NEUQUEN, 11 de Abril del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados **"W. N. M. C/ B. A. B. S/ TENENCIA"** (JNQFA4 EXP. N° 48888/2011) venidos en apelación del JUZGADO DE FAMILIA NRO. 4 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.- Vienen las presentes actuaciones a estudio del Cuerpo en virtud del recurso de apelación deducido por el actor contra la sentencia dictada en hojas 315/318, en cuanto fija un régimen de cuidado personal compartido de modalidad alternada respecto de la niña G.M.

Expresa agravios en hojas 321/323.

Se queja por entender que en la sentencia no se explicitan los fundamentos de la decisión. Alude a la agresividad de la demandada, conforme surge del expediente Ley 2212.

Refiere que G.M. se encuentra a su cargo y que desde mayo de 2011 vive en forma exclusiva en su domicilio. Agrega que no pierde el contacto con ningún familiar.

Manifiesta que existe un error al interpretar que la menor permanece alternadamente un día con cada progenitor y fin de semana de por medio. Que, por el contrario, 23 días del mes pernocta con él y los 8 restantes con la progenitora, por lo que su domicilio es el principal.

Solicita se revoque la sentencia apelada y se dicte el régimen de cuidado personal compartido con residencia principal en lo del progenitor, con costas.

La contraria contesta los agravios en hoja 325, solicitando se tenga por reproducida la línea argumental y los diversos motivos expuestos por la *A-quo* en la resolución atacada.

La Sra. Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente interviene en hoja 330.

2.- Ingresando al análisis de la cuestión planteada por el actor, anticipamos que el recurso deducido no habrá de prosperar.

En primer lugar, cabe adecuar las pretensiones de tenencia inicialmente formuladas por las partes en la demanda y reconvención (de fechas 1/06/2011 y 8/07/2011, respectivamente), a la nueva normativa aplicable a la materia (conf. art. 7 del CCyC), tal como lo hace la Magistrada en su sentencia, acertadamente, a nuestro entender.

Esta Sala se ha expedido recientemente sosteniendo que "…el cambio terminológico de "patria potestad" por "responsabilidad parental" no implica un simple reemplazo nominal, sino una transformación de fondo en la relación entre padres e hijos, pues el obsoleto concepto de patria potestad llevaba ínsita la idea de los hijos como objeto de protección y no como sujetos de derecho en desarrollo. Asimismo, pone, como regla general, en cabeza de ambos progenitores la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos. Cabe destacar que este cambio terminológico se ha realizado de conformidad con el art. 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que alude, en primer término, a las responsabilidades de los padres, y el art. 7° de la Ley 26.061, que se refiere a la responsabilidad familiar".

“Así, la responsabilidad parental es entendida como un instituto previsto para la formación integral, protección y preparación del niño para “el pleno desarrollo de su personalidad” y “para estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad” (Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño). Aquélla no solo incluye las funciones nutricias (alimento, sostén y vivienda), sino también las funciones normativas, esto es, aquellas tendientes a la educación, diferenciación y socialización (LORENZETTI, Ricardo Luis, DE LORENZO, Miguel F., LORENZETTI, Pablo-Coordinadores. Autora: HERRERA, Marisa, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo IV, pág. 267; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J, P.P.N. y otro c/B.C.E. s/Alimentos, 8/09/15)”.

“Asimismo, diferenciado de la responsabilidad parental encontramos el cuidado personal que constituye uno de los deberes y derechos de los progenitores que derivan del ejercicio de aquella y atañe a la vida cotidiana del hijo (art. 648) y que en caso de tratarse de padres no convivientes el cuidado personal puede ser asumido por uno de ellos o por ambos (art. 649)”.

“Por otra parte, el art. 650 dispone que el cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el primero, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado”.

“Nótese que, la figura del cuidado personal adquiere relevancia en todos aquellos supuestos en los cuales hay un desmembramiento entre titularidad y ejercicio. Es en este

contexto de ruptura entre los progenitores en el cual la custodia personal tiene virtualidad. El cuidado personal involucra los pequeños actos de la vida cotidiana de los hijos que pueden ser de diversa índole”, ("M. L. B. D. C. C/ A. C. A. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS", JNQFA4 EXP 65835/2014).

2.1. La sentencia dictada en autos fija un régimen de cuidado personal compartido de modalidad alternada respecto de la niña G.M. La Magistrada fundamenta la decisión teniendo en cuenta principalmente la opinión de la menor en los términos del art. 707 del CCyC y 12 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, como así también los informes psicológico y social producidos en autos. Señala que aparece como adecuada dicha modalidad, toda vez que es la que mayor similitud presenta frente al desenvolvimiento preexistente y los deseos manifestados por la niña.

Ahora bien, corresponde señalar que en el sistema del nuevo Código Civil y Comercial el cuidado unipersonal solicitado por las partes es de excepción.

Al respecto, se comparte lo expuesto por la Sentenciante en cuanto a que *“Cierto es que tampoco el resto de la prueba arrimada a autos ha permitido arribar a la convicción de que resulte conveniente apartarse de la regla general en materia del cuidado del hijo (art. 650 y 651 CCC)…”*

Nótese, que de la entrevista mantenida por la Defensora del Niño con G.M., con anticipación al dictado de la sentencia de grado, surge el deseo de la menor de estar con ambos padres, y tal manifestación ha sido especialmente valorada por la *A-quo*, considerando el grado de discernimiento y la madurez de la niña.

Asimismo, de las constancias de autos se desprende claramente que la conflictiva entre los adultos ha sido trasladada a G.M. en numerosas oportunidades, debiendo los

progenitores procurar el ejercicio responsable de la coparentalidad, tal como lo señala la Sra. Defensora (crf. hoja 330).

También se observa que las actuaciones del expediente Ley 2212 a las que alude el recurrente, y que obran agregadas por cuerda, datan de hace más de 4 años, siendo la última denuncia policial agregada de fecha 21/10/2012, por lo que no adquieren la relevancia pretendida para la resolución del presente.

En definitiva, tras valorar los antecedentes y pruebas producidas en autos, no se advierten razones suficientes que determinen que uno deba ejercer el cuidado personal en forma exclusiva, por lo que concluimos que el ejercicio compartido es lo más adecuado para el interés superior de la niña.

“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).

Luego, en cuanto a la modalidad fijada –alternada-, también compartimos la valoración efectuada por la sentenciante.

Sobre este punto se sostiene 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).

Traídos estos conceptos al caso a estudio, tenemos que de las constancias de hojas 247 y 250 surge el régimen provisorio que se viene desarrollando desde abril del año 2013. Sin perjuicio de considerar que el mismo se acerca a la modalidad alternada descripta, aunque no se identifica plenamente, lo cierto es que entendemos –tal como anticipáramos- que la opción fijada en la sentencia resulta

ser la más ajustada al interés superior de la niña. Ello, teniendo en cuenta la situación preexistente de la falta de convivencia de los padres, la falta de acuerdo entre los mismos en el ejercicio de un plan de parentalidad, y por sobre todo, la necesidad y el beneficio que significa para la niña compartir su tiempo y realizar sus actividades acompañada por ambos progenitores de manera alternada, siendo que no existen circunstancias que impidan que así se desarrolle.

3.- Por lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de apelación deducido por el actor y, en consecuencia, confirmar la sentencia dictada en hojas 315/318. Las costas de Alzada se imponen en el orden causado atento la naturaleza de la cuestión debatida.

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

Rechazar el recurso de apelación deducido por el actor y, en consecuencia, confirmar la sentencia dictada en hojas 315/318.

Imponer las costas de Alzada en el orden causado y regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta etapa en un 30% de lo que corresponda por la labor de primera instancia (art. 15, LA).

Regístrese, notifíquese electrónicamente a las partes y a la Defensora de los Derechos del Niño y Adolescente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA