

"D.A.A.C. C/S.M.A. S/TENENCIA DE HIJOS"**(17.711/01 - Juzgado 84)****RECURSO 497.674****SALA H**

En Buenos Aires, a los 17 días del mes de septiembre de 2.008, hallándose reunidos los señores Jueces integrantes de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados "D.A.A.C. c/ S.M.A" y habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden de sorteo de estudio, el Dr. Mayo dijo:

I) Apela el actor contra la sentencia de fs. 595/600 que rechazó la demanda promovida por el progenitor mediante la cual pretendía que se le otorgara la tenencia de su hijo menor GLDA.-

En sus agravios (fs. 745/759) pretende que se revoque el fallo de grado.- A tales fines, señala que han variado las circunstancias fácticas tenidas en cuenta en el resolutorio apelado y realiza una crítica de los fundamentos por los que la juzgadora desestimó su reclamo.-

A fs. 785/792 obra la presentación del hijo de las partes, quien fue oído en la audiencia que da cuenta el acta de fs. 810.-

A fs. 794/802 la demandada contesta los agravios y a fs. 812/813 obra el dictamen de la Sra. Defensora de Menores ante la Cámara.-

A fs.817 se ordena la elevación de los autos al Acuerdo de Sala a fin de dictar sentencia, providencia que a la fecha se encuentra firme.-

II) La sentencia de grado fue dictada el 08 de marzo de 2005 sobre la base de los hechos y pruebas producidas hasta ese momento.-

Se valoraron las declaraciones testimoniales aportadas, el dictamen psicológico de los miembros de la familia, el informe ambiental producido por aquel entonces, el entorno familiar y social del menor, su edad, su historia familiar y la situación actual; destacándose que el pequeño GL había vivido siempre con su madre ya que a principios del año 2000, tiempo después de la separación de la pareja, madre e hijo habían mudado su residencia de esta Capital Federal (donde continuó viviendo el actor) a la ciudad de Mar del Plata, lugar en donde el pequeño solía pasar sus vacaciones y se hallaba acompañado de su familia materna y paterna (primos y abuelos).-

Así, sin descalificar las cualidades del actor como padre, encontró a la progenitora en mejores condiciones de ejercer la tenencia de su hijo, concluyendo que el demandante no había acreditado las mejores condiciones para solicitar la tenencia de GL o las causas graves que ameritaran un cambio en la situación de aquel momento pues, de hacerse lugar a la pretensión incoada, se provocaría un desarraigo

perjudicial a los intereses del menor.-

III) Se ha señalado, entre las pautas a tener en cuenta para definir la tenencia de un hijo, "... el principio de mantenimiento de la situación existente, la improcedencia de innovar sobre estados de hecho consolidados de alguna manera por diversos motivos respecto a la tenencia salvo razones de real importancia, la preservación de la convivencia de los hermanos, la incidencia de factores económicos, la edad, el cumplimiento de las obligaciones por el progenitor no ejercitante, la opinión del Ministerio Público, la opinión del menor, el necesario informe del equipo interdisciplinario (Lloverás Nora "Tenencia de Menores" en "Enciclopedia de Derecho de Familia, dir. Lagomarsino y Salerno T. III, pág. 749, citado en autos "T.H.M. c/A.M.M." del 07/09/2006, CNCiv. Sala B, publicado en La Ley 25/07/2007, 4).-

En el caso, tal como se menciona en la queja, se remarca en el dictamen de la Defensora de Menores ante la Alzada y se encuentra probado en autos, la situación tenida en cuenta al momento del fallo de grado ha variado en forma significativa, pues desde tiempo cercano a su dictado (febrero o marzo de 2005) y hasta la actualidad, GL se encuentra viviendo en esta ciudad con su padre.-

Cabe destacar que el menor, en el año 2005 comenzó sus estudios secundarios en el colegio San Francisco de Sales, en la carrera de bachiller con orientación contable y se encuentra cursando actualmente el 4° año.-

A los fines de dirimir la situación familiar y social del menor y la conveniencia de modificar la decisión recurrida en atención a la nueva situación de hecho, constituye un elemento de innegable valor, el informe socioambiental efectuado por la lic. C., Asistente Social de la Defensoría de Menores e Incapaces n° 5, quien a tales efectos se entrevistó con el Lic. B., psicopedagogo del colegio al que asiste G.-

Del dictamen surge que el menor tiene muy buen rendimiento escolar, muestra buena relación con los docentes y su grupo de compañeros.- Tiene su grupo de amigos en el curso pero no presenta ningún tipo de problema para interactuar con otros compañeros.- G. se encuentra integrado en el ámbito escolar, no presentando ningún tipo de problemática en ningún aspecto.- Respecto de la problemática de los padres, el profesional (Lic. B.) considera G. está muy bien plantado y que sabe lo que quiere, por lo que las decisiones parten de sus necesidades y convicciones personales.-

El menor refirió a la asistente social que decidió quedarse a vivir definitivamente con su padre luego de haber pasado unas vacaciones con él.- Manifestó estar mas tranquilo ya que su madre no había vuelto a obligarlo a vivir con ella.- Agregó que con su madre pasa dos fines de semana al mes.- Por lo general viaja un fin de semana a Mar del Plata y otro fin de semana viene la mamá.- Que cuando viaja a Mar del Plata

mantiene contacto con sus familiares maternos y también cuando la madre viaja para aquí ya que tiene familia en esta ciudad.- Señaló que en Mar del Plata tiene también familiares paternos por lo que, en general, pasa las vacaciones de verano allí.- Comentó que permaneció una semana con la madre, en ocasión de ser intervenida quirúrgicamente, agregando que se quedó con ella con agrado dado que consideraba que debía estar allí.-

Además de cursar su escolaridad el menor realiza otras actividades: juega al paddle, volley, practica natación, concurre a un gimnasio.-En relación a su salud, se atiende cada tres meses con su pediatra en el Hospital Italiano.- El menor vive con su padre en un departamento tipo casa que cuenta con living-comedor, baño, cocina, dos dormitorios, un salón y dos patios, en buenas condiciones de higiene y orden.-

El informe finaliza con las conclusiones de la Lic. C. acerca de que G. desarrolla una vida normal de un joven de su edad, que no presenta problemática en el área social y escolar, demostrando -durante la entrevista- capacidad reflexiva, asociativa, extroversión y comodidad, expresándose con naturalidad.-

Ahora bien, a este detallado informe debe agregarse que en varias oportunidades, G.L .ha exteriorizado su voluntad y deseo de vivir con el progenitor sin dejar de mantener un asiduo y permanente contacto con su madre.-

En ocasión de ser oído por el Tribunal, el menor, que en la actualidad tiene 16 años, refirió que se encuentra cursando el cuarto año del secundario en el colegio San Francisco de Sales y que está yendo a ese colegio desde el primer año de la secundaria.- Que su grupo de amigos es muy lindo y se siente cómodo en el ámbito escolar.- Relató que una vez al mes, en los fines de semana, viaja a Mar del Plata a ver a su mamá, quien también suele viajar a Buenos Aires una vez al mes.- Que pasa los tres meses de vacaciones de verano y los quince días de las vacaciones de invierno en Mar del Plata, alternando entre la casa materna y de su abuela paterna y compartiendo con sus primos.- G. contó también que es su deseo mantener la situación de vida tal como se desarrolla actualmente, es decir, viviendo con su papá en Buenos Aires, yendo a su colegio y haciendo sus actividades habituales, y viajando a Mar del Plata para las vacaciones y periódicamente como lo viene haciendo.-

Manifestó que su relación con el padre es normal y que tiene un celular con un convenio especial que le permite comunicarse diariamente con su mamá sin costo para él, lo que permite que tenga un contacto telefónico permanente con la progenitora.-

Finalmente, G. comentó que se le haría difícil tener que recomenzar nuevamente su vida en Mar del Plata y que más allá de todo quiere mucho a su papá y a su mamá y quiere seguir teniendo una buena relación con ambos.-

Cabe destacar que, en principio, en los juicios de tenencia de hijos, cualquier cambio en el régimen de vida de los menores debe evitarse, salvo razones graves, en

procura de una estabilidad que resulta necesaria para la formación equilibrada de la personalidad (CNCiv. Sala D JA 1983-IV-296, eIDial AEF71).-

De lo que se trata es de preservar la estabilidad de modo que se dañe lo menos posible a los niños que padecieron el impacto de una desintegración familiar.-

El principio de estabilidad o continuidad, por ende, sólo ha de ceder cuando en la causa se acredite la falta de idoneidad de quien ejerce la guarda y, a la par, la mayor idoneidad de quien reclama la tenencia.- Tendrá que certificarse, asimismo, que la situación existente irroque al niño un daño de mayor gravedad que el que podría ocasionar la alteración de la guarda..." ("T.H.M. c/A.M.M." del 07/09/2006, CNCiv. Sala B, publicado en La Ley 25/07/2007, 4).-

Sobre la base de estas premisas, teniendo en cuenta el informe socio-ambiental de la Lic. C., el dictamen favorable de fs. 812/813, la caducidad declarada en los autos sobre reintegro, más allá de las situaciones que derivaron en sendas denuncias y causas penales en el fuero represor, considerando la aptitud por igual de ambos padres para ejercer la tenencia del menor, ponderando la edad de G., su clara voluntad expresada en autos de mantener la situación actual, la circunstancia de que ha iniciado su escolaridad secundaria en esta ciudad hace mas de tres años, que se encuentra terminando sus estudios, valorando que desarrolla la vida normal de un joven de su edad, que se halla integrado socialmente, que aquí tiene sus amigos y una buena relación con su padre, que tiene la posibilidad de comunicarse telefónicamente con su madre en forma diaria y mantiene contacto asiduo con ella y sus familiares maternos así como las demás circunstancias apuntadas por la Sra. Defensora de Menores en su dictamen, considero que confirmar la sentencia de grado y ordenar que el hijo de las partes vuelva a vivir con su progenitora en Mar del Plata, importaría cambiar la situación de hecho consolidada desde principios del año 2005, configurada por la convivencia de G. con su papá, e implicaría, en las circunstancias actuales, un desarraigo y perjuicio cierto para el menor.- Es por ello que mi propuesta consiste en admitir la queja y revocar el decisorio de grado.-

Sin perjuicio de ello y a tenor de las cuestiones planteadas ante este Tribunal debo recordar que decisiones como la presente no causan estado, por lo que pueden de ser revisadas si se modifican los elementos de valoración tenidos en cuenta para su dictado.-

IV) Por las razones expuestas, propongo al Acuerdo que se revoque la decisión de grado, **se admita demanda otorgándose la tenencia de G.L.D.A a su padre, Antonio C.D.A..**- Con costas por su orden atento la naturaleza del caso.-

Las costas de alzada, teniendo en cuenta los motivos por los que se admite la queja, se imponen en el orden causado.-

Así lo voto.-

Los Dres. Jorge A. Giardulli y Claudio M. Kiper por las consideraciones expuestas por el doctor Mayo, adhieren al voto que antecede.-

Con lo que se dio por finalizado el acto, firmando los señores Jueces por ante mi de lo que doy fe.-

Fdo. Jorge A. Mayo, Jorge A. Giardulli, Claudio M. Kiper.-

WWW.AFAMSE.ORG.AR