

## Alimentos De Menores Guarda Cesacion Intempestiva Obligacion Alimentaria De La Guardadora

### JURISPRUDENCIA

### Alimentos de menores. Guarda. Cesación intempestiva. Obligación

alimentaria de la guardadora Se confirma la resolución que fijó una cuota alimentaria a cargo de la guardadora de la menor, la cual cesó intempestivamente el ejercicio de dicha guarda, generando tal ruptura un innegable perjuicio a la menor.

En la ciudad de Mar del Plata, a los 29 días de Noviembre de 2016, reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en el acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: "S., V. M. S/ MATERIA A CATEGORIZAR" habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Nelida I. Zampini y Rubén D. Gérez. El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes CUESTIONES: 1) ¿Es justa la sentencia de fs. 114/126? 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO: I) Dicta sentencia el Sr. Juez de Primera Instancia, resolviendo hacer cesar la guarda con fines de adopción ordenada a fs. 944/950 y fijar una cuota alimentaria a favor de la niña. V. M., S. a cargo de la Sra. A. V. P., por el monto de pesos cuatro mil (\$ 4000) mensuales, hasta nueva resolución, la que deberá dictarse una vez que otra familia asuma el cuidado material de la adolescente. Finalmente también le ordena el mantenimiento de la cobertura de una obra social de similares características a la que contaba. II) Dicho pronunciamiento es apelado a fs. 132 por la Sra. A.V. P., por derecho propio y con el patrocinio letrado del Dr. Hugo Dario Godas, fundando su recurso a fs. 134/148 con argumentos que merecieron respuesta de la Asesora de Incapaces a fs. 151/156. III) Luego de efectuar un extenso relato de los antecedentes de la causa, agravia a la recurrente que, en la sentencia apelada, la a quo resuelva imponerle una obligación alimentaria. Señala que el plazo de guarda pre-adoptiva está previsto para exponer en un periodo de tiempo, la idoneidad de los guardadores y probar y calificar la relación existente entre los pretensos adoptantes y el niño, y siendo que la convivencia con V. duró menos de un año, en el cual se hicieron todos los intentos razonables para afianzar el vínculo, no resulta ajustado a derecho que se le obligue a cubrir una cuota alimentaria hasta que otra familia asuma su guarda. Cita jurisprudencia y doctrina en apoyo a su tesis. Sostiene que si bien el decisorio en crisis califica a su pedido de cese de guarda de intempestivo, dicha calificación es infundada pues no solo se detallaron los motivos específicos de la decisión sino que se habían adelantado las dificultades que existían en la vinculación con la menor. Argumenta que "De ninguna manera, la manifestación de cese fue INTEMPESTIVA, ni sorprendió al Juzgado, ni a la Sra. Asesora de Menores, ni al resto de los operadores intervinientes. Por ello, es que la Sra. Jueza de Grado comete un error al manifestar en la sentencia recurrida, como argumento de la resolución, que la Sra. P. realizó una MANIFESTACIÓN INTEMPESTIVA al momento de solicitar en una audiencia el cese de la guarda..." (textual). Señala que tampoco resulta ajustado a derecho que la denominada "solidaridad familiar" resulte la causa de la obligación alimentaria, ya que ello no posee sustento alguno pues no existe vínculo jurídico entre la niña y la guardadora. Expresa que en caso de autos no se dan ninguno de los supuestos que enumera el art. 676 del Cód. Civil y Comercial como para plantear una analogía del carácter y la gravedad que se ha aplicado en el fallo en crisis, en razón de que no existe entre las partes relación jurídica alguna y a su vez "...el codificador impuso la figura del progenitor afín suponiendo la preexistencia de una pareja conyugal entre el progenitor (conviviente o no con el menor) y el que ocupará el lugar de padrastro o madrastra. Por ello el art. 676 del CCC establece como primera característica de esta obligación alimentaria, la SUBSIDIARIEDAD. es decir, que los obligados principales siguen siendo los progenitores del hijo..." (textual). Señala que en base a la naturaleza del artículo 676 del CCyC y la causa fuente del instituto, resulta una obviedad de que en esta causa exista preexistencia de una pareja, como para ubicar a la Sra. P. como un progenitor afín a los fines alimentarios. Asimismo, entiende que tampoco se encuentra cumplido el requisito de la subsidiariedad, toda vez que el estatuto aplicado encuadra en una relación entre adultos respecto a hijos preexistentes, el cual no es el caso de la guarda con fines de adopción. Expresa que "...aunque la sentencia recurrida no lo mencione así, vivo la fijación de una cuota alimentar y el sostenimiento de la obra social para la niña V. M. S. como la exteriorización de la aplicación de una sanción. Esa sanción no encuentra sustento en la legislación vigente, que no prevé sanción alguna para el desistimiento de la acción de adopción..." (textual). En segundo término, se agravia del plazo por el cual deberá prestar la obligación alimentaria, pues se ha dejada condicionada la obligación "...a dos factores: hasta una nueva resolución, sin indicar a qué tipo de resolución se refiere ya sea de adoptabilidad o de guarda de hecho o de guarda con fines de adopción; y que dicha resolución deberá dictarse una vez que otra familia asuma el cuidado material de la adolescente: esta es otra condición totalmente atemporal, en contradicción con la normativa citada por el mismo (art. 676 CCC)..." (textual). Sostiene que la ley

establece una limitación en el tiempo y dicha duración es proporcional a la duración de la vida en común, no habiendo sido tratado este punto en el decisorio en crisis, aunque más no sea para justificar su apartamiento. Finalmente se agravia del monto fijado como cuota alimentaria, pues entiende que resulta excesivo y desproporcionado, pues no se ha valorado debidamente el caudal económico de la persona alimentante. Señala que no resulta real que sus ingresos alcancen la suma de \$ 40.000 mensuales, sino que por el contrario los mismos oscilan en la mitad del monto afirmado por la jueza de grado, por lo que la obligación impuesta afecta directamente el 20% de sus ingresos.

IV) Antecedentes de la causa: a) A fs. 78 surge el informe de la Consejera de Familia, Dra. Paulina Riera, de fecha 28/5/2015 donde hace saber la existencia de un legajo de aspirantes a guarda con fines de adopción perteneciente a la Sra. A. V. P.; b) A fs. 80 y fs. 81/vta. surgen informes de la perito psicólogo y de la Lic. Trabajadora Social las que dictaminan que la Sra. A. V. P. cuenta con las habilidades adecuadas para ejercer las funciones inherentes al rol materno. c) A fs. 82 obra glosada resolución del 29 de mayo de 2015 que resuelve declarar apta a la Sra. A. V., P. como aspirante a guarda con fines de adopción. d) A fs. 83 surge acta del 3/6/2015 donde la Sra. P. manifiesta ante la Consejera de Familia, Dra. Paulina Riera, que acepta iniciar una vinculación de tipo cautelar -guarda simple- con la niña V. S., asumiendo el riesgo emocional que ello conlleva. e) A fs. 86/vta. surge acta de la audiencia celebrada el 30/06/2015 ante la jueza de grado donde la menor V. S. manifiesta que quiere irse a vivir con la Sra. P., y esta última relata las distintas actividades que han compartido con la niña y el grupo familiar de la Sra. P.. f) A fs. 93/99 se encuentra glosada la resolución de la a quo, del 9 de octubre de 2015, en la cual se le otorga a la Sra. A. V. P. la guarda judicial con fines de adopción de V. M. S.. g) A fs. 104 surge audiencia del 23/6/2016 entre la Sra. P., la Sra. jueza de grado, la Consejera de Familia e integrantes del equipo técnico del Juzgado de Familia, en la cual la guardadora manifiesta que quiere que la menor se vaya de su casa. h) A fs. 105 se encuentra glosada el acta de actuación del 24 de junio de 2016, en la cual la Consejera de Familia, Dra. Riera y el secretario, Dr. Diego Spinelli, conjuntamente con el Lic. Codias y la secretaria de la Asesoría de Incapaces N° 3, Dra. Carla Reda, informan sobre el contacto personal mantenido con la menor V. S. y se le hace saber el cese de la guarda. i) A fs. 107/113 surge escrito de la Sra. Asesora de Incapaces, Dra. Adriana Varela, en el cual solicita se fije cuota alimentaria a favor de su representada, V. S. y a cargo de la Sra. A. P., guardadora preadoptiva. j) A fs. 114/126 surge resolución de la Jueza de grado que resulta aquí apelada.

V) Pasaré a analizar los agravios planteados: V. a) Primer agravio: sanción u obligación alimentaria. En primer lugar debo señalar que la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 5°) y la forma en que se ha concretado este mandato en la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, ley 26.061, y su reglamentación, el decreto 415/2006, artículo 7, evidencian un concepto amplio de familia. Además de los progenitores, incluye a las personas vinculadas a los niños a través de líneas de parentescos de consanguinidad o afinidad, con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad. Así el art. 7 del Dec. 415/2006 establece que podrán asimilarse al concepto de familia "...otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal, como así también en su desarrollo, asistencial y protección...", como podrían ser los guardadores con fines de adopción (Cfr. Kemelmajer de Carlucci - Herrera - Llovera; Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014, T. IV, Edit. Rubinzal-Culzoni, Sta Fé; 2014, pág. 226). Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño en varios artículos menciona otras categorías en las que se encuadra la figura de los guardadores: "...otras personas que cuidan de él" (art. 23), "...personas que sean responsables del mantenimiento" (art. 26) y "...personas encargadas del niño" (art. 27). Al mismo tiempo cuando se analizan las obligaciones que le corresponden a quien fuera la guardadora de una niña, debe valorarse el moderno principio jurídico de la socioafectividad, que es aquel elemento necesario de las relaciones basadas en hechos conjugados con el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo. Este criterio socioafectivo -como bien señala la Dra. Herrera- se torna hoy al lado de los criterios jurídicos y biológicos, en un nuevo criterio para establecer la existencia del vínculo parental y se funda en la afectividad en mejor interés del niño y de la dignidad de la persona humana (cfr. Herrera, Marisa; Socioafectividad e infancia ¿De lo clásico a lo extravagante? en obra colectiva: Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes, T. I, Dir. Fernández, S., Edit. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2015, pág. 977; en similar sentido: Pérez Gallardo, Leonardo; Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión ab intestato ¿una ecuación lineal?, en RDyF N° 51, septiembre 2011, Abeledo-Perrot, Bs. As., pág. 261 y 262; González de Vicel, Mariela, Guarda de hecho y adopción, pub. en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2016-1, Derecho de Familia - I, Edit. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2016, pág. 328). Trasladando estos conceptos al agravio de la Sra. P., en cuanto a que no existe solidaridad familiar para imponerle una obligación alimentaria, entiendo que no le asiste razón. Si bien es cierto que la recurrente no llegó a ser madre adoptiva de la menor V. S. sí ha existido, durante el lapso de un año, un vínculo socioafectivo que se fue formando a partir del día en que la Sra. P. asumió voluntariamente la obligación de ser la guardadora de la niña y que a partir de la decisión asumida por la guardadora se ha visto interrumpido ocasionando un daño en la vida de la menor, por lo que se debe considerar a la guardadora como "madre solidaria" o "progenitora afín". Asimismo, a partir de ello también considero que resulta ajustado a derecho la

aplicación analógica efectuada por la jueza de grado respecto de la obligación alimentaria del padre afín que estipula el art. 676 del Código Civil y Comercial.. Es que si bien el trato del progenitor afín es asimilable al de un padre, el de la guardadora que asumió el cuidado de la niña con la específica finalidad de emplazarse en el estado de familia de progenitora es superior, pues se crea -en estos casos de guarda- un vínculo inclusive más cercano que el del progenitor afín, porque la guardadora le ha dado a la niña un trato de hija propia (cfr. Duprat, C. - Fernández, S. - González de Vicel, M. - Herrera, M.; Adopción, pub. en Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014; T. V-B, Edit. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2016, pág. 93). Por otra parte, es importante destacar que en el art. 3 inc. f) de la ley 26.061 expresamente se contempla que "Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros...". Ante lo cual, no queda duda que más allá de los derechos que crea lesionados la recurrente, que merecen su consideración en sede judicial con el fin de que se protejan sus intereses particulares o privados, también es cierto que frente a la pugna de aquella con los intereses "superiores" de la niña, es esta última el eje en el cual debe girar la aplicación de normas legales con el fin de lograr su adecuada protección. A partir de ello, y de los agravios expuestos por la Sra. P., me encuentro ante dos intereses en pugna, por un lado y tal como expone la ex guardadora, esta no tiene actualmente un vínculo jurídico con la niña, pero por otro lado, es innegable la situación de vulnerabilidad en la que la decisión unilateral de la adulta, de dar por concluida la guarda, afecta a la menor V. S.. En tal sentido nuestro Máximo Tribunal Provincial ha sostenido -en un caso de similares características al de autos-, que "...mantener la prestación alimentaria, tal como se asumió en la guarda, es una consecuencia natural de las decisiones tomadas por los adultos. Lo contrario significa desproteger al niño y privilegiar a los adultos premiándolos en su irresponsabilidad..." (S.C.B.A., in re "A., F. A., A., E. J., A., O. E. Art.10, ley 10.067", pub. en L.L. del 26/7/2016, pág. 4, con comentario de Fernández, S., La protección de derechos del niño. Visibilidad lo... ¿visible? Infancias en penumbras). Finalmente, en relación al agravio de la Sra. P. en el cual sostiene que su decisión de dar por concluida la guarda no ha resultado intempestiva, considero que tampoco le asiste la razón. El cese de guarda efectuado en la audiencia del 23 de junio resultó intempestiva, pues no solo no surge de autos ninguna presentación previa por parte de la guardadora que alertara a la jueza o a los demás operadores el desenlace de esta situación, sino que además es la propia Sra. P. quien en la audiencia manifiesta que "...su intención es cesar la guarda con fines de adopción con V.. Que en realidad no ha logrado generar un vínculo de madre con V. que ella lo venía trabajando con su psicóloga pero no dijo nada al Juzgado. Que su intención es el egreso inmediato de V. de su casa..." (ver fs. 104, el resultado me pertenece). Conforme con todo lo expuesto, y ante la decisión de ruptura intempestiva de la relación de familia o de "progenitora afín" que mantenía la Sra. V. P. con la niña V. S., con la cual convivió un año, entiendo que -sin hacer una valoración de lo que pudo considerar la apelante en su esfera íntima para tomar tal decisión- la solución adoptada en el decisorio en crisis resulta ajustada a derecho como consecuencia del perjuicio que indefectiblemente le ha causado a V. tal ruptura; esta situación califica como un auténtico "daño" en tanto lesión a un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico (art. 1737 Cód. Civ. y Com.). Como bien señala la Cámara de Apelación Civil y Comercial de San Martín, en casos donde existe una ruptura intempestiva de la guarda se le genera a la niña una pérdida de chance pues "... mientras los niños se encontraban al cuidado de los ahora apelantes, han perdido la "probabilidad objetiva" de poder ser parte de otra familia que los acoja, siendo que es de público conocimiento la gran cantidad de personas que se encuentran inscriptas en el registro central de guardadores con fines de adopción que anhelan adoptar un niño." (Cám. Apel. Civ. y Com., Sala I, San Martín in re "L., M. A. y otro s/ adopción - acciones vinculadas" del 29/09/2015, pub. en DFyP 2016 (febrero) del 4/2/2016, pág. 51; LLBA2015 (diciembre), pág. 1254, cita online: AR/JUR/54081/20159). En definitiva, entiendo que la voluntaria asunción del rol de guardadora por parte de la Sra. P. no puede ser dejada de lado unilateralmente y de forma intempestiva por ésta través del alejamiento físico de la niña, ya que tal investidura debe ser asumida con responsabilidad, pues la guardadora constituyó en ese periodo de tiempo un pilar trascendental en la vida de V. y si permitiéramos sin más que las figuras que cimientan la vida de los niños y adolescentes cumpliendo roles vitales para éstos queden sujetas a la simple voluntad de quienes asumen dichas funciones, importaría desconocer el interés superior de los más vulnerables (arts. 3 de la CDN, 3 de la ley 26061; cfr. Lamm, E. - Molina de Juan, M., Alimentos en las nuevas formas familiares, en obra colectiva: Alimentos, T. I, Dir. Kemelmajer de Carlucci- Molina de Juan, Edit. Rubinzal - culzoni, Sta. Fe, 2014, pag. 381). Por las razones expuestas se rechaza el agravio traído a esta instancia (arts. 3, 5, 23, 26, 27 y ccdds de la CDN; 3, 7 y ccdds. de la ley 26.061, 672, 676 y c ccdds. del Cód. Civ. y Com.). V. b) Segundo agravio: plazo de la obligación alimentaria. Entiendo que en este agravio le asiste razón a la recurrente, ello en razón de que resulta arbitrario fijar un plazo indeterminado por el que deba realizarse la obligación alimentaria. Ello en razón de que a partir de los lineamientos receptados en el nuevo Cód. Civil y Comercial, en materia de alimentos y los que establece el art. 676 in fine, parece razonable establecer un límite temporal a la obligación alimentaria que debe asumir la Sra. V. P.. Ante lo cual considero que la obligación de prestar alimentos a la niña no puede superar el plazo razonable de un (1) año, que es el lapso que la guardadora ha cuidado de V., siendo coherente que no deba

superar la cantidad de años de la obligación, el período que la ha tenido en guarda (Cfr. art. 676 in fine del Cód. Civil y Com.). En consecuencia, entiendo adecuado que la obligación alimentaria de la Sra. A. V. P., cese al cabo del plazo de un año, contado desde la fecha de la resolución del cese de la guarda (8 de agosto de 2016) o con la guarda de la niña otorgada a otra persona, lo que ocurra primero.

V. c) Tercer agravio: monto de la cuota alimentaria. En primer término debe valorarse que la extensión de la cuota ordinaria de alimentos no solo comprende los rubros de alimentación, vivienda y educación, sino que además también abarca los gastos de asistencia y gastos por enfermedad, vestimenta -el que varía según las edades de los alimentados-, esparcimiento y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio (cfr. art. 659 del Cód. Civ. y Com.). Establecido lo anterior, discutida la cuantía de la cuota alimentaria fijada por la Sra. Juez de grado, corresponde verificar si la misma se encuentra ajustada a derecho (argto. arts. 375, 384, 385/ 393, 647 y conds. del CPC; arts. 658, 659, 660, 661 y conds. del Cód. Civil y Com. de la Nación; Conf. Aída Kemelmajer de Carlucci-Mariel Molina de Juan, obra cit., T II, pág. 45 y ssgtes.; Belluscio, Claudio, obra citada, pág. 325 y ss.; Jurisp. esta Sala, causa N°152.868, RSD-131-13 del 20-08-13). Todo ello sin dejar de tener en consideración que el quantum alimentario no debe constituir una ecuación matemática, resultando indispensable la ponderación justa y equilibrada de todas las circunstancias que justifican el monto de la cuota evitándose, de tal modo, que la cuantía de esa pensión revista carácter arbitrario (arts. 658, 659, 660, 661 y conds. del Cód. Civil y Com. de la Nación; Jurisp. esta Sala, causa N°156.779, RSD 15/15 del 19/02/15; SCBA, Ac. 117.566, sent. del 23/12/14). Es dable resaltar, al respecto, que en sub lite se ha producido prueba directa que permite corroborar las circunstancias atinentes a la fijación del monto de la cuota alimentaria. Así, de la comunicación de modificación del legajo de aspirantes a guarda con fines de adopción surge que la Sra. V. P. ha denunciado que a noviembre de 2014 percibía por su actividad profesional un ingreso mensual de \$ 20.000 (ver fs. 79). Por otra parte de la entrevista que mantuvo la recurrente con la perito trabajadora social, Lic. Paola Fernández, surge que la Sra. P. se desempeña como odontóloga, desarrollando su profesión en una clínica propia (ver informe a fs. 81). Como resultado de ello y valorando que la capacidad económica de la Sra. V. P., como consecuencia del proceso inflacionario en el cual se encuentra inmerso nuestro país, a la fecha es mucho mayor a la que denunció hace dos años atrás; entiendo que el monto de la cuota alimentaria mensual fijada por la jueza de grado (\$ 4000) se encuentra ajustada a derecho (arts. 658, 659 y conds. del Cód. Civil y Com. de la Nación; 375, 384, 394, 474 y conds. del CPC). Respecto al pago de la obra social, en tanto no fue objeto de recurso en el agravio relacionado con el "monto de la cuota?" debe mantenerse valorándose que la juez de grado deberá establecer pautas para la justificación mensual de su pago. En cuanto al destino de los fondos que se obtengan en concepto de "alimentos", la juez podrá establecerlos previo dictamen de la Asesora de Incapaces.

ASI LO VOTO. El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO: Corresponde: I) Rechazar los agravios traídos a esta instancia por el apelante de fs. 132, respecto de la imposición de la cuota alimentaria y su monto, y hacer lugar al agravio del plazo de la obligación alimentaria y, en consecuencia, modificar parcialmente, la sentencia recurrida con los alcances fijados en el punto V. b) II) Imponer las costas de Alzada a la recurrente, quien sólo deberá asumir los honorarios de su propia letrada, ya que no hay contraparte con quien distribuirla (art. 68 del C.P.C). III) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904).

ASI LO VOTO. El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos. En consecuencia se dicta la siguiente;

SENTENCIA Por los fundamentos dados en el precedente acuerdo: I) Se rechazan los agravios traídos a esta instancia por el apelante de fs. 132, respecto de la imposición de la cuota alimentaria y su monto, y se hace lugar al agravio del plazo de la obligación y, en consecuencia, se modifica parcialmente, la sentencia recurrida con los alcances fijados en el punto V. b). II) Se imponen las costas de Alzada a la recurrente quien sólo deberá asumir los honorarios de su propia letrada, ya que no hay contraparte con quien distribuirla (art. 68 del C.P.C). III) Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 8904). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C). Devuélvase.

NELIDA I. ZAMPINI - RUBÉN D. GÉREZ. Marcelo M. Larralde Auxiliar Letrado Correlaciones:  
I., J. M. s/protección especial - Corte Sup. Just. Nac. - 07/06/2016 011691E