la criatura en tanto sus laboriosos padres trabajan, en claro desmedro de la responsabilidad parental.----------

--- VI.- Es inexacto que la sentenciante de grado haya fundado principalmente su fallo en informes técnicos desactualizados. Por cierto que la Señora Jueza “a quo” citó esos informes, mas sin otro alcance que historiar la larga evolución de una conflictiva relación entre los padres de la niña, de la que la actual situación es consecuencia. Pero también atendió la sentenciante a los más modernos informes de las psicólogas tratantes de fs. 31/32 y 106 y del E.T.I. de fs.89/vta. Este último fue, por fuerza, sólo esquemático y no todo lo completo deseable a consecuencia de la falta de presentación a la entrevista del actor, quien evadió evidentemente su imprescindible colaboración en la producción de esta relevante prueba, actitud esta que debe ser considerada en especial a la hora de decidir el caso.----------

--- Es que la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso puede constituir un elemento de convicción corroborante de la prueba para juzgar la procedencia de la pretensión, módulo de razonamiento adecuado para arribar a la convicción sobre la verdad de las afirmaciones controvertidas (esta sala, c. 21.090 S.D.C. 21/06, c. 209/08 S.D.C. 15/09, c. 410/09 S.D.C. 46/09, c. 108/10 S.D.F. 6/10). En esta especie el comportamiento del actor significó faltar al deber de colaboración activa, lo que importó una actitud desimplicante, contraria a la de colaboración, que en la axiología del proceso significa solidaridad, esto es coimplicación o envoltura en la búsqueda de la verdad material y no el aislamiento contraventor de los liminares principios de lealtad, probidad y buena fe, savia moral del ordenamiento adjetivo (art. 34 inc. 5 apdo. “d” cód. cit.; esta sala, c. 15.714 S.D.C. 7/00, c. 108/10 S.D.F. 6/10, c. 31/11 S.D.F. 6/11).----------

--- VII.- A propósito de tener en cuenta la opinión de la niña para la decisión de la causa, debo señalar, de un lado, que tal opinión no es vinculante para el tribunal, pues la relativa madurez y discernimiento de una menor de sólo doce años bien puede poner en pugna sus deseos con el interés superior del niño que debe ser priorizado. De otra parte, corresponde poner de resalto que el parecer de la interesada no fue tan tajante como el apelante lo presenta. En efecto, en oportunidad de entrevistar en privado este tribunal a la menor y pregunta que fue acerca de con quién le gustaría estar si tuviera que elegir, respondió ella textualmente: “no se, a mi gustaría la tenencia compartida para que mamá y papá se pongan de acuerdo en algo”; interrogada sobre cuántos días le gustaría estar con uno y otro, contestó: “no sé, me gustaría estar durante los días de semana un rato con papá para hacer las tareas porque tengo internet y me ayuda...y los días que no está ocupada me gustaría estar con mamá” (acta de fs. 159, reservada).----

--- VIII.- En suma, no hallo en este proceso elementos de juicio bastante como para modificar el “statu quo” existente, por lo cual considero que la sentencia apelada merece ser confirmada.----------

--- Tratándose la presente de una cuestión de familia no patrimonial, no corresponde la aplicación rígida del principio de la derrota como base de la condena en costas, porque es lógico y hasta plausible que los parientes procuraran ejercer su función y, en

definitiva, al ser pronunciada la decisión se atiende a lo que mejor conviene a la menor. En la especie la intervención judicial ha venido impuesta, no por una contienda en su acepción técnico-procesal, sino por un hasta cierto punto comprensible disenso entre los involucrados en un cuadro de situación propio de una familia cuya dinámica resulta disfuncional; procede entonces imponer las costas de primera instancia en el orden causado (art. 69 párr. 2° C.P.C.C.; confr.: Cám. Apel., C. y C. Bahía Blanca, Sala I, con laudatoria nota al pie de Wetzler Malbrán, “Costas por su orden...”, en E.D. 136-522/523; esta Sala, c. 268/08 S.D.C. 27/09, c. 449/10 S.D.F. 1/11, c. 153/12 S.D.F. 7/12, c. 51/14 S.D.F. 4/14).----------

--- Concuerdo con la colega ponente en que, dada la extensión, mérito y resultado de las labores cumplidas, así como el mínimo arancelario previsto, corresponde regular los honorarios de los Dres. J. D. y L. A. S. en las sumas respectivas de $ ****y de $ ****(arts. 5 incs. “b” a “f”, 6 bis, 7 párr. 4°, 8 y 13 de la Ley XIII n° 4).----------

---

--- Me pronuncio en esta cuestión entonces por la AFIRMATIVA.----------

--- **A LA TERCERA CUESTIÓN**, la Dra. Spoturno expresó:----------

--- Ante el acuerdo alcanzado, el pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:----------

--- CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia apelada.----------

--- IMPONER las costas de segunda instancia en el orden causado.----------

--- REGULAR los honorarios de los Dres. L. A. S. y J. D., por sus labores de alzada, en las sumas respectivas de $ 3.920 y de $ 7.200.----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

--- Tal mi voto.----------

--- **A ESTA CUESTIÓN FINAL** el Dr. Velázquez respondió:----------

--- Ante los acuerdos a que arribáramos, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por la Dra. Spoturno.----------

--- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (art. 8 Ley V - Nº 17).----------

--- Trelew, de diciembre de 2014.----------

--- En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia apelada.----------

--- IMPONER las costas de segunda instancia en el orden causado.----------

--- REGULAR los honorarios de los Dres. L. A. S. y J. Di., por sus labores de alzada, en las sumas respectivas de $ ****y de $****.----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

NATALIA I. SPOTURNO
JUEZ DE CAMARA

CARLOS A. VELAZQUEZ
PRESIDENTE

--- REGISTRADA BAJO EL NUMERO_____2014 - SDF - CONSTE.----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO