

En Viedma, a los 8 días del mes de agosto del año dos mil dieciocho, se reúnen en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro con asiento en esta ciudad, asistidos por la Secretaria del Tribunal, para resolver en los autos caratulados: "B I. A. EN AUTOS: B. I. A. Y CH. M. E. S-HOMOLOGACIÓN DE CONVENIO (F) S/ INCIDENTE DE MODIFICACIÓN DE ACUERDO", en trámite por Expte. N° 8383/2018 del Registro de este Tribunal, y previa discusión de la temática del fallo a dictar, se decide plantear y votar en el orden del sorteo practicado, la siguiente cuestión:

¿Son procedentes los recursos de apelación interpuestos a fs. ref. 162 (actor) y fs. ref. 163 (demandada) contra la sentencia dictada a fs. ref. 156/161 de los presentes? Y, en su caso, ¿qué resolución corresponde adoptar?

La Dra. Sandra Filipuzzi de Vázquez, dijo:

1) Que mediante sentencia de Ia. Instancia, dictada el 21 de diciembre del año 2017 -en lo que aquí resulta pertinente- la Sra. Juez de Grado resolvió hacer lugar al incidente de modificación de acuerdo homologado, articulado por el Sr. I.A.B, en los términos y con los alcances dispuesto en los considerandos 7 y 8, imponiendo las costas por su orden. En definitiva y a modo de síntesis, a tenor de lo que surge de los reseñados considerandos, lo que a través de aquel pronunciamiento la sentenciante decidió, fue sustituir el plan de parentalidad acordado por las partes y homologado en el año 2014, por el sistema propuesto por el incidentista a fs. 8/9, no solo en relación al cuidado sino también de la cuota alimentaria de los hijos menores de edad. De esa manera impuso un modo de cuidado personal al que se dio en denominar compartido con modalidad alternada, receptando in totum la proposición efectuada por el Sr. B. en su escrito de demanda, y en torno al cual deberán las partes por sí acordar cuáles serán los días que cada uno compartirá con sus hijos, pero a uno de ellos le corresponderá los lunes y martes, al otro el miércoles y jueves y fines de semana (viernes, sábados y domingos) alternado.

Consecuentemente, también se adoptó la pretensión efectuada en la postulación inicial, acerca de que cada padre afronte el 50% de los gastos fijos ordinarios y extraordinarios que irrogaren los niños. Además a los fines de instrumentar la forma de llevar a cabo lo atinente al aporte alimentario, la Sra. Juez dispuso que ambos progenitores deberán practicar un resumen mensual de los gastos, siendo la madre la encargada de administrar e informar los cambios y/o incrementos que sufra la liquidación mensual de

aquéllos y el padre depositar su parte del detalle de los costos fijos mensuales y extraordinarios (si los hubiere) avisados por aquella en la cuenta judicial de autos, del 1 a 10 de cada mes (o, en su defecto, en fecha de cobro). Asimismo, a tono con lo expuesto, decidió que las erogaciones que demande el comedor del colegio, deberán ser solventadas por el respectivo progenitor que en ese momento esté al cuidado de los niños y abonadas personalmente en la escuela; y el material solicitado por el establecimiento escolar al que concurren (GAIA) (por ej.: libros, apuntes, fotocopias y todo otro elemento didáctico), será asumido en un 50% por cada padre, como así también los viajes escolares y de estudio, los uniformes y el calzado que dicha institución disponga (ver fs. 8/9 y Considerando 7°).

2) Que para así decidir, la Sra. Juez de Grado, luego de dar cuenta de la normativa y principios que considera de aplicación insoslayable en la materia, así como de la naturaleza, carácter y extensión de las obligaciones de los progenitores respecto de sus hijos menores de edad, hizo referencia a los antecedentes del caso y pasó a analizar los medios probatorios arrojados a la causa (documental, informes del Equipo Técnico del Juzgado -ETJ-, testimoniales e informes socio-ambientales realizados en los domicilios de ambos involucrados).

De allí -en líneas generales- resaltó las múltiples intervenciones del Juzgado de Familia a su cargo con la finalidad de bajar el nivel de conflicto, como asimismo extrajo que ambas partes durante el año 2014 celebraron y luego sometieron a homologación judicial, el acuerdo obrante a fs. 12 bis, en el que convinieron el plan de parentalidad que regiría luego de separados; que conforme a lo acordado en esa oportunidad, la tenencia de los hijos sería detentada por la Sra. Ch., con participación del padre en la toma de las decisiones atinentes a ellos; que permanecerían con ella de lunes a miércoles, mientras que de jueves a sábado lo harían con el Sr. B., alternándose fin de semana por medio; que los abuelos y tía abuela maternos officiarían de colaboradores en la instrumentación de dicho sistema y que el progenitor aportaría una cuota alimentaria correspondiente al 30% de sus haberes en beneficio de sus dos hijos, la que haría efectiva a través del descuento y posterior depósito en la cuenta judicial que llevaría a cabo su empleador. También dedujo que el incidentista ha mantenido una activa participación en el proceso de crianza de sus hijos y que el tiempo que pasan con cada uno de los padres, no les resulta perjudicial; que los adultos han transitado situaciones conflictivas luego de su separación, que han sido llamados a trabajar sus desavenencias en post de favorecer el crecimiento de L. y H. y resguardarlos de toda contienda de los

mayores, para que puedan contar con la totalidad de los recursos materiales, afectivos, normativos y formativos que ambas redes parentales puedan brindarles, pues aquellas condicionan las posibilidades de diálogo, así como la construcción cotidiana de acuerdos. Recalcó, asimismo, que las partes cuentan con ingresos económicos similares, hogares confortables y un lugar ambientado para los niños; que al ser éstos consultados en el ámbito del ETJ, se han expresado con beneplácito respecto de la nueva dinámica familiar ensamblada conformada por su progenitor; que si bien en lo esencial las partes respetan el convenio arribado, en oportunidades han introducido, en consenso, modificaciones al mismo a fin de poder llevar a cabo viajes con los niños. Además pudo colegir, que la progenitora integra junto a sus hijos una dinámica familiar monoparental, con pautas de organización estables en el tiempo, que se desenvuelve en asidua interacción con su red extensa, mientras se organiza durante los días compartidos en el marco del sistema de comunicación acordado con el progenitor, que residen en una amplia y confortable vivienda arrendada, que cubre todos sus requerimientos materiales con los ingresos provenientes de su empleo registrado a lo que se suma el aporte material paterno mensual, en una realidad en la que logra realizar previsiones así como concretar proyectos materiales a mediano plazo; que en el marco de la disolución del vínculo matrimonial con el Sr. B., la Sra. Ch. vivenció una conflictiva trama relacional que configura un complejo devenir de marcado sufrimiento emocional, en el que pese al paso del tiempo, se reiteraron situaciones de desacuerdos respecto de diferentes aspectos del proceso de cuidado y orientación infantil que se esfuerza por superar; que sostiene un activo posicionamiento materno, preocupación por el bienestar así como por la protección de sus descendientes. Del mismo modo, tuvo por demostrado que el progenitor junto a su actual esposa e hijos unilaterales integra una dinámica familiar ensamblada, residen en un confortable departamento estilo dúplex propiedad de su compañera, mientras cubren todos los requerimientos con los ingresos provenientes de los empleos en relación de dependencia de ambos y la percepción de un alquiler de herencia familiar de la Sra. R (su pareja), desenvolviéndose en una realidad material sin privaciones que le permite sostener diversos proyectos en conjunto.

De tal manera, esgrimiendo expresamente al fallar que la resolución adoptada resulta concordante con lo manifestado por la Defensora de Menores e Incapaces Subrogante (transcribiendo partes del dictamen emitido por dicha funcionaria a fs. ref. 150/151 vlta.) la Magistrada concluye en la procedencia de la acción interpuesta en los términos requeridos en la demanda.

Por otra parte, justificó la imposición de costas en el orden causado, en el "enorme esfuerzo" que las partes han realizado a los fines de superar la conflictiva familiar y en la circunstancia de que no hay vencedores y vencidos, sino la necesidad de que los operadores judiciales brinden lineamientos para sostener la organización familiar y comenzar a transitar un camino de armonía y cooperación en la tarea de ser padres.

3) Que frente al narrado -en lo principal- pronunciamiento se alzan, por un lado, la parte actora -a fs. ref. 162- y, por otro, la incidentada -a fs. ref. 163-, ambos por derecho propio y debido patrocinio letrado, e interponen sendos recursos de apelación.

Que concedidos que fueran los remedios recursivos en cuestión en relación y con efecto suspensivo (fs. ref. 164, párrafos 1º y 2º), los apelantes procedieron seguidamente a expresar sus quejas.

Así lo hizo la accionada a fs. ref. 167/176vta., por derecho propio y debido patrocinio letrado, quien al exponer los argumentos fundantes de su planteo impugnatorio, formuló cuatro puntuales agravios. En primer lugar, dirigió su crítica contra la decisión de sustituir el plan de parentalidad acordado y homologado en autos, por uno impuesto por la Sra. Jueza actuante sin justificativos y en claro detrimento de la autonomía de la voluntad. Como segundo punto, atribuyó al fallo la violación de la manda legal impuesta en el art. 651 del CCyC, en cuanto establece que el juez -sea a pedido de parte o de oficio- debe inclinarse como primera alternativa por el cuidado compartido indistinto, excepto que no fuera posible o que resulte perjudicial para los hijos, extremos que entiende no se observan ni se explican en el caso sometido a consideración. Expresó, en resumidas cuentas, que el a quo se apartó de aquella previsión legal y modificó el plan de parentalidad imponiendo la modalidad alternada de cuidado compartido, sin que se encuentren configuradas las situaciones excepcionales reseñadas en la norma para ello, ya que apreció, que más allá de la desactualizada denominación empleada en el acuerdo el sistema adoptado en ese entonces no es otro que el hoy llamado "cuidado compartido con modalidad indistinto", que debe el juzgador privilegiar de acuerdo al artículo apuntado. A ello agregó, que por el contrario a lo afirmado en la sentencia, la decisión adoptada no se encuentra en consonancia con el dictamen de la Defensora de Menores e Incapaces Subrogante, quien se pronunció expresamente a favor de un sistema compartido indistinto, y el Grado, sin dar razones se apartó de aquella opinión. En tercer sitio, definió como irrazonable y antijurídico el contenido concreto que se da en el fallo al cuidado compartido modalidad alternada, cuestionó que la juzgadora solo se limitó a receptar la propuesta realizada por el

accionante a fs. 8 y 9, que deja librado al acuerdo de partes la elección de los días que propuso motu proprio el progenitor, que no explica siquiera cuáles serían los cambios específicos que implica y/o los beneficios para los niños, ni de qué manera se tuvo en cuenta la organización de cada familia. Puso además de manifiesto, que el sistema sugerido resulta poco feliz, que el accionante incurrió en un equívoco al definir su pretensión, la que no encuentra justificativos precisos en los hechos ventilados en la causa ni se adecua a la letra ni al espíritu del artículo 649 del CCyC, que no solo se ciñe a que los hijos pasen la mitad del tiempo con cada progenitor. A continuación, hizo hincapié en la ausencia absoluta de motivación y añadió que no es posible tomar como argumentos válidos e integrativos de la sentencia lo dicho en el considerando 4, ni la sugerencia del Equipo Técnico del Juzgado. El primero, por cuanto en el señalado considerando solo se vierten meros conceptos generales que en nada se relacionan con el caso concreto. El segundo, debido a que la opinión expuesta por ese Cuerpo, además de no justificar el fallo dictado, nunca debió tenerse en cuenta a los fines de resolver, ya que no se trata de peritos y su intervención solo fue requerida a fin de trabajar en acuerdos, excediendo sus dichos la esfera de actuación válida. En cuarto y último lugar, embiste contra el sistema alimentario propuesto por el progenitor y receptado en el fallo, en tanto lo considera disfuncional, difícil de implementar y perjudicial para los intereses de los niños. Expresa también que mientras el régimen alimentario pactado venía funcionando sin inconvenientes y al margen de los conflictos, el expuesto a través de la sentencia recurrida terminará teniendo un efecto neutro en el aporte económico paterno, conllevará a mayores dificultades y, en definitiva, al incremento del nivel de conflictividad. Además, manifiesta estar en desacuerdo con los gastos comunes que refiere el accionante en su demanda, así como también con la imposición de practicar un resumen mensual, de administrar e informar como surge debería de hacerse conforme el impugnado decisorio. Finalmente, a continuación sostiene su rechazo por la aplicación del artículo 666 del CCyC para el presente caso, dando razones de tal aseveración, insistiendo en definitiva, en la ausencia de elementos para tener por demostrado en modo alguno la necesidad de modificar el plan de parentalidad vigente, el que en los términos actuales no es más que el sistema de cuidado compartido indistinto y como ya afirmara, el que preserva el mejor interés de los menores de edad de que se trata.

Por su parte, con posterioridad, expone su queja contra el fallo el actor (por derecho propio y debido patrocinio legal a fs. ref 177/182), la que limita al modo en que se han impuesto las costas del proceso. Así, cuestiona el razonamiento argumental empleado

por el Grado al resolver lo sean por su orden, en el entendimiento que de la conducta mantenida por la progenitora en manera alguna puede extraerse el "enorme esfuerzo" en que descansa la cuestionada decisión. Refiere que lo que ha hecho la Sra. Ch. es producir un gran desgaste al resistirse durante todo el tiempo del proceso a transitar el camino de la armonía, dando fundamento de tal afirmación. En conclusión, afirma que no existen motivos que permitan al juzgador apartarse del principio de aplicación primigenia en la materia -el de la derrota- previsto en el art. 68 del rito, por lo que, atento lo resuelto, las costas deben recaer en la incidentada vencida.

4) Que de los memoriales de tal modo formulados se corrieron los respectivos traslados, que fueron contestados a fs. ref. 194/195 por la accionada y a fs. ref. 184/193 por el actor, solicitando ambos, se rechace el remedio procesal impetrado por su contraria por las razones que allí se exponen, que se encuentran vinculadas a la ausencia de una crítica razonada y eficaz para rebatir las argumentaciones vertidas por el Grado para resolver como lo hizo, en lo que fuera materia de los agravios respectivamente señalados por cada uno de los litigantes.

5) Que plasmadas de esta manera las posturas formuladas por las partes y cotejadas las actuaciones, habiendo dictaminado la representante del Ministerio Pupilar, quien propicia el rechazo de ambos remedios recursivos en base a los fundamentos que esboza a fs. ref. 198/199 -pese a los vertidos en sentido contrario con anterioridad al dictado de la sentencia que se impugna por parte de su Subrogante Legal-, encontrándose las mismas en estado de resolver y en camino de evaluar la admisibilidad formal de sendos recursos de apelación contra el decisorio sustancial, he de puntualizar inicialmente que quienes apelan lo han hecho en tiempo hábil para ello (conf. constancia de la Actuaría de fs. 205 y vlta.). Y, toda vez que para perseguir la revisión que pretenden en cuanto a la sustitución del sistema de cuidado parental (y en su consecuencia la cuestión alimentaria), así como de la imposición de costas en el modo fijado en la instancia de origen, alegan, errores en la valoración de las constancias de autos, falta de motivación y/o fundamentación, y una inexacta aplicación y violación de normas y principios de innegable valor en la materia, posible es afirmar que los remedios recursivos interpuestos (por ambos litigantes) superan aquel preliminar examen conforme los recaudos exigidos por la norma (art. 265 CPr.). Ello, toda vez que se constata el requisito de índole subjetivo (agravio) y en el marco del criterio amplio que viene sosteniendo este Tribunal al analizar con cierta tolerancia, amplitud y flexibilidad el cumplimiento de los recaudos y requisitos legales establecidos en la norma citada a los

finés de tenerlos por satisfechos.

6) Que entonces, despejada la cuestión del examen preliminar de admisibilidad formal de los recursos planteados e ingresando en el estudio del aspecto medular sometido a consideración de esta Alzada, considero que previo a expresarme acerca de su suerte, resulta conveniente poner de resalto -en atención a las críticas alegadas para fundar la apertura de esta instancia de revisión, por la accionada- que lo atinente a la responsabilidad parental se rige por los principios del interés superior del niño, de autonomía progresiva del hijo, y del derecho del menor a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Así, los instrumentos jurídicos que constituyen la llamada Doctrina de las Naciones Unidas de Protección Integral de la Infancia, esto es la Convención Internacional de los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes privados de libertad, las Directrices de las Naciones Unidas para Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad), como es sabido, rompieron con el paradigma dominante a lo largo del siglo XX, dejando de considerar al "menor" como objeto de compasión, tutela y represión, y reconociendo a los niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos. De estos instrumentos, y de otros como la Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración de los Derechos del Niño, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y de las "leyes que por debajo de ese techo se encuentran vigentes", surgen normas que receptan, para resolver conflictos en los que los niños se vean involucrados, la consideración primordial del "interés superior del niño". Este precepto, cuya importancia y trascendencia jurídica resulta indiscutida en el estado actual de las leyes, así como en la doctrina autoral y jurisprudencial, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los menores en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. Implica que el desarrollo de éstos y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de las

normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño. Ostenta un contenido normativo específico que supone que determinados derechos de los niños sean un "interés superior" al contraponerse con otros derechos individuales e intereses colectivos (conf. Bellof, Deymonnaz, Freedman, Herrera y Terragny, "Convención sobre los Derechos del Niño, comentada, anotada y concordada", La Ley, Buenos Aires, 2012, págs. 37 y 38)

Entonces, en base a dichas premisas, no admite discusión que esa es la pauta que debe observar el juzgador, en cada caso concreto, valorando los derechos y garantías que se hallan en juego específicamente y decidiendo cuál de ellos deberá prevalecer para integrar el principio bajo análisis, el que no solo resulta aplicable a las temáticas de fondo sino que también irradia sus efectos a las cuestiones formales y de procedimiento. Sentado ello, ha de tenerse presente que entre las figuras derivadas de la responsabilidad parental, nuestro Código Civil y Comercial dedica varios artículos a regular el cuidado personal del hijo por los progenitores (artículo 640, inc. B) e introduce un cambio terminológico que no se queda sólo en el lenguaje, sino que implica además modificaciones sustanciales en el contenido o fondo de lo que antes se mal llamaba "tenencia" (conf. Marisa Herrera in re Código Civil y Comercial de la Nación, Director Ricardo Luis Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni Editores, año 2015, tomo IV, pág. 329).

Como es sabido, el cuidado personal está conceptualizado como "... los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo (artículo 648). Implican poner diligencia, atención y solicitud en el ejercicio de los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo" (conf. Nora Lloveras, "Tratado de Derecho de Familia", dirigido por Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pág. 104, año 2014).

En torno a ello, como bien se ha puesto de manifiesto en el fallo, cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por uno o por ambos (artículo 649 CCyC), denominándose el primero "cuidado personal unipersonal" y, el segundo, "cuidado personal compartido".

Ya hoy no merece cuestionamiento que la regla general la configura el cuidado personal compartido. Ello por cuanto permite que los progenitores, aún viviendo en forma separada, participen de la cotidianeidad del hijo, compartiendo todas las tareas y los requerimientos relativos a la conducción de su educación y a la toma de decisiones, de manera que el niño sienta la presencia de ambos en su desarrollo y crianza. Es que de esa forma se conjugan dos derechos básicos: por una parte, el derecho de los hijos a

mantener una relación continuada con ambos padres y, por otra, el derecho-deber de los padres de crianza y educación de los hijos en ejercicio de la responsabilidad familiar.

Ahora bien, son dos las modalidades de cuidado personal compartido previstas en el artículo 650 CCyC: alternado o indistinto. En el cuidado alternado el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores y su implementación depende de 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.

Como con acierto ha señalado la demandada en su derrotero argumental, la modalidad privilegiada es la indistinta por cuanto se ha dicho que es la que respeta mejor el derecho constitucional del hijo a "mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular (artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño) reafirmando el principio de coparentalidad" (conf. Ursula C. Basset, Código Civil y Comercial Comentado – Director Jorge H. Alterini, Thomson Reuter La Ley, tomo III, pág. 758).

Tan es así que el siguiente artículo 651 CCyC establece expresamente como regla general que "A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo", en tanto que el artículo 656 reitera -si no existe acuerdo o no se ha homologado el plan de parentalidad- el principio de que el juez debe priorizar la modalidad compartida indistinta, "...excepto que por razones fundadas resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado." Entonces, se colige de lo dicho, que el cuidado compartido modalidad alternada está reservado sólo para cuando la indistinta no fuere posible o resulte perjudicial para el hijo.

Claro está que cuando se presenta un conflicto entre los progenitores, ellos pueden presentar un plan de parentalidad sobre el cuidado del hijo, pero en el caso de que no se pongan de acuerdo, el juez debe fijar el régimen de cuidado de los hijos, priorizando -como ya se señaló- la modalidad compartida indistinta.

Así, el citado art. 651 CCyC recepta un criterio ya mayoritario en la doctrina y jurisprudencia cuya finalidad está puesta en priorizar la estabilidad emocional de los hijos así como el mantenimiento del vínculo con ambos padres, de manera que dicha situación resulte lo más cercana posible a la que existía antes de la separación.

Esa estabilidad -precisamente- está directamente vinculada con el respeto de otro

principio esencial en cuestiones de la índole y naturaleza de las debatidas en autos, que es el mantenimiento de la situación existente (artículo 3 de la Ley 26.061). Esto es, que toda modificación en las condiciones de vida de un niño debe encontrar su justificación en lo que resulta más beneficioso para él, pues no resulta procedente innovar sobre situaciones de hecho consolidadas, salvo que importantes razones de tal modo lo aconsejen.

7) Sentado ello, puesta seguidamente a resolver acerca de la procedencia de los recursos instaurados, luego de ponderar las constancias de autos, y teniendo en cuenta el orden de ideas que se vienen desarrollando y por norte el respeto irrestricto de lo que aquellas normas y principios exigen así como la finalidad a que apuntan, adelanto mi opinión acerca de la procedencia del recurso de apelación articulado por la Sra. Ch., imponiéndose, en su consecuencia, el rechazo del deducido por el Sr. B. respecto de la imposición de costas. Paso a dar razones.

8) Con respecto al remedio recursivo interpuesto por la parte incidentada, y si bien aprecio la inviabilidad de la queja dirigida a cuestionar la intervención judicial, toda vez que la actuación de la Magistrada lo ha sido en el ejercicio de su función jurisdiccional y en razón del requerimiento en tal sentido efectuado por el Sr. B. de alterar lo acordado en el año 2014, por lo que en manera alguna puede endilgarse arbitrariedad o violación al principio de autonomía personal por el solo hecho de haber adoptado una decisión que se le imponía legalmente (conf. art. 34 CPCC), lo cierto es que advierto, en cambio, acertadas las críticas formuladas por esa parte acerca de la inobservancia por parte de Grado de los recaudos necesarios para adoptar la decisión impugnada, modificatoria del plan de parentalidad vigente, tanto en lo atinente al sistema de cuidado personal, como al aporte alimentario.

En relación al primer punto, debo decir a modo liminar, que como lo ha reseñado la apelante, más allá del nomen juris empleado en aquel acuerdo "tenencia" -atento a que su celebración lo fue con anterioridad a la vigencia del Código Civil vigente- e independientemente que su interpretación ha de serlo merced a los principios hoy imperantes, el sistema allí convenido y acordado otrora por los progenitores, no es otro que el denominado compartido con modalidad indistinto, el cual debe el juez privilegiar en el caso de que las partes, como aquí acontece, no logren acordarlo por sí (art. 651 del CCyC).

Arriba a esa conclusión, por cuanto la nota característica del cuidado personal compartido indistinto radica en la permanencia más prolongada del hijo/a en uno de los

dos hogares, es decir, la intensidad temporal en la convivencia necesariamente confiere un cuidado personal continuo pero no altera que las funciones de cuidado sigan siendo compartidas (cfr. Pellegrini, María Victoria, su comentario al art. 651 en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Dir. Herrera, Marisa; Caramelo Gustavo y Picasso Sebastián, tomo II, p. 499, Infojus, Bs As., 2015). Y como surge de la sola lectura de aquel instrumento (obrante a fs. 12) y se aprecia en las constancias de autos, en el caso expuesto en las presentes, si bien la residencia de los hijos se encuentra principalmente en el domicilio materno -que por cierto nótese fuera sede del hogar familiar, centro de vida de los niños y donde de mutuo acuerdo ha continuado viviendo la progenitora- no han dejado de ser ambos padres los que continúan adoptando las decisiones atinentes al cuidado de los niños (actividades educativas, religiosas, sociales, culturales, deportivas, recreativas, salud y demás cuestiones trascendentes en su vida, ver pto. Primero), y quienes, no obstante aquella intensidad temporal, pernoctan y comparten días enteros en forma similar con ellos, así como también viajes, vacaciones, cumpleaños y fechas importantes (ver ptos. Tercero y Sexto).

También, debo decir -relevantemente a los fines de la toma de la decisión que se propicia- que no logro vislumbrar o percibir diferencias sustanciales entre el sistema de parentalidad vigente y el propuesto por el Sr. B. y que fuera adoptado en el fallo, ni suficientes fundamentos dados en su sustento. Solo encuentro una variación en los días de la semana que cada uno pasará con sus hijos y no un incremento en su cuantía ni entidad tal que permita avizorar la aclamada alternancia.

Es que el cuidado personal compartido alternado se presenta cuando los padres se atribuyen la custodia personal del hijo, por ejemplo, dividiendo por mitades cada semana o si se asigna el total de ésta (o un mes completo), alternativamente a cada uno. El art. 650 CCyC no requiere para configurar esa modalidad que el hijo pase períodos iguales con cada progenitor, pues el tiempo (en que el niño está con uno u otro) será "según la organización y posibilidades de la familia", como reza la disposición legal. 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 será ya la referida sino lo que se denomina "cuidado personal compartido indistinto" (cfr. Mizrahi, Mauricio Luis, "El cuidado personal del hijo en el Proyecto de Código", publicado en: LA LEY 20/05/2013, LA LEY 2013-C, 925). Ambas clases se asemejan en que el cuidado personal de una forma u otra, es ejercido por ambos padres, quienes comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores

atinentes a su cuidado.

Sigo de lo expuesto, que lo cierto es que con independencia de lo reseñado, que hace al objeto pretendido, en manera alguna puede afirmarse que el sistema que se persigue se encuentre justificado en el caso, pues no se ha demostrado que el privilegiado (indistinto) -y que se repara asimilable con el vigente- sea de imposible cumplimiento o que perjudique a los niños como las reseñadas normas ordenan para su no implementación. Tampoco se observa que al decidir la recepción del pretendido sistema se hayan tenido en consideración las necesidades y organización de la familia en cuestión, ni explicación concreta -reitero- de la que se desprenda que resulte beneficioso para los niños, como prescribe la manda de aplicación.

Lo llamativo es que así como no aprecio una demanda dirigida a demostrar tales extremos, ni una pretensión que se pueda identificar netamente con la búsqueda de mayores beneficios para los niños, no evidencio tampoco ningún elemento del que se desprenda el acierto de aquella decisión. Si bien no ofrece discusión la circunstancia de que claramente han existido conflictos entre los adultos (nótese los varios trámites judiciales que involucran a las partes), en manera alguna se evidencia que éstos tengan su origen en el sistema de cuidado de los hijos hasta ahora vigente (más allá de que sus consecuencias puedan afectar a los niños) y -menos aún- que la modalidad propuesta por el accionante y receptada en el fallo (generadora posiblemente de confrontaciones innecesarias ante la alternativa y necesidad de acordar los días compartidos), actúe en conveniencia y no en perjuicio de aquéllos llamados a proteger.

De modo tal que reparo que el fallo adolece de una clara insuficiencia argumental sobre la cuestión, en tanto se respalda principalmente en la opinión del Equipo Técnico y en un recuento de principios que si bien indiscutidos, no logran explicar por sí de qué manera son tenidos en consideración.

Tampoco se tuvo en cuenta para resolver -pese a meritarse la escucha realizada por dicho equipo- la opinión de los niños a quienes la Sra. Jueza debió escuchar personalmente (tal como lo apunta la Defensora de Menores e Incapaces Subrogante), pues el asunto a resolver podía afectarlos (recaudo y alternativa no ejercida en esta sede al considerarla impropia en atención al estado procesal avanzado -grado de revisión- y al enfoque dado a la conflictiva familiar en la instancia anterior).

Ello en concordancia a lo ya sostenido por este Tribunal de Alzada en autos que tramitaran por Expte. N° 7697/2013, Se. del 26/03/14, en tanto allí se sostuvo, entre otras muchas consideraciones, que la garantía constitucional y convencional del acceso

a la tutela judicial efectiva de los niños implica su derecho a ser oído ante la autoridad judicial competente, sin distinción de edad -dado que ni en la Convención ni en las leyes de protección integral, n° 26061, D 4109, se realizan categorizaciones por edades específicas-, salvo que resulte claramente inapropiado o perjudicial para los menores (lo que, en su caso, debió así argumentarse). Puesto que este derecho significa otorgar al niño, niña o adolescente la posibilidad de dar su propia opinión sobre el tema que lo afecta más allá de cualquier decisión o manifestación del representante legal o Ministerio Pupilar interviniente, y luego, una vez oído, tiene también el derecho a que su propia opinión sea tenida primordialmente en cuenta en cualquier decisión que se tome a su respecto, y esto sí conforme su edad y grado de madurez en función del principio de capacidad progresiva (art. 12 CDN, art. 24 inc. b) Ley 26.601), lo que deberá ser interpretado y valorado por la autoridad que corresponda a la luz y bajo el prisma del principio rector del interés superior del niño (art. 3 CDN; art. 3 Ley 26601; art. 10 Ley D 4109).

Además, la "sugerencia" del Cuerpo Técnico, a la que la sentenciante echa mano para dar sustento argumental a su decisión, se contrapone -atento las exigencias requeridas para adoptar resoluciones de esta índole- con lo informado por el mismo equipo que párrafos anteriores da cuenta de los avances significativos que la familia ha tenido con respecto al régimen comunicacional, poniendo de manifiesto que han arribado a acuerdos con temas vinculados a sus hijos, concluyendo en la importancia de aquellas conductas adultas para el mejor crecimiento integral de los niños. Es preciso también subrayar que, no obstante la intervención puntual que se ha dado al referido grupo de profesionales -la que no dejo de resaltar de suma importancia con la finalidad de trabajar coordinadamente desde distintas disciplinas- con el objeto de arribar a acuerdos ante graves conflictos familiares prolongados en el tiempo -como en el caso-, de su informe no surge malestar en los menores, ni en el grupo familiar del que se pueda derivar la imposibilidad de cumplimiento del sistema compartido indistinto vigente. Por el contrario, con respecto a H. se expresaron signos de pleno bienestar y ningún indicador de afectación como consecuencia de la conflictiva de los adultos. Más aún, tampoco es posible derivar de esa opinión (ni de las restantes obrantes en autos), que el sistema propuesto aporte beneficio y no sea perjudicial para los pequeños en el estado actual. Es que resulta llamativo -o al menos aventurado- que por un lado se recomiende la intervención de una psicopedagoga en razón de ciertas conductas y/o temores evidenciados en uno de los niños y, coetáneamente con ello, pese a no contar con la

mirada de aquella profesional, se sugiera el cambio en la situación de vida del menor de que se trata sin respetar su statu quo.

Considero que no se ha invocado y menos acreditado que de acuerdo al normal desarrollo y evolución del niño sea conveniente a su interés un cambio en el ejercicio del cuidado personal. Ello sin perder de vista que, en su caso, en todo lo relacionado al tema en debate, cualquier decisión resulta provisoria y ante la eventual posibilidad de que se produzca un perjuicio al menor, deberá asumirse otra decisión por cuanto las resoluciones relativas al cuidado de los hijos son circunstanciales y sujetas a modificación conforme a los cambios que se puedan suscitar en la vida de las familias (conf. Marisa Herrera, ob. citada pág. 368), desde que el interés de aquéllos suele exigir una variación si es que ésta le resulta beneficiosa, ello aun por sobre los derechos que pretendan ejercer los adultos.

Por otra parte, si bien -como se expusiera- en relación al niño L., en el marco de las entrevistas mantenidas por el ETJ se dijo que pudo poner en evidencia la presencia de miedos en la casa de ambos progenitores (a estar a oscuras, a cruzar el patio solo, a extrañar a su mamá cuando está con el papá, a tener que bañarse solo o sin la presencia de su madre), aludiendo también al posible duelo tardío de la separación de sus padres -lo que motivó que convinieran y aconsejaron una entrevista con una psicopedagoga-, ello no es ningún indicador palpable del posible perjuicio que exige la norma para no aplicar la regla general (art. 651 CCyC), ni puede -por el contrario- de allí derivarse, sin más, el acierto de la decisión que se impugna.

Sin cuestionar la importancia de las manifestaciones expresadas por la Sra. Jueza, ni -insisto- por el Equipo Técnico del Juzgado, acerca del rol y participación de cada uno de los padres en la vida de sus hijos, no puedo dejar de observar que no se avisora evaluada suficientemente la verdadera incidencia de modificar el actual sistema, ni una razón sólida, concreta y precisa que aliente a hacerlo en el sentido pretendido por el progenitor. Además y aunque de la línea argumental seguida por el grado en el fallo parece apuntarse a poner en valor la importancia del cuidado compartido, ha de quedar en claro que en el caso no se ha puesto en duda que la presencia activa de ambos progenitores en la vida de sus hijos resulta por demás beneficiosa y optimiza su crecimiento integral. Es que el modo acordado, como he referido precedentemente, no se identifica con el sistema unilateral en los términos actuales, sino con el compartido indistinto.

A mayor abundamiento merece resaltarse que sin perjuicio del carácter no vinculante

del dictamen del Ministerio Pupilar, asiste razón a la demandada en cuanto a que el efectuado en autos por la Defensora de Menores Subrogante (fs. ref. 150/151 vlt.) no lo fue en favor del sistema compartido con modalidad alternada. Más bien, contrariamente, de sus líneas surge claro que la juzgadora incurrió en un yerro al expresarse en ese aspecto, puesto que dicha funcionaria justamente se inclinó y así lo dijo en forma expresa, por el establecimiento de un régimen compartido con modalidad indistinta (ver fs. ref. 151 párrafo 3ro.), dando razones de su afirmación.

Por lo que sigue, y continuando con el análisis de los agravios señalados por la incidentada, asumo también con acierto su queja acerca de la modificación del régimen alimentario establecido en el fallo. Ello por cuanto no debe soslayarse que al resolver como se hizo -sin más análisis ni fundamento que la procedencia del cambio de modalidad de cuidado personal y de contacto- el a quo perdió de vista que tanto el establecimiento de la cuota como más aún, su modificación y cese requiere de un análisis específico sobre las bondades de aquella pretensión en el caso concreto. La decisión que al respecto se adopte debe constituir la culminación de un proceso de valoración de todas las circunstancias determinantes de la cuota, porque la prestación alimentaria comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos, en cuanto a manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad, educación entre otros (art. 659 CCyC) y determina la necesidad de adoptar las medidas necesarias para preservar el Interés Superior del Niño.

Cabe tener presente, asimismo, que si bien se advierte que el establecimiento de una cuota alimentaria reducida se presenta como un mecanismo capaz de evitar tanto tensiones de orden patrimonial entre los progenitores, como que la modalidad de cuidado personal compartido fue instituida para fomentar una mayor y mejor comunicación entre padres e hijos y lograr que ambos no se desatiendan de las necesidades materiales de éstos, lo cierto es que no puede ser ello utilizado para evadir la obligación alimentaria que por ley corresponde a ambos padres (art. 658 CCyC).

Es que, en definitiva, se trata de alcanzar un equilibrio, de forma prudencial y equitativa, en relación a las necesidades de los alimentados, las posibilidades del alimentante y la gravedad del deber alimentario que deriva de la responsabilidad parental, con la prevención de que tener un régimen de cuidado personal compartido alternado o indistinto no significa que ese modelo necesariamente extinga del deber de alimentos, pues el norte a seguir en los procesos de familia, particularmente cuando hay menores involucrados, se nuclea en torno al interés superior del niño.

Considero además que la forma de instrumentar aquella modificación no se presenta simple ni clara, y a tenor de lo dicho hasta aquí y de las cargas que impone, se aprecia avivadora de eventuales nuevos y permanentes conflictos. (como ya se dijera).

Pues, si bien, la facilitación de la vinculación de los niños con el progenitor no conviviente resulta fundamental, entiendo que la sola comprobación de este extremo y su vinculación a la cuestión alimentaria, sin una adecuada valoración de la existencia de las condiciones para el desarrollo integral de los niños de conformidad con su superior interés, conduce a conclusiones inconciliables con el principio según el cual "No se trata de castigar a los adultos sino de privilegiar por sobre los intereses de aquellos los de un niño..." (SCBA C 91622, sent. del 26-10-2010).

Como he reseñado, el eje de la cuestión ventilada se centra en el bienestar de los niños, más allá de los ocasionales derechos de los padres que, en la especie, se encuentran prima facie en igualdad de condiciones para asumir su cuidado, no siendo ni los argumentos del actor ni los vertidos por la Magistrada actuante, a mi juicio, suficientes para deducir que conformando la decisión emitida se estará velando por aquel supremo valor, en tanto observo el carácter estrictamente dogmático que allí reviste la consideración del principio del superior interés de los niños, por cuanto se ha omitido realizar su escucha y una valoración concreta en orden a la verificación de las condiciones adecuadas para decidir un cambio como el que se adopta.

En suma, no se desprende de la sentencia en crisis que la modificación del sistema de comunicación se haya fundado en la recta interpretación del postulado instituido en el artículo 3 de la CDN, en tanto la sentencia impugnada deja huérfanas de consideración las cuestiones vinculadas con el principio del superior interés de los niños, que exige para su determinación en concreto la verificación de las pautas que con carácter meramente enunciativo señala la doctrina, y el beneficio que se procura obtener con el cambio pretendido en contraposición con la posibilidad de daño que podría generar la alteración del statu quo.

Entonces, teniendo en cuenta los elementos antes referidos, encuentro razonable, a fin de conciliar los intereses en juego y ponderar las circunstancias particulares expuestas, dejar sin efecto la modificación del sistema de cuidado personal y de contacto operada en el fallo y, consecuentemente, también la determinación alimentaria allí dispuesta, receptando el recurso apelatorio impetrado por la accionada, en lo pertinente.

9) Que restaría por último atender la crítica efectuada por el accionante referida a la distribución de las costas del proceso que fueran impuestas en el orden causado (art. 68

2do. párrafo CPCyC), la que en mérito a la decisión antedicha de receptar la apelación de la accionada, modificando sustancialmente lo resuelto en primera instancia, se advierte que ha devenido abstracta, por lo que su rechazo se impone.

10) Que sin perjuicio de ello, en atención a los efectos de como se decide y puesta en la tarea de determinar las costas del proceso en ambas instancias, asumo necesario poner de resalto, que a pesar que nuestro sistema procesal en materia de costas sigue el principio chiovendano de la derrota, cierto es también que contempla la posibilidad de la imposición de las mismas al vencedor en varios casos, como cuando el otro no ha dado motivo a litigar o ha actuado de buena fe.

Ahora, en los procesos de cuidado personal de hijos menores de edad, entiendo que no debe aplicarse en forma rígida el principio objetivo de la derrota, por cuanto se considera que la cuestión se decide en aras del interés del niño de que se trate, resultando lógico y plausible que ambos padres quieran ejercer su cuidado.

Y, si bien por un lado encuentro poco feliz la pauta brindada por el a quo a los fines de determinar el modo en que fueran impuestas las costas del proceso en la anterior instancia, en cuanto refiere al "enorme esfuerzo" que las partes han realizado para superar la conflictiva familiar -cuya aplicación al caso generó el embate del apelante-, en tanto tengo para mí que dicha expresión encierra una consideración subjetiva y no fácilmente apreciable o medible, por otro, aprecio procedente y razonable la argumentación vertida para distribuirlas por su orden, compartiendo lo dicho acerca de la ausencia de vencedores y vencidos en el pleito en cuestión, por lo que sin perjuicio del resultado al que se arribase en esta sede, y en este particular caso, considero que debe mantenerse tal decisión para ambas instancias y así lo propicio al Acuerdo.

Ello de tal modo, habida cuenta que aquí, como en la mayoría de los supuestos de conflictos de familia, el rol de juez no es el de resolver el litigio dando razón a una parte declarando culpable al otro, ni radica en fijar quien es el ganador o perdedor en la contienda, sino intentar eliminar el dilema por una actividad preventiva y dinámica del interés protegido por la ley, ayudando a la familia a encontrar un nuevo orden en la estructura familiar. Es por eso que el trabajo de los Juzgados de Familia se ha dado en llamar "justicia de colaboración" o "acompañamiento", en tanto la función del juzgador consiste en acercarse a las partes orientándolas a buscar salidas que contemplen los intereses de todos los involucrados en la situación conflictiva, e incluso de aquellas personas que se ven afectadas por la vida familiar y no son parte en el proceso (conf. R. L. N. G. vs. N. W. A. C. s. Tenencia de hijos /Cámara Nacional de Apelaciones en lo

Civil Sala G; 29-set-2014; Rubinzal Online; RC J 8249/14).

Por todo lo hasta aquí expuesto, propongo al Acuerdo: 1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la Sra. M.E.CH. a fs. ref. 163, y, dejar sin efecto la sentencia de fs. ref. 156/161 en lo pertinente, en todo cuanto ha sido materia de agravio; 2) Rechazar el recurso de apelación formulado por el Sr. I.A.B. a fs. ref. 162; 3) Imponer las costas de ambas instancias por su orden conforme argumentos dados en el considerando respectivo (art. 68 2do. párrafo CPCC); 4) Mantener la regulación de honorarios profesionales dispuesta en la instancia de Grado, y determinar los emolumentos correspondientes por la tarea desarrollada en esta Alzada por los Dres. Fernando Ruiz (letrado patrocinante de la incidentada), y por la Dra. Silvana Pesado (letrada patrocinante del incidentista), en el 25% para cada uno, de las sumas a percibir por sus labores ante la sede de origen (arts. 6, 7, 15 y conc. L.A.). MI VOTO.

A la misma cuestión, la Dra. María Luján Ignazi, dijo:

Adhiero a los fundamentos y solución propuesta por la Sra. Juez que me precede en orden de votación, sufragando en igual sentido.

A la misma cuestión, el Dr. Ariel Gallinger, dijo: Atento a la coincidencia de criterio de las Señoras Juezas que me preceden en orden de sufragio, me abstengo de votar.

Por ello, y en mérito al Acuerdo que antecede, el TRIBUNAL RESUELVE:

-I. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la Sra. M.E.CH. a fs. ref. 163, y, dejar sin efecto la sentencia de fs. ref. 156/161 en lo pertinente, en todo cuanto ha sido materia de agravio. -II. Rechazar el recurso de apelación formulado por el Sr. I.A.B. a fs. ref. 162.

-III. Imponer las costas de ambas instancias por su orden conforme argumentos dados en el considerando respectivo (art. 68 2do. párrafo CPCC).

-IV. Mantener la regulación de honorarios profesionales dispuesta en la instancia de Grado, y determinar los emolumentos correspondientes por la tarea desarrollada en esta Alzada por los Dres. Fernando Ruiz (letrado patrocinante de la incidentada), y por la Dra. Silvana Pesado (letrada patrocinante del incidentista), en el 25% para cada uno, de las sumas a percibir por sus labores ante la sede de origen (arts. 6, 7, 15 y conc. L.A.).

Regístrese, protocolícese, notifíquese. Oportunamente bajen al Juzgado de origen.

MARIA LUJAN IGNAZI-PRESIDENTE, ARIEL GALLINGER-JUEZ, SANDRA E. FILIPUZZI DE VAZQUEZ-JUEZ. ANTE MI: ANA VICTORIA ROWE-SECRETARIA