NEUQUEN, 13 de Marzo del año 2018

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"H. A. F. C/ A. J. R. S/ INC. MODIFICACION DE CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS" (JNQFA4 EXP 79293/2016)** venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI,** con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y

CONSIDERANDO:

1. La sentencia dictada en hojas 63/66 fija un régimen de cuidado personal compartido de modalidad indistinta con residencia principal del niño L. N. en el domicilio materno durante la semana y los fines de semana desde el viernes al lunes a la entrada de la escuela con el progenitor.

La demandada apela en hojas 63/66 y expresa sus agravios en hojas 72/75.

En primer orden refiere que la magistrada ha resuelto con un criterio totalmente subjetivo apartándose de manera irracional de las pretensiones de las partes.

Dice, seguidamente, que agravia la sentencia "extra petita" y arbitraria por cuanto la misma introduce un régimen que no fue planteado por ninguna de las partes.

Señala que el régimen impuesto es aberrante en tanto se le impide compartir un fin de semana con su hijo y se le imponen a su cargo todas las obligaciones de la semana. Así, se le otorgan al progenitor todos los momentos de esparcimiento y goce. Señala que no se respeta la vida ni la organización familiar de los progenitores.

En tercer término se agravia por la errónea aplicación del derecho y doctrina legal.

Admite que hay que atender al interés superior del menor, pero evaluando las consecuencias que se deriven del fallo. Se pregunta si este es el régimen que quiere el menor, consistente en no compartir ningun fin de semana con su madre.

Luego, se agravia porque el fallo viola el derecho de los progenitores al ejercicio de la responsabilidad parental. Refiere que su parte siempre ha procurado el bienestar de su hijo, aun cuando el padre estuvo ausente por mucho tiempo. Agrega que acordaron de común acuerdo un régimen de comunicación con el progenitor, el que hasta la fecha se esta cumpliendo, tal como quedó acreditado en autos, con las dificultades que cada familia de los progenitores presenta, pero que es parte de la realidad del menor.

Alega que no hay nada en los presentes autos, ni siquiera indicios, de que su parte no tenga la capacidad para velar por el interés superior de su hijo, para que arbitraria y autoritariamente la sentenciante reemplace su derecho de dirección y decisión sobre el interés de su hijo.

Por último, se queja por la imposición de las costas en el orden causado. Resalta que el actor se aventuró a iniciar el presente sin ningún sustento fáctico ni jurídico, que no tenía razón alguna para litigar y que abandonó el proceso ni bien interpuso la demanda. Por ello, entiende que la obligó a litigar en un proceso sin sentido, que lo abandonó y que no obstante ello es premiado con un régimen que nadie pidió, donde se lo exime de toda responsabilidad cotidiana y le otorga el disfrute de los fines de semana y se obliga a su parte a afrontar los honorarios de su abogado, con el consecuente perjuicio económico que significa.

Considera que tales motivos son suficientes para apartarse del principio general en materia de costas.

Sustanciados los agravios con el actor, el mismo no contesta.

La Sra. Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente dictamina en hojas 81 propiciando la confirmación de lo resuelto.

2. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, corresponde señalar que los jueces no se encuentran obligados a seguir a las partes en todos sus agravios sino sólo a aquellos que son conducentes para la resolución de la cuestión de fondo (cfr. FALLOS 305:1886; 303:1700, entre otros), ello teniendo en cuenta que los diversos agravios formulados se remiten a los mismos fundamentos.

2.1. “Sostiene Medina que el cuidado personal compartido es más beneficioso para el niño que el atribuido a uno solo de los progenitores ya que: a) Favorece la participación de ambos progenitores en la crianza de sus hijos; b) Iguala a los padres en el desarrollo de su vida física, psíquica, emocional, profesional, entre otras, distribuyendo equitativamente las tareas de crianza de los hijos; c) Nivela situaciones de competencia en cuanto al reconocimiento del rol que cada uno de ellos cumple, evitando la compulsión a la apropiación del hijo por parte de uno de ellos; d) Posibilita la incorporación de criterios educativos compartidos, necesarios para la formación del menor. De manera similar a la acontecida en los periodos de convivencia parental; e) Distribuye más equitativamente los gastos de sostén del hijo; f) Disminuye el sentimiento de abandono o pérdida del niño, como resultado de la separación”. (MEDINA, Graciela – RIVERA, Julio C. “Código Civil y Comercial de la Nación”, comentario de María Soledad MIGUEZ de BRUNO, art. 650, Editorial La Ley, 2014).

Asimismo, en punto a la modalidad alternada, se ha dicho que: “El "cuidado personal compartido alternado" se comprueba —cualquiera sea la designación— si hay alternancia en la guarda material, tomando a su cargo el progenitor no sólo la custodia del hijo en los días de descanso (p. ej., los fines de semana), sino también la atención del niño en sus actividades diarias. Los casos típicos de esta clase de cuidado se presentan cuando los padres se atribuyen la custodia personal del hijo, por ejemplo, dividiendo por mitades cada semana, quincena o si se asigna un mes completo, alternativamente a cada uno. Debe quedar claro que el art. 650 no requiere, para configurar el cuidado personal compartido alternado, que el hijo pase períodos iguales con cada progenitor; pues los tiempos (en que el niño estará con uno u otro) será "según la organización y posibilidades de la familia", como reza la disposición. Sin embargo, alguna equivalencia se exige pues, si claramente el hijo se halla el tiempo principal con un progenitor y, consecuentemente, un "tiempo secundario" con el otro, la figura no sería ya la referida sino lo que el nuevo Código denomina "cuidado personal compartido indistinto" (Mizrahi).” (ob. cit. comentario art. 650 CCyC).

En los presentes se observa que llega firme a esta instancia la circunstancia alegada y probada sobre el cumplimiento del acuerdo celebrado entre las partes en punto al cuidado personal compartido alternado del niño L.N. (cfr. hoja 65).

En igual sentido, las conclusiones de la magistrada en torno a la inexistencia de riesgo físico ni mental para el niño en el domicilio materno no fueron rebatidas.

Ahora bien, en punto a la solución alcanzada por la sentenciante, nótese que la misma responde, exclusivamente, a

la expresión formulada por el niño L.N. en la audiencia celebrada en hojas 60.

Respecto a su participación en el proceso hemos considerado que: “El niño tiene derecho a ser escuchado, pero ello no debe llevar a hacerle creer que de su escucha depende la resolución del caso”.

“Esto coincide con la posición de esta Sala, en tanto hemos señalado que: “...más allá de que, de acuerdo a su edad y madurez, la opinión del menor debe ser tomada en cuenta, no puede ser el único elemento a considerar. Y hay que equilibrar, mediante un camino adecuado, su deseo, con otras pautas: “…Lograr un equilibrio entre los deseos del niño y su conveniencia resulta difícil, pero su opinión no ha de ser desmerecida como tampoco sobrevalorada, debiendo encontrarse el punto justo de equilibrio, sin perder de vista que toda resolución a dictarse debe tener en cuenta fundamentalmente el interés del menor”.

“Su interés superior puede no coincidir con su opinión o deseo y si esto es así, surgiendo avalado por los informes técnicos, la decisión que adopte el juez no seguirá lo por él propuesto: “De lo contrario los jueces serían simples ejecutores de los designios de los niños, o mediatizadores de esas voluntades o deseos, con notable mella de la sublime misión que la magistratura de familia está llamada a cumplir”. Además de recabar la opinión de los menores sobre el asunto a decidir, el juez debe tener en cuenta los dictámenes y lo aconsejado por los terapeutas, lo cual supone “una escucha integral, amplificada, dando neta cabida a la interdisciplinar, sin cuyo aporte la sentencia quedaría esquelética de fundamentos” (cfr. Jáuregui, Rodolfo G. “Un caso doloroso y una adecuada solución que limita el ejercicio abusivo e irregular de la responsabilidad parental”, Publicado en: LLBA 2013 (febrero), 23. Fallo Comentado:

Tribunal de Familia Nro. 3 de Lomas de Zamora ~ 2012-09-28 ~ G.P.G c. V.A.K s/materia a categorizar)(INC Nº 815/2015, EXP Nº 59830/2013, entre otros), (EXP Nº 68976/2015).

Así, tras valorar los antecedentes del caso, no obstante la orfandad probatoria, y sin soslayar la opinión del niño en los términos expuestos, no se advierten razones suficientes que determinen que deba modificarse el régimen –aunque provisorio- oportunamente pactado por las partes (cfr. hoja 6), lo que conduce, en definitiva, al rechazo de la demanda.

Ello, sin perjuicio de que, por el carácter provisional que la cosa juzgada tiene en esta materia, pueda adoptarse una decisión diferente ante la modificación de la plataforma fáctica aquí ponderada: todas las decisiones relativas el ejercicio de los derechos de cuidado sobre el hijo así como a su vinculación, en fin, lo referido al ejercicio de la responsabilidad parental, revisten carácter mutable y no definitivo, son esencialmente revocables de acuerdo a la conveniencia de los hijos menores y las circunstancias en que se fundó su dictado frente a las actuales (STJ Tierra del Fuego, 08/10/1997, “B.A.B. v. T., M.H.”, LL 1998-F-571, AR/JUR/23/1997).

2.2. Por último, entendemos que el recurso deducido también debe prosperar en punto a la imposición de las costas.

Esta Sala ha considerado que: “En situaciones de familia, en aquellos casos en donde no se encuentran comprometidos intereses patrimoniales, hemos señalado (EXP Nº 57391/2012): *“Deviene así aplicable el principio general que impera en esta materia y que receptamos en causas anteriores (por unanimidad en INC Nº 140/12, EXP Nº 46004/10 y conformando mayoría la Dra. Pamphile en EXP Nº 53134/2012 y más recientemente en el Expte 65135/2014), en circunstancias*

de encontrarse apeladas las costas: "…donde se trató de conciliar entre los progenitores el derecho y las obligaciones de cada uno con relación a los menores, y el derecho de estos"… "En cuestiones de derecho de familia no patrimoniales, con excepción del divorcio y los reclamos alimentarios, en principio no corresponde imponer las costas con fundamento en el principio de la derrota, pues la intervención del juez es una carga común, necesaria para componer las diferencias entre las partes. Sólo cabe imponer las costas a uno de los cónyuges en estos asuntos, cuando su conducta fuera irrazonable, gratuita o injustificada y la consiguiente intervención de la justicia obviable..." (Sumario N°15370 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N°11/2003).(Sala H. - Fecha: 06/03/2003 - Nro. Exp.: R.361215, en LDT, id. PI-2007, Tº II, Fº 392-394)", (Sala I, EXP Nº 60153/2013).

En el presente caso, tal como lo advierte la recurrente, el actor no ha participado del proceso luego de entablar la demanda y de la confección de la correspondiente cédula de traslado de la demanda a cargo de su letrado (cfr. hoja 17). Y lo cierto es que, ante la interposición de la demanda, la accionada se vio obligada a litigar, con los gastos que ello implica.

En tal sentido, la conducta desplegada por el accionante nos lleva a concluir que la intervención judicial no era necesaria. Tal proceder, sumado al resultado al que se arriba con el presente pronunciamiento, conducen a apartarnos, en este caso puntual, del principio general que impera en esta materia.

Las de esta Alzada seguirán la misma suerte en atención al resultado del recurso (art. 68 del CPCC).

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de apelación deducido por la demandada y, en consecuencia, revocar la sentencia de hojas 63/66 vta. rechazando la demanda interpuesta.

2.- Imponer las costas de ambas instancia a cargo del actor y readecuar los honorarios allí regulados a las siguientes sumas: Para el Dr. ..., letrado patrocinante de la demandada en la suma de $21.430 y para el Dr. ..., patrocinante del actor, en la suma de $7.500. Por la intervención del Dr. ... en esta Alzada, en el mismo carácter, se determinan en la suma de $6.500 (arts. 279 del CPCC y 6, 7, 9, 15 y 39, LA).

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA