

## Menores Cuidado Personal Unilateral De Los Hijos Menores Interes Superior Del Nino Nuevo Codigo Civil Y Comercial

### JURISPRUDENCIA

Menores. Cuidado personal unilateral de los hijos menores. Interés superior del niño. Nuevo Código Civil y Comercial Se confirma otorgar al progenitor el cuidado personal unilateral de los hijos menores, al presentar ambos progenitores dificultades vinculares para distribuirse las labores de cuidado y compartir decisiones sobre los menores. Se destaca que el Código Civil y Comercial de la Nación establece como primera alternativa otorgar el cuidado compartido con la modalidad indistinta, con la excepción de que no sea posible o resulte tal modalidad perjudicial para el hijo.

En la Ciudad de Mendoza, a los treinta y un días de julio de 2.015, se reúnen en la Sala de Acuerdos de la Excma. Cámara de Apelaciones de Familia, los Sres. Jueces Estela Inés Politino, Germán Ferrer y Carla Zanichelli y traen a deliberación para resolver en definitiva la causa N° 602/10/1F-342/11 caratulada ``C.M.L. c/S. C.N. p/Tenencia , originaria del Primer Juzgado de Familia, Primera Circunscripción Judicial, venida a esta instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 266 por la actora reconvenida contra la sentencia recaída a fs. 259/262 por la que se rechaza la demanda articulada por la Sra. M.L.C.; se hace lugar a la reconvenición deducida y en consecuencia se otorga la tenencia definitiva de los menores K., A. y E. S. a su progenitor Sr. C.N. S.; se imponen las costas a la actora; se rechaza la tacha de fs. 210 y vta. con costas al demandado reconviniendo y se regulan los honorarios profesionales. Habiendo quedado en estado los autos a fs. 311, se practicó a fs. 312 el sorteo que determina el art. 140 del C.P.C., arrojando el siguiente orden de votación: Dres. Politino, Ferrer y Zanichelli. De conformidad con lo dispuesto por el art. 160 de la Constitución de la Provincia, se plantearon las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿Es justa la sentencia apelada? SEGUNDA: Costas. SOBRE LA PRIMERA CUESTION LA DRA. ESTELA INES POLITINO DIJO: I.- En contra de la sentencia recaída a fs. 259/262 por la que se rechaza la demanda interpuesta a fs. 9/11 y se hace lugar a la reconvenición deducida a fs. 19/22 y su ampliación a fs. 23, otorgando la tenencia definitiva de los menores K., A. y E. S. a su progenitor Sr. C. N. S., apela la actora a fs. 266. En la resolución impugnada el juez a quo tiene en cuenta como guías para su decisión el principio del superior interés del niño, el del mantenimiento del status quo existente al tiempo de la promoción de la demanda y la edad de los menores de 10, 13 y 17 años. Meritúa que, atento a este último aspecto y de conformidad con el art. 206 del CC corresponde analizar cuál de los progenitores se encuentra en mejores condiciones para ejercer la tenencia. Conforme a ello refiere a las evaluaciones psicológicas, según las cuales tanto el padre como la madre se encuentran vinculados de manera positiva con sus hijos, que ni el Sr. S. ni la Sra. C. poseen el perfil típico de personalidades violentas, que no es esperable que ninguno de los dos ponga en riesgo la integridad física de los hijos, y que el progenitor no ejerce influencia sobre ellos. Remarca que, aún cuando de las pericias se detecta que los menores no han sido adecuadamente preservados de los conflictos de los adultos, también se establece que residen con el padre hace más de cuatro años, ocupan la vivienda que fuera el hogar conyugal y donde se criaron desde pequeños, que el Sr. S. sostendría con ellos un vínculo filial estrecho satisfaciendo sus necesidades emocionales. En lo cual también coinciden los testigos que son contestes en que viven con su padre y mantienen una relación fluida con su madre, situación con la que están cómodos. Destaca que la actora no prueba los extremos invocados en su pretensión inicial en cuanto a las agresiones proferidas por el Sr. S. con posterioridad a la separación de hecho de la pareja y que las denuncias efectuadas por ella fueron archivadas. Observa que los menores, luego de ser escuchados en muchas oportunidades a lo largo de más de cuatro años de juicio, han manifestado querer vivir con el papá y ver a su mamá, siendo que sus dichos deben ser valorados teniendo en cuenta el grado de independencia y criterio propio que exhiben, su permeabilidad a la influencia de sus progenitores o de terceras personas, su aptitud para comprender situaciones y grado de conciencia en punto a aquélla que les conviene, siendo que a mayor grado de madurez y entendimiento mayor es la incidencia que tal opinión tendrá en la decisión final. En el caso tiene en cuenta su opinión al momento de decidir pero -aclara- sobreponiendo su interés por sobre su voluntad y/o deseo, que aquí coinciden y en atención a lo cual deben seguir viviendo con su padre, lo que es más conveniente en este momento para ellos. Por último agrega que comparte el dictamen de la Asesora de Menores favorable a que se atribuya la tenencia de los niños al padre. Rechaza la tacha de la testigo de fs. 210 vta. con costas al demandado reconviniendo- considerando que el demandado desistió de la prueba ofrecida para probarla, que no advierte opiniones personales que excedan el conocimiento que tanto personalmente como por dichos de terceras personas ha tenido la testigo de los hechos, habiendo aclarado en cada caso cómo conoce las circunstancias sobre las que declara. Impone las costas del proceso a la Sra. C. en tanto su pretensión no prospera y regula los honorarios profesionales en proporción a las etapas en que ha participado cada uno de los letrados. II.- A fs. 271/273 expresa agravios la apelante. Sostiene que el a quo no ha valorado la petición materna expresada a fs. 249 en los alegatos- de que se otorgue la tenencia compartida a ambos progenitores, ya

que dice- los niños han expresado su deseo de convivir con sus padres en la misma proporción, errando el juez al ponderar en la sentencia el deseo de los menores y otorgar en forma exclusiva la tenencia al padre. Aduce que es incorrecta la merituación de la prueba pericial y testimonial- de la cual se inferiría que tanto C. como S. se encuentran vinculados afectivamente con sus hijos y los contienen. En segundo lugar se agravia se la imposición de costas a la actora en virtud del principio de la derrota que se ve morigerado en los procesos de familia, no siendo aquí aplicable por el especial objeto de la discusión, por el cambio que puede surgir para las partes durante el proceso y que las circunstancias iniciales pueden haberse modificado. Solicita se revoque el dispositivo 3) y se impongan las costas en el orden causado. III.- Corrido traslado de la expresión de agravios, comparece el apelado a fs. 276/279, advirtiendo en primer lugar que la presentación de la actora, por sus deficiencias, no constituye formalmente una expresión de agravios y a continuación contesta los agravios expresados y solicita por los motivos que expresa a los que me remito ad brevitatis causa, el rechazo del recurso articulado con costas, destacando respecto del primer agravio que, teniendo en cuenta la oportunidad en que ha sido planteado el pedido de tenencia compartida, viola los principio de bilateralidad y de contradicción, las normas del debido proceso y la igualdad entre las partes. IV.- A fs. 300 se agrega el acta de audiencia de fecha 16/04/2015, en la que los menores A. y E. S. fueron oídos por los integrantes de esta Cámara, con la presencia de la Sra. Asesora de Menores. Dejando constancia que K. S. ha adquirido la mayoría de edad el día 17 de octubre de 2014. V.- Corrida vista al Ministerio Pupilar contesta a fs. 309/310. Aconseja el rechazo del recurso de apelación, refiriendo a su dictamen de fs. 255/257, en el que dictaminó en favor de otorgar la tenencia exclusiva al padre en virtud del status quo de los niños, de lo periciado y de la voluntad expresa de los mismos manifestada en primera instancia y reiterada en esta Alzada. VI.1.- Teniendo en cuenta que la apelada señala deficiencias en la expresión de agravios que la descalificarían como tal, cabe tratar en primer lugar este tópico. Bajo la óptica reseñada debo señalar que si bien los agravios expresados presentan deficiencias en la técnica empleada para esbozarlos, lo cierto es que, del escrito presentado pueden advertirse cuáles son las quejas que se formulan a la sentencia y en qué consiste el gravamen que imputa la apelante como derivado a su parte del decisorio cuestionado. VI.2.- Asimismo y en el estudio de los agravios seguiré, como es criterio unánime de este Tribunal, el criterio de la Corte Federal conforme al cual los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (ver CSJN, "Fallos": 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Fassi Yañez, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado", Tº I, pág. 825; Fenocchiato Arazi. "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado", T 1, pág. 620). Asimismo, en sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (art. 386, in fine, del ritual; CSJN, "Fallos": 274:113; 280:3201). VI.2.1.- El primer agravio expresado por la apelante refiere a que el juez a quo no ha valorado el pedido de tenencia compartida efectuado por su parte. Esta pretensión fue introducida por la actora en los alegatos. Es que en la demanda reclamó para sí la tenencia exclusiva de los menores y frente a la pretensión del demandado que reconvinó también por tenencia exclusiva a su favor, al contestar esta acción solicitó su rechazo y pidió que la tenencia fuera otorgada a su parte. Sin embargo, al momento de alegar, solicita que la tenencia sea compartida por ambos padres a fin de garantizar a los niños su deseo de estar con los dos, sin que esto genere discusiones y angustias (cfr. fs. 249) ya que -arguye- "si bien los menores manifiestan su deseo de convivir con el padre, quieren a su madre, pernoctan en su casa, viven días con ella, comparten vida familiar". Atento a que la pretensión ha sido introducida en los alegatos y su omisión por el juez a quo ha sido objeto de agravio en esta instancia apelativa, debo establecer a priori si su consideración violenta o no el principio de congruencia y en caso afirmativo si puede en el sub exámine flexibilizarse el mismo en aras de otros principios de igual o mayor jerarquía, dada la especial materia en discusión y por tratarse de una cuestión que involucra el interés de los menores. El principio de congruencia impone que exista correspondencia entre la acción promovida y la sentencia que se dicta, vulnerándose el mismo cuando no media conformidad entre la sentencia y el pedimento respecto a la persona, el objeto o la causa. La exigencia ineludible de conformar la sentencia y la demanda, fija los límites de los poderes del juez, cuyo decisorio no puede recaer sobre una cosa no reclamada o sobre un hecho que no ha sido propuesto a decisión. La incongruencia constituye pues, una falta de adecuación lógica entre las pretensiones y defensas de los litigantes y la parte dispositiva de la sentencia (cfr. Arazi-Rojas, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Tº I, p. 97). Sin perjuicio de ello, en el campo de la ciencia procesal, viene abriéndose camino una postura menos rígida que permite, en algunos casos excepcionales, flexibilizar el principio de congruencia a fin de que, en busca de un fallo justo para el caso a resolver, el juez pueda otorgar en la sentencia algo distinto de lo pedido por las partes (cfr. Peyrano, J. "La flexibilización de la congruencia en sede civil. Cuando se concede judicialmente algo distinto de lo requerido por el justiciable", en R.D.P., 2007-2 Sentencia-I, p. 99/113). En varios precedentes de esta Cámara, teniendo en cuenta la naturaleza y particularidades de los derechos que se discuten en los procesos de familia, cuando las circunstancias lo han justificado, en miras de hacer prevalecer valores superiores, hemos adoptado tal postura. Así, entre otros, dijimos: "Por eso se habla de una justicia de acompañamiento, en cuyos procesos

predominan los principios de la oficiosidad para su impulso, de flexibilización de las formas procesales y de intermediación; en que los poderes del juez y sus facultades discrecionales para dirigir el proceso, se potencian o exorbitan, en aras de una pronta solución y de la efectiva protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes involucrados, transformándose en un activo director del mismo. (Berizonce, R. "La Tipicidad del Proceso de Familia y su reflejo en la Tutela Cautelar y Anticipatoria", en R.D.P. n° 1, ps.145/167; Morello, A. "El Proceso Civil Moderno", p.206/207; Falcón E. "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", T VII, p. 377/384). Por otra parte, la moderna doctrina procesal propicia la flexibilización del principio de congruencia en materia civil (De los Santos, Mabel, "Los valores en el proceso civil actual y la consecuente necesidad de reformular los principios procesales", JA 2001-752 y ss.). Para Morello "no es un esquema rígido de conceptos o postulados, con límites infranqueables que, cuando corresponda, impidan su necesaria flexibilidad y adaptación cuando requiere compatibilizarse en una armonización funcional frente a valores superiores, según predica la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Morello-Stiglitz, "Función preventiva del derecho de daños", JA 1988-III-116) y para Peyrano, la finalidad del proceso civil fue proteger a los justiciables y no perjudicarlos, merced a interpretaciones rígidas y formalistas de sus alcances (Peyrano Jorge W., "La flexibilización de la congruencia en sede civil cuando se concede judicialmente algo distinto de lo requerido por el justiciable", Revista de Derecho Procesal, Sentencia-I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2007, p. 99 y ss.) (cfr. Autos N° 903/11 "S., E.I. por su hijo menor S., E. c/C., E.A. p/Fil.", 27-2-2013, LS 7-221).

Asimismo se ha admitido la existencia de las llamadas cuestiones implícitas que, aún cuando no fueran explicitadas por las partes, deben considerarse como subyacentes en los planteos efectuados. Señalándose hipótesis genéricas en las que se elástica el principio de congruencia, entre las que se encuentra la denominada "de los reclamos implícitos siendo que la piedra de toque en la materia sería la del "resultado práctico buscado y en las que está inmiscuido el encuadre jurídico que efectúa el juez de las pretensiones de las partes, con independencia de las invocaciones de derecho formuladas por éstas o "iura novit curia (Peyrano, ob cit., p. 105; en el mismo sentido De los Santos, Mabel Alicia, "La flexibilización de la congruencia", La Ley Online). Mabel de los Santos hace hincapié en la necesidad de que los operadores del sistema judicial cuenten con directrices generales para no incurrir en excesos rituales o en situaciones en que la protección de una garantía perjudique la actuación de otras, atendiendo al fin de procurar decisiones justas, encontrando pautas que permitan dejar de lado el garantismo formal para acceder a un garantismo funcional que facilite y no frustre el acceso a la justicia y a la protección de las leyes. (De los Santos Mabel A., "El debido proceso ante los nuevos paradigmas", LL Online). La Corte Provincial ha resuelto que el principio de congruencia está estrechamente unido al derecho de defensa en juicio, por lo que no existe vicio de incongruencia si no existe violación a esa garantía (SCJMendoza, 1/10/1990, LS 217-114; 16/12/1992, LS 233-435; 27/09/2000, LS 297-286). En un caso en que cada padre había pedido la tenencia para sí, el Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia n°1 de San Isidro, que la otorgó en forma compartida y alternada, dijo: "Se ha sostenido al respecto que "... no se afecta el principio de congruencia al haberse admitido una tenencia alternada o compartida, entre ambos progenitores, si los dos reclamaron para sí la tenencia exclusiva, pues aquella opción se emplaza dentro de los hechos litigiosos y en la facultad del juez de aplicar el derecho, la que se encuentra potenciada por el orden público familiar, que rige ante la insuperable dificultad de los cónyuges para proveer las soluciones más convenientes a sus hijos". (Op. SCJBA Ac. Cit.). A ello se le suma, tal como fuera expresado en el veredicto que "en los procesos donde se discute la guarda de los hijos, la litis no solo se integra con las pretensiones que esgrimen los progenitores, sino que también comprenderá los intereses de otros, los niños afectados, que el magistrado tiene la obligación constitucional y legal de amparar aunque formalmente se deje de lado el principio dispositivo de los juicios civiles. De ahí que, tratándose de niños, no tendrán lugar los vicios de extra petita ni de ultra petita, ya que éstos consisten en derivaciones del principio procesal de congruencia que en el caso no rige, principio este último que -a su vez- es emanación directa del sistema dispositivo. Es que, al estar en escena intereses conectados con el orden público, es posible liberarse de la rigidez de la causa petendi (Mizrahi, Mauricio Luis, "El proceso de familia que involucra niños", La Ley, 27/11/2012). ("A., G. c. T., C. B. s/tenencia 07/12/2012, DFyP2013 (mayo), 43 con nota de Graciela Medina, Cita online: AR/JUR/80321/2012). Siendo por otra parte éste, el criterio adoptado por el Código Civil y Comercial de la Nación que, en su artículo 651, autoriza al juez de oficio a otorgar como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta a ambos progenitores, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para aquél. Conteniendo esta normativa una clara aplicación del principio inquisitivo u oficioso por cual el juez como director del proceso, está facultado para resolver más allá de las pretensiones de las partes, en atención a la especial naturaleza de la materia debatida y los intereses de los niños, niñas o adolescentes involucrados en su decisión, garantizando aquélla que mejor los satisfaga. Conforme a lo expresado entiendo que, privilegiando el superior interés de los menores y flexibilizando las formas procesales y los principios que las inspiran en su beneficio, debo analizar en el sub lite la cuestión relativa a la tenencia compartida o cuidado personal compartido por ambos progenitores, introducida por la actora en los alegatos y en consecuencia sometida también a la decisión del juez a quo, a lo que se suma que esta instancia revisora ha abierto una amplia posibilidad de discusión, evitando sumergir a la contraparte en un estado de desigualdad e indefensión. VI.2.2.a.-

Ponderando que durante el curso del proceso, iniciado en Abril de 2010, K. S., nacido el 17 de octubre de 1.996 (cfr. copia del certificado de nacimiento agregado a fs. 5) ha adquirido la mayoría de edad, el thema decidendum de autos ha devenido respecto a él en moot case o cuestión abstracta. Conforme al art. 126 del Código Civil, modificado por la ley 26.579: ``Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de dieciocho (18) años. Agrega el art. 128, también modificado por la ley 26.579, que: ``Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad el día que cumplieren los dieciocho (18) años . El art. 5 de la mencionada ley, con carácter interpretativo, dispone: ``Toda disposición legal que establezca derechos u obligaciones hasta la mayoría de edad debe entenderse hasta los dieciocho (18) años, excepto en materia de previsión y seguridad social en que dichos beneficios se extienden hasta los veintiún (21) años, salvo que las leyes vigentes establezcan una edad distinta . De las normas citadas se colige que la mayoría de edad, con todos sus efectos legales, se alcanza a los dieciocho años, excepción hecha de la obligación alimentaria de los padres y el goce de los beneficios previsionales, los que cesan a la edad de veintiún años. El Código Civil y Comercial de la Nación en el artículo 25 establece que menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años y adolescente el que cumplió trece años y en el artículo 638 que la responsabilidad parental como conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y los bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral, se extiende mientras sea menor de edad y no se haya emancipado. La ley 6354 de Protección Integral del Niño y Adolescente, expresa en su artículo 1° que quedan comprendidas bajo su régimen ``todas las personas que no hubieran alcanzado la mayoría de edad . A su vez, la denominada ``sustracción de la materia o ``moot case representa un modo anómalo de terminación del proceso, de creación doctrinaria y jurisprudencial que se presenta cuando no existe discusión real entre el actor y el demandado, ya porque el juicio o incidencia de que se trata es ficticia desde su comienzo, o porque a raíz de acontecimientos subsiguientes se ha extinguido la controversia o ha cesado de existir la causa de la acción (Imaz y Rey, "Recurso Extraordinario , 2a. edición, Nuevas Ediciones, págs. 70 y 61). Ante la desaparición del interés que sustentaba la controversia, el juzgador se encuentra inhabilitado para ejercer su jurisdicción, no pudiendo erigirse pronunciamiento sobre lo que ya ha dejado de existir, sobre una cuestión que ha devenido abstracta, correspondiendo en tales supuestos, proceder a sobreseer los procedimientos (22/08/1986, ``Chocron Jorge c/Municipalidad de la Capital p/ Exp.Inversa , Segunda Cámara Civil, Primera Circunscripción Judicial, LS 75-151). Para que las circunstancias sobrevinientes impongan un cambio tan drástico en la situación de hecho que impliquen la inoficiosidad de la decisión judicial, resulta necesario que el agravio que suscita el litigio haya perdido interés actual. Conforme a la doctrina sostenida por la Corte de Justicia de la Nación, el requisito del gravamen actual no subsiste cuando el transcurso del tiempo lo ha tornado inoperante, cuando éste ha desaparecido de hecho o ha sido removido el obstáculo legal en que se asentaba (C.S.J.N. Fallo 310-819 y ss.). Es que, como bien lo tiene dicho la Suprema Corte de la Provincia, la sentencia tiene por finalidad componer un conflicto de intereses y no puede ser una dirimente de un mero conflicto de opiniones sobre una cuestión que ha dejado de tener relevancia práctica por lo que, si el interés del art. 41 del C.P.C. ha desaparecido durante el transcurso del proceso, no podrá dictarse sentencia y deberá sobreseerse la causa (SCJMza., LS 181-437). En el presente caso, K.S. alcanzó la mayoría de edad durante el curso de la instancia apelativa, lo cual produce la cesación de los derechos y deberes emergentes de la patria potestad (art. 306 inc. 1 Código Civil) -con excepción de la obligación alimentaria de los padres que cesa a la edad de veintiún años- y, por lo tanto, la posibilidad de discutir sobre su tenencia o cuidado personal por los progenitores no convivientes. Habiéndose extinguido la controversia y, por ende, el objeto de la pretensión recursiva, por un hecho sobreviniente, en el caso, el cumplimiento de la mayoría de edad del joven respecto del cual se solicitó el cambio del régimen de tenencia, no existe interés actual en la resolución del recurso de apelación interpuesto, razón por la que corresponde declarar su sobreseimiento (cfr. art. 41 del C.P.C.). Así lo ha resuelto esta Cámara en autos N° 791/11, ``Amaya Norma Beatriz por la menor Amaya Mariana Dulce y La Meridional Cia. de Seguros por Homologación de Convenio , 15/12/2011, LA 03-120; autos N° 898/10, ``Hinojosa Daiana y Uriel por Medidas Tutelares , 30/12/2011, LA 03-57 y autos N° 425/12, ``Irusta Ernesto Rubén c/Miranda María Antonia p/Tenencia , 15/04/2013, LA 6-403. VI.2.2.b.- Ingresando de lleno al examen de la sentencia adelantado que la misma, en cuanto atribuye el cuidado personal de los menores A. y E. S. en forma unilateral o exclusiva a su progenitor, debe ser confirmada. Conforme el art. 264 del Código Civil la titularidad de la patria potestad recae en ambos progenitores mientras éstos no sean incapaces, o se hallen privados de ella o suspendidos en su ejercicio conforme al art. 264 bis. Tanto en caso de los hijos matrimoniales como extramatrimoniales el ejercicio de este derecho será en forma conjunta e indistinta mientras se mantenga la convivencia de los progenitores. El artículo 206 del Código Civil dispone que, separados los cónyuges por sentencia firme, se aplicarán respecto a los hijos las disposiciones relativas al régimen de patria potestad. Los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Los mayores de esa edad, a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos. Esta norma extiende su ámbito de aplicación por vía analógica a los hijos que no son matrimoniales (CCiv. Com. San Nicolás, 24/4/03, LLBA, 2003-776). Como lo resolvimos en autos N°

1171/8/2F-190/10 caratulados "Dalmasso Lorena Mariana c/ Salattino Javier Andrés p/ Tenencia (fallo del 2/12/2001, L.S. 5-427), con voto preopinante de mi autoría, si bien nuestra ley de fondo sólo prevé la tenencia uniparental, ello no implica que el Código prohíba que los progenitores compartan la tenencia de sus hijos, sobre todo porque no resulta indispensable una expresa norma autorizante (Grosman, El proceso de divorcio, p. 134; Arianna, Régimen de visitas, ``Derecho de Familia, n° 2, p. 119; Oppenheim-Szylowicki, Partir o compartir la tenencia, ``Derecho de Familia, n° 5, p. 73; Hollweck-Medina, ``Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares, LLBA, 2001-1434; Famá, ``Nuevamente en tela de juicio los acuerdos sobre tenencia compartida, Derecho de Familia, n° 25, p. 190; Alles Monasterio, ``Patria Potestad. El superior interés del niño y la tenencia compartida, ED 185-103); teniendo en cuenta las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 3.1.) y de la ley 26061 (art. 3°) y que si los progenitores han convenido, o ha sido resuelto por sentencia judicial un sistema de guarda compartida, corresponderá imputar el ejercicio de la patria potestad a ambos padres (art. 264 inc. 2 Código Civil). El instituto de la tenencia compartida no ha sido uniformemente aceptado por la doctrina y jurisprudencia. Así algunos lo rechazan afirmando que el mismo priva a los hijos de la necesaria estabilidad personal ya que tienen un hogar en dos sitios distintos, y que estimula, además, una suerte de competencia entre los padres para complacerlos durante el período que pasan con ellos; que la educación y formación del carácter, para ser exitosa, requieren unidad de criterio en la dirección y ello se desvirtúa cuando los niños pasan de mano en mano, cambiando hábitos de vida, de relaciones; que constituye un factor disociante, de dispersión del proceso de formación del niño, pudiendo afectar la seguridad indispensable en la cual se deben desenvolver los menores en una etapa de la vida que es fundamental para lograr una sana personalidad (Mazzinghi, Jorge Adolfo, ``Derecho de Familia, tomo III, pág. 294, Ed. Abaco, Bs. As. 1996; Vidal Taquini, Carñp. ``Matrimonio Civil, pág-466, Ed. Astrea. Bs. As 1991). Una postura intermedia lo acepta excepcionalmente cuando las partes están de acuerdo y no resulte perjudicial al interés de los niños; o cuando los mismos han adquirido la madurez suficiente teniendo en cuenta la edad y las especiales circunstancias del caso (cfr. ``Mizrahi, Mauricio, ``Familia, matrimonio y divorcio, p+ág. 418, Ed. Astrea., Bs. As. 1998). Finalmente, en la actualidad resulta mayoritario el criterio que acepta el régimen de tenencia compartida, fundado ello en que frente a la ruptura de una familia se debe priorizar su estabilidad emocional y 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 (Grosman, Cecilia, ``La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia, La Ley, 1984-B-816). Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación que entra en vigencia a partir del 1° de agosto del año en curso, establece que cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos (art. 649); que el cuidado compartido puede asumir dos modalidades: alternado, cuando el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia, e indistinto, cuando 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 (art. 650); que como regla el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo (art. 651); y que en caso de cuidado compartido 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 (art. 650 in fine). Frente a lo cual me pregunto cómo podrían S. y C. distribuirse las labores de cuidado de sus hijos o compartir las decisiones sobre ellos si no se hablan entre sí. Es más, existe una prohibición de acercamiento del Sr. S. a la Sra. C. (cfr. autos N° 43/10/6F caratulados ``Comp. En autos N° P-362/10/10 of. Fiscal N° 3 C. B. M. L. c/S. C.N. p/Medida Tutelar a fs. 25). Avizoro por ello que, la pretensión de cuidado compartido, aún cuando pueda ser dispuesta de oficio por el juez (art. 651 CCCN), no puede ser impuesta a una situación de hecho que se manifiesta abiertamente como contraria a tal decisión, no resultando posible implementarla por cuestiones de hecho que, en el caso concreto, aparecen configuradas por la propia actitud de los progenitores que impiden, con los conflictos irresueltos entre ellos, asumir en conjunto el cuidado y decisión sobre sus hijos. En la pericia de fs. 115/117 se destaca la necesidad de que ambos progenitores trabajen profundamente respecto de sus posibilidades de arribar a acuerdos, como figura parentales, tendientes a preservar a sus hijos de sus conflictos como adultos, ante la nueva situación familiar y que en tanto esto no ocurra, los hijos se encuentran inmersos en una situación que no deja de constituir ``más allá de la buena intención de los padres, una forma de riesgo para sus integridades psíquicas (cfr. fs. 117 in fine y contestación de observaciones de fs. 125/126, fs. 179/180 y fs. 191) ya que, aún cuando los menores poseen hacia ambos progenitores sentimientos de orientación emocional positiva, se encuentran inmersos y/o poco preservados de los conflictos entre los adultos. Por ello estimo que -aún frente a la nueva legislación que entrará en vigencia en pocos días- se configura en el sub exámine el supuesto excepcional al que alude el artículo 653 del CCCN conforme al cual, ponderando las pautas que allí se establecen, el cuidado personal de los menores S. debe estar a cargo de su padre de modo unipersonal. Lo cual obviamente no es óbice para que los niños mantengan trato regular con el progenitor al que no se le atribuye dicho cuidado, pernecten en su casa, compartan vacaciones

y todo tipo de vivencias, a lo cual cabe agregar el deber de colaboración del otro progenitor para que esto se torne efectivo. Es más, los parámetros que se han valorado en la sentencia de primera instancia, y que a mi juicio lo han sido de manera correcta, son los mismos que contiene la norma citada supra: a) la prioridad del progenitor que facilite el derecho a mantener trato regular con el otro: en este caso los mismos menores han afirmado que su padre los lleva a la casa de la madre, que por lo menos E. ha dormido allí -no así A. que no lo ha hecho ni tiene interés en hacerlo- y que en consecuencia tienen trato fluido con ella; b) y c) la edad del hijo: en el caso que se trata de menores de 11 y 15 años que han manifestado su claro deseo/voluntad de seguir en su situación actual, viviendo con su padre y juntos los tres hermanos; y que, conforme a su edad y grado de madurez su opinión debe ser tenida en cuenta en tanto en el caso coincide con su superior interés y d) el mantenimiento de la situación existente y el respeto del centro de vida del hijo: lo cual ha sido considerado en autos a través de la consolidación del status quo en el que se encuentran inmersos los niños desde la separación de sus padres. Pautas que coinciden con las que la jurisprudencia ha venido sosteniendo en punto a la definición de la tenencia -cuidado personal- de un hijo: el mantenimiento de la situación existente, la improcedencia de innovar sobre estados de hecho consolidados de alguna manera por diversos motivos, salvo razones de real importancia; la preservación de la convivencia de los hermanos; la incidencia de factores económicos; la edad de los menores; el cumplimiento de las obligaciones del padre no conviviente; el informe del equipo interdisciplinario que aconseje modificar la situación y la opinión del menor (cfr. Lloveras, Nora, "Tenencia de menores en Enciclopedia de Derecho de Familia, Director Lagormarsino y Salerno, tomo III, p. 749; Wagmaister, Adriana, "Acceso a ambos progenitores como un derecho humano de los niños, La Ley 2003-C.-2012; Grosman Cecilia P., "La opinión del hijo en las decisiones sobre tenencia, ED 107-1011). En el sub lite para el otorgamiento de la tenencia al progenitor el juez ha priorizado: el mantenimiento de la situación existente, la edad de los menores y su opinión. Efectivamente en autos surge que los menores viven con el padre desde la separación de hecho del matrimonio conforme a lo manifestado por ellos, a los testimonios rendidos en la causa y a la encuesta ambiental de fs. 197 y vta; han manifestado su deseo de seguir viviendo con su padre [y no como manifiesta la madre en sus agravios "de convivir con sus padres en la misma proporción]; deseo que además coincide en este caso con su superior interés. A lo que cabe agregar que en los autos que tengo a la vista, N° 603/10/1F, caratulados C.M.L. c/S.C.N. p/Alimentos Provisorios, iniciados el 26/04/2010, la actora desistió del proceso a fs. 56, admitiendo que los menores convivían con el progenitor y teniéndosela por desistida a fs. 70 y vta. y N° 1252/11/1F caratulados "SC.N. por sus hijos menores S.K, S. E. y S. A.c/C. M. L. p/Alimentos, iniciados el 06/07/2011, se fijaron por sentencia de fecha 29/10/2013 alimentos definitivos a cargo de la Sra. C. como progenitor no conviviente y a favor de sus hijos en la suma de \$ ... mensuales; decisorio que fue confirmado en esta Alzada (fs. 184/185). En lo atinente al principio de estabilidad, ha sido aplicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dejando sentado que conforme sus propios precedentes (Fallos 328:2870) todo cambio implica un trauma para el niño, por lo que debe demostrarse que no llevarlo a cabo le causaría un daño mayor o más grave (CSJN, 29/04/2008, L.L. 2008-C693 con nota de Néstor Solari, "Criterios de atribución de tenencia en un fallo de la Corte Suprema). En cuanto a la opinión de los menores, éstos fueron escuchados reiteradamente a lo largo del proceso habiendo transcurrido más de cinco años desde su inicio- y manifestaron prístinamente que desde que se separaron sus padres los tres hermanos viven con el papá, se encuentran bien, quieren mantener la situación actual, es decir, seguir viviendo con el papá (cfr. fs. 177 y fs. 300). Incluso, en la entrevista personal compartida con ellos, pude apreciar el grado de madurez de ambos menores y su situación frente al conflicto suscitado entre sus progenitores con relación a su cuidado personal. Los criterios normativos respecto a la escucha de los menores resultan ser preexistentes a los contenidos en el Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 26, 639 inc. c, 646 inc. c, 653 inc. c, entre otros), ya que la Convención Internacional de los Derechos del Niño reconoce el derecho del niño a ser oído en todas las cuestiones y medidas que se tomen, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez (art. 12). Cláusula que, según la doctrina autoral ya eran imperativa y plenamente operativa como derecho interno y que a su vez quedó plasmadas en la normativa posterior, así en el artículo 24 de la ley 26.061 que establece expresamente que "las niñas, niños y adolescentes tiene derecho a: a) participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernen y en aquellos que tengan interés; b) que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. [...] derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, el ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional. Sin perjuicio que, tal cual ha sido el criterio constante de esta Cámara: "escuchar a los menores, no implica que deba atenderse necesariamente a sus preferencias expresadas, si de los elementos colectados en la causa surge que satisfacerlas no es conducente al logro de su superior interés, en cuyo caso se torna necesario equilibrar esa posible frustración, orientándolos en la comprensión de la decisión y sus motivos. De todos modos es indispensable que en tales supuestos de colisión con el deseo de los menores el juez exprese los motivos de su apartamiento de la opinión recogida (Expdte. N° 140/12, 07/02/2014, LS 10-114). No desconozco que también se manifestaron en el sentido que ven a su mamá, que los días que el papá trabaja por la tarde los lleva a la casa de su mamá, que los

fines de semana a veces también la ven. E. dice que le gustaría irse a quedar con ella unos días pero que, ``como sus hermanos están con su papá quiere quedarse con ellos y agrega que cuando le ha pedido a su papá irse a quedar unos días a la casa de su mamá, el papá no le ha hecho problema. Los dos menores coinciden en que ninguno de los padres habla mal del otro pero que, ``entre ellos no se hablan (cfr. audiencia celebrada en Cámara a fs. 300). Lo que queda corroborado con las pericias practicadas, en las que se detecta el vínculo altamente disfuncional existente entre los progenitores y que, al parecer, ha persistido a través del tiempo, sin lograr sanar las heridas producidas por la ruptura matrimonial y el fracaso del proyecto de vida en común. Y esto reitero- es muy importante, para decidir la tenencia exclusiva o cuidado personal unilateral por uno de los progenitores, por cuanto para otorgarlo de manera compartida a ambos, debe existir entre ellos una relación armónica y adulta, por cuanto de lo contrario existe en los hechos una situación obstativa para ello, que podría repercutir en perjuicio para los hijos. Respetando además la realidad de los menores S., que va más allá de lo meramente afectivo aspecto que los une positivamente con ambos progenitores, habiendo internalizado las figuras materna y paterna a lo largo de sus historias vitales - y que se vincula con el entorno habitacional, social y escolar que los rodea, imponiendo que la solución que se adopte sea la que más los beneficie y respete su superior interés, evitando que se produzca un desequilibrio en su sistema de vida que a la postre los perjudique y que han manifestado claramente que no desean modificar. En la pericia de fs. 116 se señala que, ante la inestabilidad que ha implicado para los menores todo lo vivido en su dinámica familiar, resulta para ellos un factor relevante de estabilidad el hecho de que la casa donde habita el padre es la casa que ellos internalizaron desde siempre como el hogar (psíquicamente, lugar de pertenencia) lo cual implica, en el presente, un factor de amparo para ellos. Aún cuando, destaca la perito, dicho amparo debería provenir de fuentes más importantes ambas figuras parentales- en tanto pudieran preservarlos de sus propios conflictos y anteponer el interés superior de los hijos en lo psicoafectivo por sobre sus propios rencores y desavenencias. De esta manera, la ``casa , en lo concreto, no resultaría ser -para los niños- un factor tan preponderante como lo es al momento de la evaluación (cfr. fs. 116 y vta.). Teniendo en cuenta, además, que el centro de vida del menor no refleja sólo una noción jurídica sino que contiene una con mayor contenido sociológico, en tanto refiere a la vinculación del lugar con los seres y cosas que conforman el mundo real y emocional del niño (Biocca Stella Maris citada por Domínguez Andrés, Famá María Victoria y Herrera Marisa, ``La ley de protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes , Ed. Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 98). Por último y tal como lo señala el juez de grado y atento al carácter provisional que la cosa juzgada tiene en esta materia, en el futuro puede llegarse al cuidado personal compartido por ambos progenitores, si ellos mismos logran superar las diferencias que hoy los alejan en pos de acordar pautas positivas en relación a la crianza de sus hijos, en beneficio de su desarrollo sano y armónico; no obstante ello, en la actualidad, la decisión cuya confirmación propicio es la que mejor consulta el superior interés de los menores (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y 3.1 de la convención sobre los Derechos del Niño). VI.2.2.c.- El segundo agravio gira en torno a las costas que, las que la recurrente pretende se impongan en el orden causado. Los ordenamientos procesales reconocen dos sistemas para legislar en materia de costas: uno llamado el sistema automático, que funda la condena en la derrota procesal, encontrándose algunas modalidades según la instancia o la características del proceso Se parte del presupuesto objetivo de la derrota, de manera que la sentencia debe contener una decisión expresa en tal sentido; y el sistema de albedrío judicial que sienta el principio de que las costas se impondrán al litigante de mala fe o temerario pero deja la apreciación casuística de la norma al criterio del juzgador, con la consiguiente facultad de no imponer las costas cuando se estime que el vencido procedió de buena fe (cfr. Gozaíni, Osvaldo A., ``Costas procesales , volumen 1, pág. 39, Ediar, Bs. As. 2007). Nuestro código procesal local adopta el primer sistema; las costas deben ser soportadas por el perdedor, no se imponen como sanción sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, los que deben ser reembolsados con independencia de la buena o mala fe del litigante. Así se ha dicho que ``el principio general contenido en nuestra legislación procesal se asienta en el objetivo criterio de la derrota. Quien pierde afronta las costas (art. 36, I, C.P.C.). El inciso segundo de la norma establece una aparente excepción al principio, pues al hablar de vencimiento recíproco, aunque las costas puedan ser dispuestas en el orden causado, el fundamento sigue siendo el vencimiento. Aún en el caso de que las costas provengan de una nulidad de procedimiento - las que deben ser soportadas, en principio, por quien la ocasionó - la excepción de la excepción contenida en el inciso tercero del artículo 36, carga las costas la parte que se opone a la nulidad y resulta vencida. El inciso cuarto del artículo involucrado no hace excepción al principio general, sino que añade responsables por las costas. Por último el inciso V establece una verdadera excepción y vuelca las costas sobre el vencedor o las distribuye en el orden causado ... cuando resulta evidente que el contrario no dio motivo a la demanda o articulación, y se allanó de inmediato (Expte.: 32145 - M. A.C/D. F. P/MEDIDA TUTELAR Fecha:24/05/2007-AUTO- Tribunal: SEGUNDA CÁMARA CIVIL - PRIMERA CIRCUNSCRIPCIÓN Magistrados: GIANELLA - VARELA DE ROURA MARSALA Ubicación: LA110 047).

En el sub iúdice la actora reviste el carácter de parte vencida, en tanto se rechazó su pretensión y prosperó la del demandado reconviniente. Asimismo aquélla se opuso terminantemente a que tuviera andamiaje positivo la acción del progenitor, solicitando su rechazo. En este sentido se ha resuelto que ``al tratarse de una incidencia (en el caso un proceso) tramitada contradictoriamente y

que fue rechazada, no corresponde imponer las costas que como consecuencia de ella se generaron en el orden causado, pues, existió un vencido. Nuestro Código Procesal Civil, no contiene una norma que permita imponer las costas de un proceso o incidencia en el orden causado, fuera de los criterios ``objetivo y ``subjetivo plasmado por el art. 36 del C.P.C. (LA113 038 Tercera Cámara Civil).

Ahora bien, tal como ya lo manifestara, no obstante que nuestro sistema procesal en materia de costas sigue el principio chiovendano de la derrota, contempla la posibilidad de la imposición de las mismas al vencedor o en el orden causado, cuando resulta evidente que el vencido no dio motivo a la demanda o articulación y ``se allanó de inmediato, haciendo entrega o depositando lo debido . Esta última situación no se presenta en el caso, por cuanto, reitero, la actora reconvenida se opuso categóricamente a la pretensión del demandado reconviniente, por lo que no cabe hacer excepción al principio general en materia de costas, que asienta en el criterio objetivo de la derrota (art. 36 apartado I del C.P.C.). Es cierto que la jurisprudencia a nivel nacional se ha pronunciado en el sentido de que el principio del vencimiento no se aplique de manera rígida y que se impongan las costas en el orden causado, con fundamento en que la cuestión se decide conforme al interés del menor, resultando lógico y plausible que ambos padres quieran ejercer su tenencia. Sin perjuicio que para nuestra ley formal la razón valedera para litigar no constituye en principio una eximente de la imposición de costas al vencido, en el caso no corresponde apartarse y/o flexibilizar el principio objetivo de la derrota, merituando que a la fecha de promoción de la acción era el demandado quien ostentaba de hecho la guarda de sus hijos; que la actora se opuso categóricamente a la pretensión ejercida en la reconvenición, insistiendo en esa oportunidad procesal en que la tenencia se otorgara a su parte y que tampoco procede la tenencia o cuidado personal compartido por ambos progenitores.

De allí que este agravio también debe ser desestimado. En conclusión, se impone el rechazo del recurso de apelación interpuesto por la actora reconvenida y la confirmación de la sentencia apelada en todos sus dispositivos. Así voto Los Dres. Ferrer y Zanichelli adhieren por sus fundamentos al voto que antecede. A LA SEGUNDA CUESTION LA DRA.ESTELA INES POLITINO DIJO: Atento el resultado del recurso planteado, las costas de la apelación deben ser soportadas por la apelante vencida (arts. 35 y 36 ap. I del C.P.C.). Los Dres. Ferrer y Zanichelli adhieren por sus fundamentos al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el presente acuerdo procediéndose a dictar la parte resolutive de la sentencia, la que se inserta a continuación: SENTENCIA: Mendoza, 31 de Julio de 2.015. Y VISTOS: Por lo que resulta del presente acuerdo el Tribunal, RESUELVE: I.- Sobreseer el recurso de apelación interpuesto a fs. 266, con relación a K. S.. II.- No hacer lugar al recurso de apelación deducido a fs. 266 en contra de la sentencia dictada a fs. 259/262, respecto a los menores E.S y A. S. III.- Imponer las costas del recurso a la apelante vencida (arts. 35 y 36 ap. I del C.P.C.). IV.- Regular los honorarios profesionales al Dr. L. A. en la suma de pesos ... (\$ ...) a la Dra. A. C. D. P. en la suma de pesos ... (\$ ...) y a la Dra. M. O. en la suma de pesos ... (\$ ...) (arts. 3, 15 y 31 ley 3641). CÓPIESE. REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE. BAJEN. Dra. Estela Inés Politino Juez de Cámara Dr. Germán Ferrer Juez de Cámara Dra. Carla Zanichelli Juez de Cámara Correlaciones: CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN - CAPÍTULO 4 - Deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos (arts. 648 a 657) Ley 26.061 - BO: 26/10/2005 003206E