PODER JUDICIAL DE NEUQUÉN

NEUQUEN, 10 de diciembre de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados **"A. J. E. Y OTRO S/ GUARDA"** (Expte. **EXP** Nº **71334/2015**) venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 2 - NEUQUEN a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHISINI** con la presencia del Secretario actuante Dr. Oscar **SQUETINO** y,

CONSIDERANDO:

I.- Que el peticionante interpone recurso de apelación subsidiario contra la providencia simple del 31 de julio del 2015 (fs. 13), presentando memorial a fs. 14/15.

Argumenta que la juez de grado incurre en incongruencia al ordenar la adecuación al nuevo código cuando la petición fue formalizada el 1 de julio del corriente año, siendo proveída recién el 31, y teniendo en cuenta que solo se pide la guarda con fines asistenciales, incluir a los menores en la obra social del requirente según trámite administrativo exigido por la misma.

Solicita se revoque el fallo recurrido y que se de curso al pedido.

La defensoría se expide a favor de la resolución impugnada (fs. 17).

II.- Que la decisión en crisis dispone que la parte deberá adecuar la pretensión de conformidad al nuevo Código Civil y Comercial, acompañando a su solicitud el convenio suscripto por los progenitores de conformidad a lo previsto en el art. 643 del mismo, dada la fecha de entrada en vigencia del nuevo ordenamiento.

Al resolver la reposición y confirmar el decisorio, la juez de grado amplía señalando que el nuevo

código es de aplicación al caso conforme art. 7 del mismo, que la guarda prevista requiere del acuerdo de los padres, que puede adecuarse la pretensión al art. 643 o al 675 para el caso del padre afín, debiendo entenderse la amplitud de responsabilidades que involucra, y readecuando el pedido o en su caso tramitar la afiliación a la obra social por la vía particular correspondiente.

De las constancias de autos, surge que el peticionante solicita la "guarda legal con fines asistenciales" de dos menores, hijos de su conviviente, con quien tiene otra hija, formando un grupo familiar, justifica su pedido en que es el único sostén económico de la familia y que los niños no cuentan con la asistencia de su padre biológico, siendo su intención incorporarlos a la obra social y percibir las asignaciones familiares pertinentes (fs. 11 y ss.).

Resulta asimismo que el escrito apelativo lleva la conformidad de la madre (fs. 15); y que al demandar se individualiza el domicilio del padre (fs. 12 vta.).

III.- Que abordando la cuestión traída a entendimiento, cabe citar en principio respecto a la vigencia de las normas contenidas en el Código Civil y Comercial, que su artículo 7 establece con claridad su aplicación inmediata a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes; concretamente, alcanzan al caso en estudio porque más allá de la fecha de la petición, aún no se ha dictado resolución definitiva.

Así, el artículo 674 del Nuevo Código establece expresamente: "Delegación en el progenitor afín. El progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por

razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio. Esta delegación requiere la homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente", y a continuación, el artículo 675 agrega: "Ejercicio conjunto con el progenitor afín. En caso de muerte, ausencia o incapacidad del progenitor, el otro progenitor puede asumir dicho ejercicio conjuntamente con su cónyuge o conviviente. Este acuerdo entre el progenitor en ejercicio de la responsabilidad parental y su cónyuge o conviviente debe ser homologado judicialmente. En caso de conflicto prima la opinión del progenitor. Este ejercicio se extingue con la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial. También se extingue con la recuperación de la capacidad plena del progenitor que no estaba en ejercicio de la responsabilidad parental." (cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 47 de la Const. Prov.; 640 inc. c, 643 y 657 del Cód. Civ. y Com.; y 234 del Cód. Proc.).

Una de las novedades del CCyC es, justamente, la posibilidad excepcional de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, bajo ciertas y específicas condiciones, y que puede derivar de la decisión de los progenitores (art. 643 CCyC) o de la judicial (art. 657 CCyC). Se cubre así un vacío legal que tantas complicaciones provocó a los operadores jurídicos, pues en aquellas situaciones en las cuales, fácticamente, los hijos/as convivían con otras personas que no fueran sus progenitores, se debían utilizar otras figuras jurídicas —como la guarda de personas o la tutela—, o creaciones pretorianas —las conocidas "guardas asistenciales" a los fines, por ejemplo, de obtener cobertura del servicio de obra social del abuelo respecto de su nieto a cargo—.

La previsión que realiza el artículo 643 es claramente de tipo excepcional, pues exige la concurrencia de varios elementos. En primer lugar —y no podía ser de otra manera—, esta delegación del ejercicio de la responsabilidad parental 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.

Pero, junto a los parientes, el artículo en comentario deja a salvo lo establecido por el art. 674 CCyC ¿De qué se trata? El Capítulo 7 de este Título VIII, en los arts. 672 a 676, regula las relaciones jurídicas que se generan en el ámbito de la familia ensamblada, dando así visibilidad jurídica a una realidad social instalada desde hace tantos años en el país, pero mantenida en las sombras. Surge así la figura del “progenitor afín”, cuya característica esencial es la convivencia (matrimonial o no) con el progenitor que tiene a su cargo el cuidado personal de un hijo/a (art. 672 CCyC). En este contexto, el art. 674 CCyC prevé la posibilidad de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en el progenitor afín, con determinadas características que se analizarán oportunamente, pero que sin ser necesariamente pariente asume la condición de posible sujeto de delegación. Así, la forma prevista es la de un convenio con homologación judicial, a cuyos fines resulta ineludible la escucha de la opinión del hijo, sin diferenciar

cuál sea la edad del mismo. Y se impone un preciso límite temporal a esta delegación, evidenciando la connotación de provisoriedad de la misma. No se trata de una renuncia o abandono en el ejercicio de la responsabilidad parental, sino de una delegación, condicionada y acotada en el tiempo, que dispone un plazo máximo legal de un año, pero que no necesariamente en todos los casos deba ser de un año, pues funciona como límite máximo, debiendo mensurarse en cada caso durante cuánto tiempo las razones esgrimidas justifican la decisión. Ahora bien, se admite también excepcionalmente, su renovación, con las mismas exigencias: intervención judicial, explicación y valoración de los motivos que justifican la prórroga y la participación de todas las partes involucradas —ello incluye, sin dudas, al hijo/a—. Ahora bien, tratándose de una delegación del ejercicio, la norma explícitamente dispone que la titularidad de la responsabilidad parental se mantiene en cabeza de los progenitores, una clara evidencia de que no se trata de una renuncia o abandono, y que dicha titularidad, a pesar de estar desmembrada del ejercicio, faculta a mantener el derecho de supervisión de la crianza y educación del hijo, disposición que refuerza la presencia de los progenitores en la vida de sus hijos sin perjuicio de la delegación efectuada.

Además, como requisito formal, la obligación de homologación judicial a este convenio se reduce a aquellos casos en los cuales el otro progenitor, esté en desacuerdo, pues se exceptúa en los supuestos en los cuales exprese su conformidad de modo fehaciente. Es que, como consecuencia de la delegación que uno de los padres efectúa en el padre afín, este último ejercerá en forma conjunta con el otro padre la responsabilidad parental respecto del hijo, por lo tanto, si todos están de acuerdo, es innecesaria la intervención judicial en función del ejercicio de la autonomía de la voluntad en el diseño de sus vidas familiares, y por efecto de

la noción de “desjudicialización” en la cual se enrola el CCyC. (Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, tomo II, Libro Segundo (Relaciones de Familia). Artículos 401 a 723. Dirección Editorial: Julián Álvarez. Coordinadoras Generales: María Paula Pontoriero, Laura Pereiras, Directores: Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso, Editorial: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, julio de 2015, ISBN: 978-987-3720-31-4, Id Infojus: LB000171).

De acuerdo a la novedosa normativa reseñada, ciertamente aparecen dudas de si el presente planteo requería ser judicializado, atento la expresa conformidad de la madre y el domicilio conocido del padre de los niños; luego, en su caso deberá el peticionante, tal como se le requiere, readecuar su petición a la nueva legislación, y fundamentalmente, definiendo qué supuesto de delegación invoca (cfme. arts. 643, 674 y 675) y en consecuencia contar con los consentimientos pertinentes y, de ser necesario, someterla a homologación judicial.

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteara el recurso, deberá rechazarse la apelación, confirmando la resolución recurrida en todo cuanto ha sido materia de agravios con las aclaraciones expresadas.

Por ello, esta **Sala III**

RESUELVE:

1.- Confirmar la resolución dictada a fs. 20/21, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios con las aclaraciones expresadas.

2.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dr. Oscar Squetino - SECRETARIO