

Voces: ADOLESCENTE ~ ALIMENTOS ~ ALIMENTOS EN FAVOR DE LOS HIJOS ~ CESE DE LA OBLIGACION ALIMENTARIA ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ CUIDADO PERSONAL DEL HIJO ~ CUOTA ALIMENTARIA ~ DERECHO DE FAMILIA

Tribunal: Juzgado de Familia de 2a Nominación de Córdoba(JFamiliaCordoba)(2aNom)

Fecha: 11/03/2019

Partes: A., R. D. y otro s/ solicita homologación

Publicado en: RDF 2020-I , 82, con nota de Martina Vido;

Cita Online: AR/JUR/33087/2019

Sumarios:

- 1 . El cuidado personal unilateral de un adolescente de dieciséis años no es viable, sino que debe establecerse de manera compartida e indistinta, ya que, si bien se comprobó la efectiva convivencia del adolescente con su padre y su preferencia a mantener la habitación principal en el domicilio paterno, acoger la pretensión por la “figura masculina” o por la supuesta comodidad del hijo ante sus “cambios hormonales” que se presentan en la adolescencia, resultaría contrario a normas constitucionales y del Código Civil y Comercial que ordenan de manera contundente la no discriminación en base al género de los progenitores.
- 2 . La cuota alimentaria que abonaba el progenitor para su hijo adolescente debe cesar, ya que su deber alimentario se cumple con los gastos y erogaciones que realiza de manera expresa en la convivencia.

Texto Completo:

1ª Instancia.- Córdoba, marzo 11 de 2019.

Resulta:

1) A fs. 96 comparece el Sr. R. D. A., con el patrocinio de la Ab. Lucila Iurleo y peticona “atribución del cuidado personal”, refiriendo que lo que requiere es que se le otorgue el cuidado personal unilateral de su hijo S. Cuenta que “desde el mes de noviembre, S. se encuentra viviendo de manera permanente en mi domicilio ya que por su voluntad decidió dejar la convivencia con la madre”. A continuación —y seguramente habiéndose confundido la letrada con el escrito de otra representada suya— expresa que “es la suscripta quien se ha encargado de darle educación y alimentos a M.” (sic). Dice que su petición se sustenta en la convicción firme que el hijo quiere vivir con él, que por su edad necesita una figura masculina y que siente que con él se encuentra más cómodo frente a los cambios hormonales que aparecen en la adolescencia. También estima que “esa la solución que en forma generalizada acepta la jurisprudencia en casos similares” (sic). Por otra parte, el progenitor requiere que, ante el cambio de cuidado personal, cese su obligación alimentaria. Finalmente propone que se establezca que el “régimen de visitas” entre su hijo y la progenitora sea consensuado entre ellos para que puedan compatibilizar sus horarios, sin que exista algo fijo, “sino móvil y de acuerdo a sus intereses”. Propone sin embargo las siguientes pautas: cumpleaños y días del padre y de la madre, que lo pase con el progenitor correspondiente; fiestas de Navidad y Año Nuevo, “que se vayan rotando cada año” y quince días de vacaciones con cada progenitor. Estima que ese plan de parentalidad se condice con la constitucionalización del derecho de familia.

2) Por proveído de fs. 97, se remite la causa a mediación. A fs. 102 consta certificado del Centro Judicial de Mediación del que se desprende que finalizó el proceso en esa sede por la ausencia de la Sra. N. R. C.

3) Que a fs. 103, al pedido de modificación de cuidado personal, cese de la cuota alimentaria y régimen comunicacional se le imprime el trámite previsto en los arts. 75 y ss. de la ley 10.305. En consecuencia, se cita y emplaza a la Sra. N. R. C. a contestar la demanda en el plazo de ley.

4) A fs. 106 se certifica que venció el plazo del traslado corrido sin que haya sido contestado, fijándose audiencia del art. 81 y citándose a las partes personalmente y al adolescente S. N. A.

5) A fs. 109 se adjunta certificado en donde consta que tomé contacto con S. N., en presencia de su

representante complementaria, Paula Peláez. Seguidamente se incorpora el acta de la audiencia del art. 81 en la que se deja constancia que solo compareció el actor. Además, al no haber prueba para diligenciar se corre traslado final a la Asesora de Familia.

6) A fs. 111 comparece la Representante Complementaria y luego de analizar las constancias de las actuaciones, opina que debe hacerse lugar parcialmente al pedido incoado. Dice que en el subcaso no lucen los requisitos excepcionales que deben presentarse para otorgar un cuidado personal unilateral. Por ello entiende que se debe fijar que el cuidado personal sea compartido e indistinto y la residencia principal en el domicilio paterno. También estima que debe cesar la cuota alimentaria fijada oportunamente.

7) Seguidamente se dicta el proveído de autos (fs. 112), firme el mismo, queda la causa en estado de ser resuelta.

Considerando:

I. Que la competencia de quien suscribe deviene por lo dispuesto por el art. 21 inc. 1° de la Ley 10.305.

II. El pedido de cambio de cuidado personal formulado por el Sr. R. D. A. quien solicita sea establecido de manera unilateral a su cargo y la consecuente determinación de un régimen comunicacional (erróneamente referido por la parte y su abogada como “régimen de visitas”) y el cese de la cuota alimentaria. Que, pese a que el actor no lo refiere de manera concreta en su escueto escrito de presentación, la presente acción se dirige en contra de la progenitora Sra. N. R. C. Corrido el traslado a la misma, no lo contesta. No obstante esta incomparecencia, y teniendo en cuenta que en el fuero de familia rige como principio general el de la “verdad real”, debe verificarse la viabilidad de la petición a la luz de las pruebas incorporadas al proceso y lo dictaminado por la representante complementaria.

III. En relación al primer aspecto a examinar (determinación del cuidado personal del adolescente) es menester afirmar que las reglas que se desarrollan en los artículos 648 y subsiguientes del Cód. Civ. y Comercial, prevén que el cuidado personal de los hijos tiene tres formas de desarrollarse: puede ser manera compartida, con sus modalidades indistinta y alternada, o unilateral. La norma establece que como principio general debe otorgarse el cuidado personal compartido y solo de manera excepcional se puede atribuir exclusivamente a uno de ellos. Esto se fundamenta en que “la mejor realización de su beneficio e interés exige que ambos progenitores perciban que su responsabilidad continúa, a pesar de la ruptura de la convivencia, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de sus deberes con los hijos” (Cfr.: Lloveras/Orlandi/Tavip: análisis del art. 658, en Kemelmajer/Herrera/Lloveras, “Tratado de Derecho de Familia”, Tomo IV, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe/Buenos Aires, 2015, p. 102). Pero a su vez se incorporan dos modalidades para ese cuidado compartido, el indistinto, en el que el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores; y el alternado, en el que la permanencia física del hijo en cada domicilio se distribuye por determinados periodos de tiempo. El Código prefiere como primera alternativa la modalidad indistinta, tal como lo dispone el art. 651.

Asimismo, reitero que solo de manera extraordinaria debe otorgarse un cuidado personal unipersonal, si se de acuerdo a las pautas receptadas en el art. 653. Es que el cuidado compartido es el que mejor respeta el derecho a la coparentalidad de los hijos, entendida como “el que más y mejor responde al principio de 'interés superior del niño', sino también el que beneficia a cada uno de los integrantes de la familia. Y saliéndose del ámbito privado para ingresar a la faz pública —aunque ambas actúan de manera insoslayable— se reafirma el lugar de la ley como una herramienta hábil de carácter pedagógico y preventivo en el campo del derecho de familia” (Herrera, Marisa, “El Código Civil y Comercial de la Nación desde la perspectiva de género”, LA LEY del 19/12/2015, AR/DOC/160/2015).

IV. El progenitor basa su pedido de cuidado personal “unilateral” de su hijo S. N. en las siguientes causas: a) la situación de hecho en la que su hijo desde el mes de noviembre (presumiblemente del año 2017, ya que no lo especifica de manera concreta) “se encuentra viviendo de manera permanente en mi domicilio ya que por su voluntad decidió dejar la convivencia con la madre; b) que mantener esa situación de hecho es lo que efectivamente quiere su hijo; c) que por la edad de S. “necesita una figura masculina” y que el adolescente “que

con él se encuentra más cómodo frente a los cambios hormonales que aparecen en la adolescencia”; d) que esta es la solución en forma generalizada acepta la jurisprudencia en casos similares”.

Analizando cada uno de esos fundamentos en base a las nulas pruebas aportadas por el progenitor —y su abogada patrocinante— estimo que no es viable otorgar el cuidado personal unilateral, tal como fue solicitado, ya que no se presentan en el subcaso los requisitos necesarios y excepcionales que se refirieran en el apartado III) para el mismo. Sin embargo, estimo viable, en consonancia con lo opinado por la representante complementaria, establecerlo de manera compartida e indistinta y con residencia principal en el domicilio paterno. Doy razones en base a cada una de las causales invocadas: a) en primer lugar la efectiva convivencia del hijo con su padre surge de la falta de negativa de la Sra. N. R. C. quien no contestó la demanda, ni compareció a la audiencia del art. 81 prevista por la ley 10.305. Además, el propio adolescente dio cuenta de ello en la entrevista personal que mantuviera conmigo y con la Asesora de Familia de Segundo Turno; b) por otra parte, de ese mismo contacto personal pude saber que mantener la habitación principal en el domicilio paterno es el deseo de S. N. Su opinión resulta en este caso de suma importancia ya que se trata de un adolescente de dieciséis años. La edad y especialmente el grado de madurez que pude corroborar en su persona resultan clarificadores para saber que su deseo resulta atendible. Por el contrario, no puedo tomar en consideración los otros argumentos del progenitor, los que deben ser rechazadas de plano. c) Desde un Tribunal de Familia no puede considerarse viable un razonamiento como el expresado por el progenitor y avalado por su abogada, en el sentido que el cuidado unilateral se fundamente en que el hijo “necesita una figura masculina” o en la supuesta “comodidad” del hijo ante sus “cambios hormonales” que se presentan en la adolescencia. Tomar una decisión en base a esos fundamentos resultaría contrario a normas constitucionales y del Cód. Civ. y Comercial que ordenan de manera contundente la no discriminación en base al género de los progenitores. Resulta además casi absurdo pensar que la “figura masculina” que el padre pretende darle a su hijo solo se presenta con un cuidado unilateral como el pretendido. Ello sin perjuicio que la masculinidad y/o femineidad o cualquier otra forma de construcción de la identidad de género individual o personal, tiene otros fundamentos mucho más profundos o diversos que la simple convivencia con uno de sus progenitores. La idea plasmada por el actor en este sentido no adquiere ninguna relevancia, debiendo ser descartada de plano. d) Tampoco puede ser tomado como fundamento su idea en relación a que su posición es avalada por la jurisprudencia general en casos similares. Más allá que el actor no hizo referencia concreta alguna de cuál es la jurisprudencia que señala, el Cód. Civ. y Com. de la Nación marca de manera clara que el cuidado unilateral pretendido es de carácter excepcional. Esta solución que aquí se propicia es la que vengo sosteniendo de manera constante en mis resoluciones anteriores no solo en trámite ordinarios como el presente, sino cuando la cuestión es planteada como medida urgente.

Es que ninguna de las causales de excepción en base a las pautas interpretativas del art. 653 del Cód. Civ. y Com. de la Nación se presentan en el caso traído a resolución.

Por tal motivo y en base a esos fundamentos reitero que debe rechazarse el pedido de cuidado personal unilateral, pero debe modificarse la situación legal vigente —convenio de fs. 6 homologado por Auto N° 647 (fs. 7), en el que la entonces llamada “tenencia” era ejercida por la madre— estableciendo que el cuidado personal será de carácter compartido e indistinto y la residencia principal en el domicilio paterno. Estimo que esta solución es la que se condice con el mejor interés para S. N.

V. Con respecto al pedido de determinación del “régimen de visitas” (sic) —léase “régimen de comunicación”, en los términos del art. 652 del Cód. Civ. y Com. de la Nación) del hijo con su progenitora, no resulta aplicable en el subcaso, ya que en los supuestos de cuidado personal compartido lo que se distribuyen los progenitores es justamente la forma de hacerse cargo de esos cuidados, en un plan de parentalidad. Es por eso que resulta necesario fijar las pautas del mismo. En este caso, ante la falta de comparendo de la progenitora que realice propuestas concretas de los días y horarios en que pretende llevar adelante esa tarea de cuidado, es que entiendo debe ser fijado de manera provisoria con una modalidad amplia.

VI. Con respecto al pedido de cese de la cuota alimentaria, entiendo que debe prosperar. Ello en razón que la prestación vigente —resuelta por Auto N° 323 de fecha 30 de abril de 2015 (fs. 61/65)—, modificatoria de la anteriormente convenida por las partes, tuvo como sustento la convivencia principal del hijo con su progenitora.

Por ello, al haberse modificado esa situación ya no corresponde que el Sr. A. pague una mesada a su hijo que sea administrada por la progenitora, ya que su deber alimentario se cumple con los gastos y erogaciones que realiza de manera expresa en la convivencia con S. Finalmente y pese a que la parte no lo pide de manera expresa, estimo que debo determinar desde cuando se produce el cese de la cuota alimentaria, a los fines de evitar innecesarias ejecuciones por una presunta deuda. En este sentido me aparto del criterio general que se presenta en los casos de disminución o cese de este tipo de obligación, en los que se resuelve “ex nunc”, es decir desde la fecha de la resolución hacia el futuro. En el subcaso existen elementos centrales para variar ese criterio y determinar que ese cese debe retrotraerse al momento de la presentación de la incidencia, es decir el día 27/03/2018. La razón fundamental reside en que en ese momento quedó plasmada la situación de hecho de convivencia del hijo con su padre. Como referí anteriormente este extremo no fue negado por la madre y además fue referenciado por el hijo en su entrevista personal.

VII. En relación a las costas estimo deben ser impuestas por el orden causado. En este sentido corresponde precisar que el objeto principal de la “litis” se centró en el pedido de modificación del cuidado personal. Ello se encuadra en lo expresado por la doctrina que opina que, tratándose de cuestiones de derecho de familia no patrimoniales, no corresponde imponerlas 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. En consecuencia solo cabe imponer las costas exclusivamente a una de las partes en estos asuntos, cuando su conducta fuera injustificada, cuestión que no se verifica en el subcaso (Cfr. C. Apel., Civ. Com., B. Blanca, Sala I, 02/05/1989, ED, 136/522, citado en Loutayf Ranea, Roberto G., “Condena en Costas en el Proceso Civil”, Ed. Astrea, Bs. As., 1998, p. 450/451).

VIII. No se regulan los honorarios de la Ab. Lucila Iurleo (art. 26 de la ley 9459).

Por todo lo expuesto, normas legales citadas y en coincidencia con la opinión de la Asesora de Familia de Segundo Turno, resuelvo: I. No hacer lugar al pedido de cuidado personal unilateral peticionado por el Sr. R. D. A. en relación a su hijo S. N. II. Disponer que el cuidado personal de S. N. A. sea con la modalidad compartida e indistinta y la residencia principal en el domicilio paterno. III. Establecer que provisoriamente la distribución de cuidados a cargo de la progenitora sea de carácter amplio. IV. Hacer cesar la cuota alimentaria a cargo del Sr. R. D. A. y a favor de su hijo con la modalidad establecida en autos, lo que rige a partir del día 27 de marzo de 2018. V. Imponer las costas por el orden causado. VI. No regular los honorarios de la Ab. Lucila Iurleo. Protocolícese, hágase saber y dese copia. — Gabriel E. Tavip.