

_____ Salta, 23 de agosto de 2016.- _____

_____ **Y VISTOS:** Estos autos caratulados "F. E.Z, G. A. - GUARDA JUDICIAL" - Expte. N° 485546/4 del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil de Personas y Familia 6º Nom.; **Expte. N° 485546/14 de Sala,** y _____

_____ **C O N S I D E R A N D O** _____

_____ I) La Sra. M. L. M. deduce demanda a fin de solicitar la guarda de su nieto G. A. F. S., de 18 meses de edad, quien viviría junto a su madre, Sra. E. E. S., en su casa. Suscriben la presentación en conformidad, la madre y el abuelo del niño. _____

_____ A fs. 22 comparece la madre del menor y manifiesta que vive con su hijo y su madre, quien le proporciona a ella y a su hijo ayuda económica, ya que no cuenta con trabajo estable. Dice que la solicitud de guarda tiene por finalidad otorgar al menor, obra social y salario familiar. _____

_____ Comparece a fs. 46 el Sr. M. A. F., padre del niño, quien afirma desconocer que actualmente vive con sus abuelos y no formula objeción a la guarda solicitada por la Sra. M., en la medida en que ello sea beneficioso para su hijo. La sentencia en grado (fs. 59/60), desestimó la demanda con fundamento en que la finalidad de la acción era incluir al niño en la obra social de su abuela y que no se advierten circunstancias de especial gravedad que aconsejen desplazar a la madre del menor de su rol, para otorgar la guarda a la abuela, con la sola finalidad de proveerle los servicios médicos de la obra social. _____

_____ En su contra, interponen recurso de apelación, la Sra. Asesora de Incapaces N° 3, a fs. 61 y la Sra. M. a fs. 63. _____

_____ Al fundarlo (fs. 65/68), la actora afirma que el proceso de guarda es voluntario y que si ambos padres prestan consentimiento, el a quo debe resolver haciendo lugar a lo solicitado. Critica que se requiera una situación de especial gravedad para otorgar la guarda a la abuela, quien dice encontrarse a cargo del niño, como consecuencia de la incapacidad económica de la madre. Entienden que este proceso atenta contra la verdad jurídica objetiva y el rigorismo formal tiene como consecuencia la desprotección del derecho. Cita el segundo párrafo del art. 657 y considera erróneo que se afirme que se

desvirtúa la finalidad de la guarda, sin advertir que el menor reside en el inmueble de la actora y que la progenitora no tiene ingresos ni medios económicos para afrontar su crianza. Destaca que el mismo carece de servicios de salud, que la demora en el trámite provocó que no haya podido obtener aún los mismos, que la guarda tiene un fin asistencial y no persigue emplazar a la actora en un estado de familia distinto. Entiende que no se ha resguardado el bienestar del niño, por cuanto se lo priva de servicios de salud, se posterga la satisfacción de sus intereses y necesidades, que no admiten demoras. Concluye que no se hizo primar al interés superior del niño, ni se aplicó las disposiciones de la ley 26.061. Solicita se revoque la sentencia. _____

_____ La Sra. Asesora de Incapaces funda el recurso a fs. 70/73. Sostiene que se negó al niño G. A. F. S. la cobertura de la obra social de sus abuelos y los beneficios derivados de la seguridad social y de ese modo se ha vulnerado su interés superior. Afirma que habiéndose acreditado que G. A. se encuentra económicamente a cargo de sus abuelos, negarle ese derecho, es desconocer su calidad de vulnerable, violentándose las reglas de Brasilia. _____

_____ Sostiene que, sin desconocer la especificidad del instituto de la guarda, existen lagunas cuando se persiguen fines asistenciales y que en este caso se pretende que el niño acceda a los beneficios sociales de su abuela, pues de no ser así, el niño se encontraría en una situación de desamparo. Afirma que no puede desconocerse los fundamentos del CCCN, que establece la constitucionalización del derecho privado, persigue la igualdad real y protege a los vulnerables, que no se ha realizado una interpretación al caso concreto y que es deber del sentenciante resolver teniendo como paradigma el interés superior del niño. Que para ello, deben tenerse en cuenta las circunstancias particulares de cada caso. Solicita se revoque la resolución y se ordene incluir al niño G. A. F. S., en la obra social de su abuela materna, sin que ello implique delegar el ejercicio de la responsabilidad parental. _____

_____ II) La responsabilidad parental recae naturalmente en cabeza de los progenitores (art. 641 del CCCN). El art. 643 del CCCN faculta a delegar su ejercicio en el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, en concordancia con el art. 657, que regula el otorgamiento de la guarda a un

pariente. En este caso se otorga al guardador el cuidado personal del niño, quedando facultado a tomar decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que las responsabilidades parentales permanezcan en cabeza de los progenitores. La inclusión expresa de la guarda en nuestro ordenamiento, se verifica por la necesidad de otorgarle un marco jurídico estable y con reglas precisas, a decisiones judiciales que determinan la inserción de un niño en un grupo familiar diferente al de sus padres. Se pretende así dar una respuesta legislativa desde el ámbito civil que delimite los derechos y obligaciones emanados de la relación afectiva y jurídica entre el niño y su guardador, que hasta ahora ha sido informal (Lorenzetti, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, t. IV, pag. 385). ____

____ La previsión del artículo 643 del CCCN, que faculta a delegar el ejercicio de la guarda, es claramente de tipo excepcional, pues exige la concurrencia de varios elementos. En primer lugar, debe ser en interés del principal protagonista: el hijo. Luego, las razones deben ser justificadas, es decir expuestas y sometidas a valoración judicial. Pueden ser de diferente tenor; un viaje prolongado de los progenitores, dificultades laborales que entorpezcan un adecuado desenvolvimiento de la responsabilidad parental, o complicaciones en la salud física o psíquica de los progenitores. Todas circunstancias puntuales y concretas, cuya principal característica sea la provisoriedad. No se trata de una renuncia a la responsabilidad parental, sino una temporal delegación de su ejercicio (Herrera, Marisa – Caramelo, Gustavo – Picasso, Sebastián, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, T. II, pag. 491). _____

____ III) El caso que aquí se analiza, tal como lo afirma el juez en grado, con fundamentos que se comparten (fs. 59/60), no resulta susceptible de ser encuadrado en los supuestos excepcionales antes mencionados. En efecto, tanto en el escrito de fs. 8/10, cuanto en el informe ambiental obrante a fs. 37/38, se expone que G. A. vive con su madre, en casa de sus abuelos maternos. Si bien la progenitora, Sra. E. E. S.. se encuentra desempleada y subsiste con la ayuda de sus padres, es ella quien se ocupa del cuidado de su hijo. En la audiencia de fs. 22, la madre manifiesta que no cuenta con un

trabajo y solicita se otorgue la guarda para que el niño pueda contar con obra social y salario familiar. _____

_____ Se advierte sin embargo, que las dificultades económicas antes apuntadas no han impedido a la madre el ejercicio de las funciones inherentes a la responsabilidad parental. Por el contrario, en el informe de fs. 37/38 la Licenciada del Servicio Social del Poder Judicial manifiesta que el grupo primario no presenta problemas de salud, que ante cualquier requerimiento, asiste al centro de salud, de modo que el menor cuenta con la cobertura del sistema de salud pública y la sola finalidad de otorgarle una obra social, no luce como una razón suficientemente justificada, en los términos del art. 643 del CCCN. _____

_____ Es que el ejercicio de la responsabilidad parental excede la mera asistencia económica. Implica el cuidado personal del hijo en la vida cotidiana, su alimentación y educación. De las constancias de autos se desprende que ese rol es ejercido efectivamente por la madre, aún cuando tanto ella como su hijo, cuenten con el sostén económico de los abuelos y luce acertada la sentencia en crisis, en tanto desestimó la pretensión de la abuela de obtener la guarda de su nieto. Ello así además, en razón de que dicha pretensión devendría incompatible con la percepción de la Asignación Universal por Hijo que percibe la madre (cfr. fs. 28 y 37; ley 24714, t.o. decreto 1602/09). _____

_____ IV) En orden a lo solicitado, por la Sra. Fiscal Civil (fs. 56 y vta.) y por la Sra. Asesora de Incapaces N° 3 (fs. 57), en tanto sugieren transformar el proceso en una información sumaria y ordenar el otorgamiento de la obra social al niño, el argumento es reiterado por la Sra. Asesora de Incapaces en su memorial de agravios (fs. 72 vta.), oportunidad en la que invoca las disposiciones de la ley 23660 y específicamente lo preceptuado en el art. 9 de la norma, que dispone que pueden ser beneficiarios, las personas que convivan con el afiliado titular y reciban del mismo ostensible trato familiar, según la acreditación que determine la reglamentación. _____

_____ Si bien la pretensión de la actora no se adecua estrictamente a lo requerido por las representantes de los Ministerios Público Pupilar y Fiscal, en

causas que atañen a los niños, no estamos ante una temática civil o comercial ordinaria en la que impera el principio dispositivo y de congruencia. Por el contrario, ha de privilegiarse la regla opuesta; lo que significa que las facultades de las partes adultas cederán para dar paso a las atribuciones judiciales con el objeto de adoptar todas las medidas de oficio que se estimen menester (cfr. Mizrahi, Mauricio Luis, El proceso de familia que involucra a niños, La Ley 2012-F, 1101). Normalmente los juicios civiles y comerciales son un problema entre dos partes que discuten sus pretensiones ante un órgano jurisdiccional quien además de definir la controversia, debe controlar la forma como se desarrolla el litigio. Este esquema tradicional, se deja de lado o se relativiza en los procesos de familia cuando se discuten aspectos que interesan a menores (cfr. Medina, Graciela; Tenencia compartida de oficio y el principio de congruencia, La Ley, DFyP 2013 (mayo), 43). _____

_____ La Corte Federal se ha pronunciado en la misma línea al sostener que la natural condición de dependencia de la infancia hace necesario que las instituciones contribuyan a un resguardo intenso y diferencial, y particularmente cuidadoso, de los derechos y garantías que asisten a los niños; con el consecuente deber de los jueces a que ese resguardo tenga una efectividad directa como mandato de la Constitución. De ahí que se requiere disponer de medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad. En suma, el ordenamiento le impone a la magistratura el deber de supervisión; lo cual conlleva a una permanente y puntual actividad de oficio (CSJN, Fallos 331:2691; 331:941, cit. por Mizrahi, Mauricio Luis, op. cit.)._____

_____ V) A la luz de los principios antes expuestos, teniendo en cuenta lo solicitado en el punto III de la demanda (fs. 9) y la prueba ofrecida y advirtiendo que tal pretensión podría afectar eventualmente intereses de la obra social cuya cobertura se pretende, corresponde ordenar que en la instancia en grado, se transforme el presente en un trámite de información sumaria y previa intervención de la obra social de cuya cobertura goza la actora, se resuelva respecto del cumplimiento de los requisitos necesarios para que G. A. F. S., sea incorporado en calidad de beneficiario de la misma.

_____ El presente se resuelve sin costas, por no haber mérito para ello por no haber mediado sustanciación (art. 67, segundo párrafo del CPCC). Por ello y lo dictaminado por la Sra. Fiscal de Cámara, **ASI SE RESUELVE.** _____

_____ **REGÍSTRESE,** notifíquese y **BAJE.** _____
