

Cuidado Personal Menores Cuestion Abstracta Interes Superior Del Nino

JURISPRUDENCIA

Cuidado personal. Menores. Cuestión abstracta. Interés superior del

niño Se revoca la resolución que declaró abstracta la cuestión atinente a la disputa de ambos padres por el cuidado personal de sus dos hijas menores, con fundamento en que lo que decidan los progenitores respecto de sus hijos está fuera del principio de la autonomía de la voluntad. Es que frente a las contradictorias posturas exhibidas por los padres, debe el juez decidir teniendo en cuenta la índole de la materia puesto que se encuentra involucrado el interés de las menores. //LEGUAYCHÚ, 11 de

septiembre de 2017. VISTO Y CONSIDERANDO: FUNDAMENTOS DE LOS DRES. GUSTAVO A. BRITOS Y GUILLERMO O. DELRIEUX: I.-Apeló la parte demandada S. A. S., la resolución de fs. 84/85 que declaró abstracta la cuestión.

II.-A fs. 92/94 obra memorial de la parte apelante quien, en primer término, plantea la nulidad de la sentencia por carecer de fundamentos o considerandos lo que le impide, afirma, ejercer una adecuada defensa en relación al régimen de cuidado personal de las niñas. Resalta que el juicio fue iniciado como pedido de tenencia de hijos, a pesar que ya estaba vigente el nuevo Código Civil y Comercial y que, encontrándose en plena producción probatoria M. presentó un escrito manifestando estar bien con sus hijas y que, por ello, el planteo era abstracto, lo que le fue concedido ignorando el principio de oficiosidad que rige el trámite de familia y sobre todo, implementar un adecuado sistema de protección. Apunta que en ocasión de la audiencia se le preguntó expresamente si, habiéndose establecido un régimen comunicacional seguía con el juicio, a lo que contestó que sí y no obstante ello el juez hizo lugar al pedido de declarar abstracto el proceso. En definitiva pide se revoque la sentencia y se continúe el juicio para proveer la prueba. Finalmente se agravia de la imposición de costas por su orden y se apliquen a quien desiste que es el actor pues, razona, de eso se trata. III.-A fs. 98/101 vta., la parte actora contesta agravios solicitando se declare desierto el recurso por no criticar la sentencia recurrida. Explica que promovió el proceso porque no tenía contacto personal fluido con sus dos hijas luego de la separación de hecho de su esposa y relata el devenir del proceso; sobre la nulidad entiende que la carencia de fundamentos no invalida la sentencia. Subsidiariamente contesta que desde que se le corrió traslado del pedido de declaración de abstracción, la demandada no ha pretendido continuar con el juicio y de su parte ya no existe interés, pues se modificó la situación de hecho y medianamente ha logrado lo querido, no obstante fue necesario recurrir al proceso para conseguirlo. Finalmente anota que la actitud de la letrada es perjudicial a los intereses de los menores pues solo pretende continuar con un litigio innecesario demostrando que no le importa ni la familia ni las menores. IV.-A fs. 108 y vta. dictamina el Defensor de Pobres y Menores Nro. 1 de la jurisdicción quien luego de efectuar un racconto de lo actuado resalta que, habiéndose arribado a un acuerdo a fs. 37, que además fue homologado, subsistía el pedido de cuidado personal alternado y cuidado personal exclusivo y que por ello continuó el trámite del expediente de modo que debió el Juez darle carácter de desistimiento al pedido del actor pero continuar la acción interpuesta vía reconvenición por la progenitora por lo que, entiende, deben remitirse los autos al tribunal de origen para resolver las cuestiones pendientes. V.-Lo actuado muestra que, promovido el trámite por el Sr. M. como pedido de tenencia y/o cuidado personal alternado de sus hijas, el incidente fue contestado oponiéndose la Sra. S. a la modalidad alternada y solicitando lo sea de modo unilateral. El acuerdo al que se arribó a fs. 37 consistió en la fijación de un régimen comunicacional del incidentante con sus hijas, que fue homologado por el a quo y que a pedido del Sr. M. (fs. 38), se continuó con las evaluaciones diagnósticas y se fijó nueva audiencia de partes. Producidos los informes de fs. 42/43 y ante el fracaso en la celebración de las sucesivas audiencias fijadas, se dispuso abrir a prueba el incidente en fecha 25/08/2016 (fs. 56) obrando a continuación el pedido del actor de que se declare abstracta la cuestión (fs. 57) alegando para ello que desaparecieron los hechos que dieron origen al proceso. El desinterés expresamente expuesto por el Sr. M. en la prosecución del trámite, tanto a fs. 57 y vta. como al expresar agravios, debió encuadrarse en el instituto procesal del desistimiento el que, además, dado el estadio del proceso en el que fue formulado, requería la conformidad de la contraria (art. 292, segundo párrafo, CPCC). Mas, dicho instituto reconoce una limitación de tipo procesal y otra por la índole indisponible de la materia en cuestión. La primera porque la norma del art. 292 CPCC tiene previsto que, en caso de oposición de la contraria, éste carecerá de eficacia y proseguirá el trámite de la causa y en el caso la actitud opositora de la demandada se infiere sin lugar a dudas. La limitación que emana de la naturaleza de la cuestión, exige advertir que frente a las contradictorias posturas exhibidas por los padres (quienes a pesar de lo acordado a fs. 37 y de haberse proveído las medidas previstas en el art. 70 de la ley 9861 y luego de dispuesta la apertura (fs. 56), se pidió declaración de abstracción) debió el a quo decidir teniendo en cuenta la índole de la materia puesto que se encuentra involucrado el interés de dos niñas menores y el derecho en cuestión es de doble titularidad entre padres e hijos, no solo previsto en los arts. 555, 648 y 652 del Código Civil y Comercial, sino también en la Carta Magna, a través del art. 14 bis, por cuanto en su párrafo tercero promulga la protección integral de la familia, y asegurado por la Convención de los Derechos del Niño

en sus arts. 6 y 9.3. (en igual sentido resuelto por esta Sala, aun vigente las normas del CCiv, en "B., G. C. C/F., P. E. S/MEDIDA CAUTELAR SUSPENSIÓN RÉGIMEN DE VISITAS", Expte. N° 4431/F, del 19/06/2014), de modo que el margen de disponibilidad para las partes está limitado por el de las niñas. Y es que el pedido de los progenitores de ningún modo será vinculante para el juez quien libremente deberá decidir -teniendo a la vista el material existencial de la causa- cuál es el sistema que mejor convenga al niño, cuyo interés superior tiene que preservar por encima de todas las cosas. De ahí que, aunque sin duda debe privilegiarse la autocomposición, en esta materia están en juego los derechos de los niños, que son indisponibles. Al tratarse de intereses de los hijos y no de los propios progenitores el rol del juez tiene que ser activo lo que se traduce en la facultad de evaluar si lo convenido por los padres satisface las necesidades de los niños y resguarda debidamente su equilibrio emocional y afectivo (MIZRAHI, Mauricio L., "Responsabilidad parental", Ed. Astrea, 2015, p. 380/381). Lo que decidan los progenitores respecto de los hijos esta fuera del principio de la autonomía de la voluntad (XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario 2003). Corresponde entonces hacer lugar al recurso dejando sin efecto la resolución apelada y remitir las actuaciones al juzgado de origen para la continuidad del trámite, hasta tanto se determine el régimen de cuidado personal de las niñas, imponer las costas del recurso al recurrido y diferir regulación de honorarios hasta tanto obren los de la primer instancia. ABSTENCIÓN DE LA DRA. ANA CLARA PAULETTI: Que existiendo mayoría hace uso de la facultad de abstenerse de emitir su voto, conforme lo autorizado por el art. 47 de la L.O.P.J. (texto según Ley 9234). Por todo lo expuesto, por mayoría; SE RESUELVE: 1.-ADMITIR el recurso de apelación interpuesto a fs. 88, contra la resolución de fs. 84/85, la que se revoca, debiendo el juzgado de origen continuar con el trámite hasta que se determine el régimen de cuidado personal. 2.-IMPONER las costas del recurso al apelado vencido. 3.-DIFERIR regulación de honorarios hasta tanto se fijen los de la primer instancia. 4.-REGISTRAR, notificar y, en su oportunidad, bajar. ANA CLARA PAULETTI (Abstención) GUSTAVO A. BRITOS GUILLERMO O. DELRIEUX 023195E