Rawson, 04 de febrero de 2015.

------ **VISTOS**:----------

------ Estos autos caratulados: **“C., J. L. c/ P., P. B. s/ Custodia”** (Expte. N° 23342-C- 2014).---------- **DE LOS QUE RESULTA:**----------

------ **I.-** La demandada deduce recurso de casación por arbitrariedad (fs. 252/260 vta.) contra la SI N° 25/2013 de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew, Sala “B”.----------

------ Objeta la imposición de costas en la Alzada, que la condenó con fundamento en el principio objetivo de la derrota.----------

------ Requiere la apertura de la instancia extraordinaria, porque cuestiona la calidad de vencida (cita jurisprudencia de SCBA), y porque se encuentra en juego su patrimonio, y el eventual menoscabo que podría sufrir, ante la ejecución de honorarios por los letrados de la contraria.----------

------ Argumenta que el principio general en materia de costas, basado en el hecho objetivo de la derrota no es absoluto, y cede en materia de divorcio vincular, tenencia de hijos, régimen de comunicación, entre otros. Cita doctrina al respecto.------

------ Además -sostiene- que fue constreñida a litigar ante el incumplimiento del Sr. C. de restituir a la hija de ambos, reteniéndola indebidamente.---------

------ En el punto V, al fundar el recurso, defiende el carácter definitivo de la decisión atacada, en cuanto se trata –afirma- de un pronunciamiento que le causa un perjuicio de imposible, tardía o insuficiente reparación ulterior. ----------
----- Indica que por la naturaleza del proceso, por la materia debatida y por la forma en que se decidió la cuestión, con fundamento en el mejor interés de la joven, no se la puede declarar como "vencida" sin caer en arbitrariedad.----------

------ Agrega que debe tenerse en cuenta la afectación de su patrimonio, y su intervención en el proceso con el patrocinio del Ministerio Público de la Defensa, lo que hace suponer la falta de recursos. Y además, que la contraria, no planteó oportunamente que se tramite el beneficio de litigar sin gastos.----------

------ Afirma que la sentencia atacada, para revocar el pronunciamiento de origen, tuvo en cuenta la capacidad progresiva de su hija, su posibilidad de autodeterminación, los arts. 3 y 12 de la CDN, en cuanto imponen a los jueces el deber de atender al interés superior del niño, y el de escucharlo en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.----------
----

------ Resalta que no se realizó ningún reproche al ejercicio del rol materno, sino que por lo contrario se hizo constar que ambos progenitores eran idóneos para ejercer la custodia.----------

------ Por ello -agrega- no se entiende el apartamiento del principio de imponer las costas por su orden, dado la cuestión debatida, y por albergar legítimas expectativas de detentar la custodia de la hija.----------

------ Incluso -refiere- la sentencia podría haber hecho cargar las costas al padre, que con su accionar (incumplimiento de una orden judicial), provocó la instancia de Alzada, y dedujo los recursos que la obligaron a litigar en Cámara.----------
-

------ Solicita se case la sentencia, se deje sin efecto la imposición de costas, y se las cargue al Sr. C., o en su defecto se las atribuya en el orden causado.- ------ **II.** A fs. 270 y vta. se pusieron los autos a disposición de las partes conforme lo exige el art. 296 del CPCC.----------

------ A fs. 272/274 vta. se presenta el Señor Defensor General Alterno, y presenta memorial, en el que mantiene y hace propia la casación interpuesta. Ratifica los argumentos vertidos respecto a la imposición de las costas y a la presunción de escasez de recursos que ampara a la Señora P. como usuaria del servicio que presta la Defensa Pública.----------

------ **III.-** A fs. 277 y vta. emite dictamen el Procurador General, quien comparte la posición sostenida por el Defensor General Alterno. Admite que en cuestiones de familia, el principio del art. 69 del CPCC cede y admite excepción. Aconseja casar la sentencia e imponer las costas en el orden causado.----------

----- **CONSIDERANDO:**----------

----- **I.** ***Antecedentes***:----------

------ **I.1.-** En los presentes autos el Sr. J. L. C., solicitó la modificación de la custodia de su hija (fs. 11/14 vta.), demanda que dirigió contra la madre de la joven, P. B. P.----------

------ A fs. 21/24 requirió la custodia provisoria de la hija adolescente, y el juzgado de origen por SI N° 72/2012, resolvió no hacer lugar a la medida cautelar interpuesta (fs. 48/49 vta.).----------

------ A fs. 63 el actor apeló, y a fs. 83/92 vta. fundó sus agravios.----------

------ **I. 2.-** En “P., P. B. c/ C., J. L. s/ Restitución de menor” (Expte. N° 148/2012) (Expte. N° 23343-Letra P-Año 2014), los padres celebraron un acuerdo respecto al régimen de comunicación de la hija con el padre, que fue homologado (SI N° 59/2008, fs. 34/35 del 29/02/2008). ----------

------ A fs. 69 y vta. la Señora P. denunció el incumplimiento del régimen de comunicación (23/02/2012); la juez de grado, intimó al progenitor a dar cumplimiento al acuerdo, bajo apercibimiento de fijar astreintes y de remitir las actuaciones a la justicia penal (fs. 70).----------

------ El demandado interpuso revocatoria con apelación en subsidio (fs. 73/77 vta.); a fs. 81/vta. la actora solicitó se haga efectiva la restitución de su hija. A fs. 83/84 vta. se contestó el traslado conferido; y a fs. 98/99 vta. por SI N° 75/2012, la juez de origen hizo lugar a la restitución de la joven a la madre; rechazó la revocatoria; concedió la apelación subsidiaria; y libró mandamiento.----------

------ **I.3.-** La Cámara dictó un único pronunciamiento (SIF N° 25/2013, fs. 242/247) a fin de tratar las apelaciones deducidas, ello porque la problemática a abordar se refería al mismo grupo familiar, con identidad de sujetos, objeto y causa, aun cuando los expedientes no estuvieran acumulados.----------

------ Delimitó la cuestión a resolver del siguiente modo: si O. C. debía ser restituida al hogar materno, o por el contrario, modificar la atribución de la guarda y otorgar la custodia provisoria a su padre.----------

------ Para decidir, entendió que dos normas de la CDN, brindaban el marco para dar solución al caso: el deber de oír al niño o adolescente (art. 12) y el respeto a su interés superior (art. 3).----------

------ Analizó los informes psicológicos, y ante la idoneidad de ambos padres para asumir la custodia de la hija, destacó la relevancia de las manifestaciones de O. en las audiencias celebradas en esa sede, en las que manifestó su deseo de radicarse con el padre.----------
Apreció la escucha, hizo referencia a la autonomía progresiva de la joven, y expuso que la preferencia de vivir con uno de los padres, no descalificaba al padre no elegido, sino que lo asociaba a la singularidad del hijo.----------

------ Luego destacó la pauta del interés superior, para decidir en el caso particular.----------

------ Decidió modificar la custodia establecida a favor de la madre, y otorgar la custodia provisoria de O. a su padre. Sin perjuicio de ello, ordenó que los progenitores y la hija, realizaran tratamiento terapéutico en miras a facilitar la revinculación de la hija con la madre.----------

------ Impuso las costas de Alzada a la Señora P., en ambos expedientes, por aplicación del principio objetivo de la derrota (arts. 69 y 70 CPCC), respecto de las apelaciones concedidas en cada uno de ellos.----------

------ **I.4.-** La demandada interpuso recurso de casación en estos autos –tal como ya se expuso-, y también en el Expte. N° 148/2012 (fs. 188/196 vta.).----------

------ Hasta aquí los hechos trascendentes de la causa en relación a la cuestión extraordinaria que se pretende introducir.----------

------ **II.-** Previo a su tratamiento, se entiende conveniente dictar una única sentencia impersonal –al igual que la Cámara- que dé respuesta a las casaciones deducidas en ambos expedientes, pues en definitiva el pronunciamiento que se encuentra en crisis es el mismo; y máxime que media como único agravio la imposición de costas a la recurrente.----------

----- **III.-** De modo tal, que no obstante haberse tramitado y sustanciado el recurso de casación en estudio, ello no impide en mérito a la materia en tratamiento, la redacción impersonal de la presente.----------

------ En efecto, la sentencia en crisis de tipo interlocutorio, resolvió una medida cautelar de custodia provisoria requerida por el padre; y al mismo tiempo dio respuesta a un pedido de restitución efectuado por la madre, en el marco de un acuerdo homologado de régimen de comunicación.----------

------ Resulta claro, entonces, que la estructura que se le imprime a la presente, encuentra su justificación en que no se controvierte en autos lo decidido respecto a la custodia provisoria o a la restitución denegada, sino a las costas impuestas con base en el principio objetivo de la derrota. Es decir: de una cuestión accesoria cuyo tratamiento no podrá ser objeto de debate en un juicio posterior.----------

------ Así, esta resolución como se observa, no juzgará sobre el fondo de la materia discutida sino que se limitará a resolver una cuestión suscitada como consecuencia de los planteos antes descriptos, en el curso del proceso de custodia (Expte. N° 135/2012) y de restitución (Expte. N° 148/2012). Ello, sin más habilita la redacción impersonal por la que se optó (arts. 28, 30 y concs., Ley V, N° 3, art. 163, CPCC).-
----

------ **IV.-** Conforme se indicó, el agravio vertido en las casaciones con fundamento en la arbitrariedad (art. 291 inc. “e” del CPCC), se reduce a la imposición de costas a la recurrente, con fundamento en el principio objetivo de la derrota.----------

------ La regla en esta materia es por su naturaleza fáctica y procesal, no es susceptible de tratamiento por la vía extraordinaria de casación. Se trata, en definitiva, de una cuestión que queda reservada a los jueces de grado.----------

----- Este es el criterio que ha mantenido desde anteriores composiciones este Superior Tribunal, en consonancia con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. ----------

------ Así se sostuvo que: "…Lo atinente a la imposición de costas conduce al examen de una cuestión procesal y accesoria que por regla es ajena al recurso extraordinario…es propia de los jueces de la causa…, salvo arbitrariedad…" (conf.: CSJN, *Fallos* 318, vol. I 871; 322, vol. II, 1716; 307 vol I, 1.296; y STJCh, SI N° 44/SRE/03 entre otros).----------

------ De manera tal que la casación por arbitrariedad, con respecto a las costas, sólo será atendible por este Cuerpo, cuando se advierta un claro y manifiesto desacierto en su fijación, que constituya, asimismo, un absurdo o una burda merituación de las circunstancias de la causa en que hubiera incurrido la Alzada al imponerlas. Sólo en este supuesto, el agravio habrá de hallar andamiaje y resultará admisible su tratamiento y resolución, precisamente, porque se encontrarían fundamentos suficientes para apartarse de aquel principio general…" (conf.: STJCh, SD N° 03/SRE/2011).----------

------ **IV. 1.-** En este sentido, al analizar los antecedentes del caso, se puede observar que la decisión atacada, redujo el conflicto a establecer, si O. tenía que ser restituida al hogar materno, o si debía modificarse la custodia provisoria y otorgársela a su padre.----------

------ Para así decidirlo tal como se expuso, la Alzada recurrió a normas rectoras de la CDN (deber de los jueces de escuchar a los niños y adolescentes en el proceso, y decidir conforme a su interés superior, arts. 2 y 3), evaluó los informes psicológicos efectuados en esa instancia para concluir que ambos padres eran idóneos para el ejercicio de la patria potestad, por lo que decidió otorgarlo al padre, luego de escuchar a O., y evaluar las razones que esgrimió para permanecer en esta ciudad, integrada al ámbito paterno. También valoró su

interés superior.----------

------ Indudablemente, la materia sobre la que la Cámara se expidió, y así lo hizo constar, fue respecto a la atribución de la custodia de la joven, aun cuando fuera provisoria.----------

------ En ese contexto, los sentenciantes no podían desconocer que en cuestiones de derecho de familia no patrimoniales -con excepción del divorcio y los reclamos alimentarios- no corresponde imponer las costas con fundamento en el principio objetivo de la derrota, pues la intervención del juez es una carga común necesaria para componer las diferencias entre las partes.----------

------ Y es más, esta fue la postura asumida por la misma Sala, en la SD N° 34/2000, tal como lo indica el Defensor General Alterno al sostener el recurso (fs. 273 vta.).-
----

------ Lo cierto es que siguiendo a Loutayf Ranea –por compartir su criterio- no se trata propiamente de un apartamiento de las normas generales sobre costas establecidas por el ordenamiento procesal; se trata, justamente de la aplicación del 2° párr. del art. 69 del CPCC, en cuanto las circunstancias expuestas constituyen mérito para ello. Esto es, para eximir de costas al vencido (*Condena en costas en el proceso civil*, Ed. Astrea, Año 2000, p. 451).----------

------ De modo razonable, la casacionista observa que la sentencia en crisis obvia toda referencia a estas circunstancias. No pondera la materia de que se trata, ni la conducta de las partes frente al conflicto planteado. Se limita a aplicar el principio objetivo de la derrota. Lo expresó en los siguientes términos: "…Asimismo, corresponderá imponer las costas de alzada a la Sra. P. B. P., en ambos expedientes, por aplicación del principio objetivo de la derrota (arts. 69 y 70 del CPCC), respecto de las apelaciones concedidas subsidiariamente en cada uno de ellos". ---
----

------ A mayor abundamiento, se debe agregar aquí, que la sentencia no es exacta cuando sostiene que se trata de apelaciones subsidiarias en los dos expedientes. La concesión de la apelación interpuesta en forma subsidiaria consta a fs. 98 vta. del Expte. N° 148/2012; en cambio, en el Expte. N° 135/2012, el actor –C.- apeló en forma directa, la SI N° 72/2012 del juzgado de origen a fs. 63.----------

------ En consecuencia, tal como se adelantó, del análisis objetivo de la causa y del decisorio apelado, no es posible extraer otra conclusión que la tacha de arbitrariedad respecto de la condena en costas que establece, por lo que corresponde casar parcialmente la sentencia al respecto.----------

------ Siguiendo, la línea trazada por este Cuerpo, el pronunciamiento cuestionado omitió, pues, la indispensable fundamentación conforme a las circunstancias de la causa, lo que lo torna descalificable como acto jurisdiccional con base en la doctrina de la arbitrariedad, que constituye el medio para resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa" (conf.: STJCh, SD N° 03/2011 entre otras muchas más).----------

------ Es más, no se advierte ningún reproche a la conducta de la condenada en costas; circunstancia quizás, que podría haber revertido el principio expuesto en el tipo de cuestiones en análisis. Pero este no es el caso. La Cámara, justamente destacó la idoneidad de ambos padres para el ejercicio de la guarda de su hija, lo que torna contradictorio lo decidido en definitiva.----------

------ En este sentido, es pertinente señalar que: "…Los tribunales han realizado acertadamente la debida distinción, y en casos especiales han dispuesto aplicar las costas a uno u otro contendiente. Son supuestos en que se está ante demandas o resistencias que a todas luces son irrazonables, injustificadas o gratuitas; o cuando

de algún modo se percibe que la intervención de la justicia claramente se podía haber evitado. En definitiva, cuando a la parte adulta que litiga le sea reprochable su conducta; en particular, en relación a los deberes que tiene respecto de sus hijos u otras personas allegadas" (conf.: Mizrahi, Mauricio Luis; *El proceso de familia que involucra a niños,* Cita Online: AR/DOC/5479/2012).----------

------ **V.-** En consecuencia, corresponde tratar la imposición de costas en los expedientes en la que fue cuestionada.----------

------ A tal fin, resulta esclarecedor, para introducir en el tema, lo que señala Jorge Kielmanovich en relación a los principios que imperan en el derecho de familia.--

------ Sostiene respecto al régimen de costas, que la tendencia es prescindir del principio de la derrota para su imposición, "…pues la intervención del juez se considera como una carga común necesaria para componer las diferencias entre las partes o se supone impuesta en resguardo de los intereses de la familia, los hijos o del denunciado o demandado…".----------

------ Agrega el autor citado, que "…En los juicios de fijación de visitas y de tenencia de hijos, también se prescinde del principio de la derrota para la imposición de costas, porque es lógico y hasta plausible que ambos progenitores procuren ejercer esa función, y porque, en definitiva, al decidirse la cuestión se atienda a lo que mejor convenga a los hijos con abstracción del planteo de una u otra parte, si bien en algún caso se las ha impuesto al cónyuge perdidoso a raíz del incumplimiento de los deberes emergentes de la patria potestad…", extremos que en autos no se han configurado (conf.: *Derecho Procesal de Familia*, Ed. Abeledo-Perrot, 2009, págs. 2 y 3).----------
----- Como se ve, las especiales circunstancias de la materia que se aborda, deben ser evaluadas al momento de decidir la imposición de las costas.----------

------ Anteriormente, dejamos sentado, de acuerdo con Loutayf Ranea, que se trata en definitiva de la aplicación del segundo párrafo del art. 69 del CPCC.-------

------ La norma autoriza al juez a eximir de costas al vencido cuando “encontrare mérito para ello”. En general sostiene el autor antes citado, la exención se justifica sobre la base de circunstancias objetivas, fundadas que tornen manifiestamente injusta su imposición al perdedor en el caso particular (op. cit., p. 75).----------
---

------ En el caso en análisis, más allá que la decisión de la Alzada, acogió la solicitud del padre que solicitó que se le atribuya la custodia provisoria de la hija, y rechazó la restitución de la joven al ámbito materno pedida por la madre, no puede perderse de vista que ambos padres ocurrieron a la vía judicial a fin de dirimir el conflicto familiar planteado.----------

------ La intervención del juez en ese contexto, resultó una carga necesaria en pos de resolver la problemática expuesta. Ello implicaba además, compatibilizar los intereses de todos los involucrados, sin perder de vista el respeto al interés superior de la hija menor de edad, que debía presidir la decisión a la que se arribara, tal como efectivamente aconteció al resolver la cámara.----------

------ Y en este marco, los reclamos de ambos progenitores aparecen con probabilidad de ser atendidos. En el caso del padre, porque propone la modificación de la custodia de la joven, ejercida hasta ese momento por la madre, accionó en ese sentido e inició este expediente. Y en el de la madre, porque la custodia legal de la hija que venía ejerciendo desde el año 2006, la habilitaba a pedir el estricto cumplimiento del régimen de comunicación que se encontraba homologado, y requerir el regreso de O. al hogar materno.----------
---------- Además, la idoneidad de ambos en miras al ejercicio de la guarda fue explícitamente reconocida por la Alzada.----------
-----

------ A más de ello, en estos procesos no parecen adecuadas las nociones de vencedor y vencido, ya que los juicios no deberían ser transitados como una lucha por la conquista de trofeos personales. Téngase presente que en este tipo de actuaciones los afectados son los niños por las disputas que se producen entre los adultos (conf.: Mizrahi, ob. citada, cita Online: AR/DOC/5479/2012).----------

------ En conclusión, en cuestiones de familia no se trata de resolver el litigio dando la razón a una parte y declarando culpable a la otra, ni de fijar quién es ganador o quién es perdedor, sino que lo que se procura es eliminar el conflicto orientando a la familia para que encuentre un nuevo orden en su estructura familiar (conf.: Aída Kemelmajer de Carlucci, *Principios Procesales y tribunales de familia*, JA, 1993-IV-676, citado por la CANE, Sala B, en SIF N° 4/2013).-----

------ En definitiva, entendemos que la imposición de las costas en ambos expedientes debe ser en el orden causado, porque la intervención del juez es una carga común necesaria para componer las diferencias entre las partes (conf.: CNCIV - Sala: H - Expte. Nº: H361215 - Fecha: 06-03-03, T., R.G. c/ B., A. s/ Medidas Precautorias; elDial.com AE1B77).----------
-

------ Además, porque resulta natural que ambos padres puedan disputar sobre tales cuestiones, y que en definitiva se resuelva sobre lo que más conviene a los hijos menores de edad ("H., F. c/ C., S. s/ Incidente tenencia y cuota alimentaria" - CC0101 - MP 111104 RSI-1471-99 I - 9-12-1999; Suprema Corte de Justicia de la Provincia De Buenos Aires; elDial.com - W12BFB).----------

------ **VI.-** Por lo tanto, corresponde declarar procedentes los recursos de casación interpuestos a fs. 252/260 vta. de autos, y a fs. 188/196 vta. del expediente “P., P. B. c/ C., J. L. s/ Restitución de menor” (Expte. N° 148/2012) (Expte. N° 23343-Letra P-Año 2014), y casar parcialmente la SIF N° 25/2013 (fs.242/247) atacada, para imponer las costas de la Alzada en el orden causado, sin modificar la

regulación de honorarios efectuada, por no haber sido materia de agravios.---------
---

------ **VII.**- Conforme al resultado arribado, y el criterio expuesto, se impondrán, las costas de esta instancia en el orden causado (art. 69, 2° párrafo, CPCC).--------

------ No es factible aplicar lo dispuesto por el art. 13 de la Ley de Honorarios, pues no se fijaron estipendios a los letrados en la primera instancia. Sin perjuicio de lo cual, corresponde efectuar la correspondiente regulación por la actuación ante esta sede.----------
-

------ En consecuencia, en mérito a la labor desarrollada, el resultado obtenido, así como la calidad, eficacia y extensión de la labor profesional, se le regularán honorarios a la Dra. J. D., letrada apoderada de la demandada, en la suma equivalente a 8 (ocho) jus en cada expediente; y a los Dres. R. L. y L. S., letrados patrocinantes del actor, en forma conjunta, en la suma de 8 (ocho) jus, en cada uno de los expedientes (conf. arts. 5, 6 bis, 7, cuarto párrafo, 8, 9 y cctes. de la Ley XIII N° 4).----------

------ Por ello, la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativo, de Familia y de Minería del Superior Tribunal de Justicia:----------

---------- **R E S U E L V E** ----------

------ **1°) CASAR** parcialmente la sentencia de fs. 242/247, registrada bajo el N° 25/2013 SIF, para **revocar** la imposición de las costas de la instancia anterior e **imponerlas** en el orden causado (art. 69, 2° párrafo del CPCC).----------
------ **2°) IMPONER** las costas por lo actuado ante este Superior Tribunal en el orden causado (art. 69, 2° párrafo, del CPCC), y fijar los honorarios de la Dra. J. D., letrada apoderada de la demandada, en la suma equivalente a 8 (ocho) jus en

cada expediente; y a los Dres. R. L. y L. S., letrados patrocinantes del actor, en forma conjunta, en la suma de 8 (ocho) jus, en cada uno de los expedientes, con más el IVA si correspondiere (conf. arts. 5, 6 bis, 7, cuarto párrafo, 8, 9 y cctes. de la Ley de Aranceles vigente).----------

------ **3º) AGRÉGUESE** copia certificada de la presente en los autos: "P., P. B. c/ C., J. L. s/ Restitución de menor" (Expte. N° 23343-P-2014).----------

------ **4°) REGÍSTRESE** y notifíquese; agréguense los recursos de queja correspondientes a los autos principales, y oportunamente devuélvanse.----------

La presente resolución se dicta por dos miembros de la Sala (art. 5to., Acuerdo N° 3204/00).----------

Fdo. Dres. José L. Pasutti y Jorge Pfleger.----------

-----Recibida en secretaría el 05/02/2015.----------

-Registrada bajo el N° 04/SRE/2015. Conste.----------

-Fdo. Claudia Tejada. Secretaria.----------