**Registro N° 134 /2020**

**Folio 862/866**

En la ciudad de Pergamino, el 29 de septiembre de 2020, reunidos en Acuerdo Ordinario los Sres. Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Pergamino, para dictar sentencia en la causa N° 3842-20 caratulada **"OLGUIN, DANIELA MARINA S/ DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD JURIDICA (425)"**, Expte. 45666 del Juzgado en lo Civil y Comercial N° 1, se practicó el sorteo de ley que determinó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: BERNARDO LOUISE, RENATO SANTORE, y estudiados los autos se resolvió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S:

I) ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

II) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el señor Juez Dr. Bernardo Louise dijo: El Sr. Juez de la instancia anterior dictó sentencia y declaró la incapacidad para el pleno ejercicio de la capacidad jurídica de DANIELA MARINA OLGUIN, D.N.I. 28.499.597, nacida el día 12 de febrero de 1981. Designó curadora de la causante a su madre, Doña NORA ADRIANA OLGUIN, D.N.I. 14.725.935, la que representará a la causante en el ejercicio de las actividades o hechos jurídicamente relevantes relacionados con la esfera de sus intereses y derechos. Le impuso además luego de que acepte el cargo, el compromiso de cuidar a la persona de la causante, sus bienes, procurando que recupere su salud, todo ello, sin perjuicio de tener que solicitar autorización al Juzgado para la concreción de actos de contenido patrimonial que afecten el interés de su hija. Autorizó a la Curadadora, una vez aceptado el cargo, a percibir los haberes que, en concepto de pensión, le correspondan a DANIELA y, poniéndola en conocimiento que la aceptación del cargo, como también la obligación de rendir cuentas semestralmente. Ordenó dar intervención a la asistente social que corresponda para que cada seis meses mantenga al Juzgado informado del cumplimiento del régimen de asistencia asignado, especialmente aquellos que se relacionan con su salud. Dispuso también que la sentencia deberá ser revisada en un plazo máximo de tres años y que previo a la finalización de dicho plazo se volverá a evaluar a la causante a fin de determinar si corresponde modificar los términos de la presente (Arts. 40 y 47 C.C.C.N.).

La Sra. Asesora de Incapaces, Dra. Gabriela S. Masciotta, en fecha 10 / 12 / 2019 interpone recurso de apelación contra lo decidido y concedido en mismo, expresa agravios por medio electrónico de fecha 19 / 12/ 2019.

En 07 / 07 / 2020, se llaman los autos para sentencia, no obstante el día 23 de julio de 2020 este Tribunal ordena que por intermedio de la Asesoría Pericial Dptal., el Sr. Perito psiquiatra informe sobre los puntos que se le proponen.

Que por medio de presentación electrónica de fecha 11/9/2020 se allega el informe de la Asesoría Pericial Dptal. y se llaman los autos para sentencia providencia que firme a la fecha deja a la causa en condiciones de ser fallada ( arts. 263 / 267 CPC., arts. 168 y 170 de la Const. Prov. Bs. As.).

I ) Agravios de la Sra. Asesora de Incapaces:

Primeramente se duele de la sentencia, en tanto declaró la incapacidad de su asistida cuando no se dan en la especie los supuestos excepcionales de la normativa de aplicación ( art. 32 C.C.C.). Dice que, si bien D.M.O., tiene dificultades para movilizarse ello no la imposibilita para interactuar en el medio.

Expresa, que la misma progenitora manifestó la intención que su hija desarrolle actividades fuera de su domicilio como en el Hogar Corazón Valiente que ofrece distintos talleres para personas con discapacidad.

Se agravia también en la designación de la Curadora por cuanto el supuesto de restricción de la capacidad de autos no procede tal figura sustitutiva sino persona de apoyo en los términos del art. 43 C.C.C.

Por lo expuesto concluye que la sentencia apelada no resulta ajustada a derecho por lo que pide se revoque la misma.

En tarea de decidir soy de opinión que el recurso de apelación deducido no puede tener acogida favorable.

No hay discusión alguna en relación a la aplicación inmediata de la legislación en los términos del art. 7 del C.C.C., no obstante la fecha de inicio de las presentes actuaciones y que aún la sentencia dictada no se halla firme por lo que estaríamos ante un trámite no concluido ni ha causado estado por lo que no cabe duda de la aplicación de la ley vigente ( Cfr. Kemelmajer de Carlucci Aída: " La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes ", Ed Rubinzal Culzoni p. 62 / 65 ).

Así, en lo que aquí interesa destacar resulta de aplicación la normativa del Código Fondal ( arts. 31 a 50 ) que se complementa con la ley específica N° 26. 657. Esta última en su **art. 3°**, textualmente reza: " ... En el marco de la presente ley se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona. Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas....". Y, el **art. 5** dice: "... La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado...".

Por su parte el nuevo Código Civil y Comercial en su **art. 23** expresamente dice: " ... Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial. Seguidamente en el **art. 24** dispone: "... Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio: ... c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión...". Y, finalmente en lo que aquí respecta el **art. 32** establece: "... Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el **artículo 43**, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador...". Finalmente en lo que aquí interesa el **art. 37** C.C.C. dice: " ... . La sentencia se debe pronunciar sobre los siguientes aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso: a) diagnóstico y pronóstico; b) época en que la situación se manifestó; c) recursos personales, familiares y sociales existentes; d) régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible. Para expedirse, es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario...".

De la lectura de ambos textos complementarios dócilmente se establece que la limitación absoluta de la capacidad se presenta como una excepción excepcionalísima, solo reservada para supuestos extremos en donde el individuo se encuentra absolutamente imposibilitado de expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de acompañamiento o apoyo resulta ineficaz ( art. 32 C.C.C.). Es decir cuando la persona se encuentra en absoluta falta de habilidad para dirigir su persona o administrar sus bienes ( estado de coma, padecimientos mentales profundos que impiden tomar decisión alguna ).

He de destacar que según surge de las constancia de la causa en la sentencia dictada en autos el 18 de mayo de de 2005 ( fs. 38/ 39 ) se declaró la insanía del causante en virtud de poseer un retraso mental moderado. Se fundó en los arts. 384, 439, 456, 474, 618, 620, 622,626/7 y ccs CPCC, y en los arts. 79/80, 140/2, 144, 147, 152 bis, 468, 476 y ss del Código Civil, entonces vigentes. Así, de conformidad a dicha normativa, su incapacidad revistió el carácter de total y aparejó como consecuencia la designación de su madre como curadora para la celebración de todos los actos de la vida civil, suplantando la voluntad del mismo.

Cabe aquí traer lo ya dicho por este Tribunal, dada la similitud, en la causa N° 2634-16 " ... Sin embargo, actualmente rige el Código Civil y Comercial, que adopta un nuevo paradigma en la condición de las personas ya que deja de considerarlas portadoras de una patología que las “discapacita”, y establece que la capacidad será el principio a partir del cual, eventualmente, podrán disponerse restricciones puntuales y no interdicciones generales sobre la misma, en tal sentido en el Capítulo 2° “Capacidad” del Título I del Libro I Parte General, en su Sección 3a. las "Restricciones a la capacidad" el art. 31 enuncia los principios en la materia. El art. 32 dispone que puede restringirse la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración permanente o prolongada de suficiente gravedad siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o sus bienes -por derivación del principio de presunción de la capacidad general de ejercicio de la persona humana-; que anteriormente ya había sido recepcionado en la Ley de Salud Mental N° 26657. La causa del dictado de ambas normas es el compromiso asumido por el país con la aprobación de dos convenciones internacionales que obligaban a modificar el escenario existente en materia de capacidad jurídica y ejercicio de derechos de las personas con discapacidad: la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad —ley 25.280—y, la Convención de Personas con Discapacidad -ley 26.378-. Esta última Convención ha recibido recientemente rango constitucional y ambos instrumentos ostentan jerarquía superior a las leyes (art. 31 CN), lo que obliga al Estado, en el marco del control de convencionalidad, a adecuar sus normas -tanto de fondo como procedimentales- a los nuevos paradigmas contenidos en estos documentos y otros del derecho internacional en la materia.

El último párrafo del art. 32 contempla como supuesto de excepción que puede declararse la incapacidad exclusivamente para el caso en que la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz.

El Código exige así un criterio objetivo, que excede a un diagnóstico de la persona y/o a su pertenencia a un grupo social, pues califica la “situación” de la persona: absoluta imposibilidad de interacción y/o comunicación por cualquier modo, medio o formato adecuado. La imposibilidad no es cualquier dificultad o complejidad, sino que debe ser un impedimento de carácter absoluto, tal como exige la norma. Se trata de aquella persona que se encuentra en situación de ausencia de conciencia de sí, de su alrededor, carente e imposibilitada de comunicación con el entorno, con otras personas, y por todo lo cual un sistema de apoyo aparece insuficiente, y corresponde entonces la figura de un curador que ejerza representación pura (cfr. Cod. Civ. y Com de la Nación Comentado, Lorenzetti, T° I, Ed- Rubinzal Culzoni, Bs. As.2014, pags. 139/54; http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC\_Comentado\_Tomo\_I%20(arts.%201%20a%20400).pdf., comentario art. 32).- ( Cfr. este Tribunal, causa citada N° 2634-16, RSD N° 118 /2016 del 15 de diciembre de 2016).

Sentadas tales premisas, he de examinar todos los aspectos vinculados a la causante tal como dispone el art. 37 del nuevo ordenamiento jurídico civil y comercial, a fin de determinar si el fallo impugnado se ajusta a derecho actualmente vigente .

En la pericia realizada a fs. 82 por los peritos psicólogo y psiquiatra del Juzgado de Familia N° 1, qu se ha consignado que el diagnóstico de la Sra. D.MO. “Retraso Mental Moderado" secuencia de meningitis y su pronóstico "Reservado", que la enfermedad se manifestó en la primera infancia. Respecto de sus Capacidades residuales y sus consecuencias en la vida de relación allí se consignó: "Puede desarrollar habilidades sociales, de comunicación y laborales adecuadas para una autonomía mínima, pero puede necesitar supervisión, orientación y asistencia, especialmente en situaciones de estrés social o económico desusado. Contando con apoyos adecuados puede vivir satisfactoriamente en la comunidad o en establecimiento supervisado. Se traslada acompañada en silla de ruedas. No habla. No conoce el valor del dinero. No lee ni escribe. No conoce fecha ni hora. No puede atender a su propio cuidado personal, requiere asistencia continua y permanente. Disminución visual e hipoacusia se alimenta por botón gástrico con alimento especial. No realiza tratamiento médico psiquiátrico ni psicológico. Vive con su madre Nora Adriana Olguin, quien la acompaña a la entrevista.

Al respecto cabe aclarar que la primer pericia realizada en autos en el año 2005, que obra agregada a fs. 26 (en la que se sustenta la sentencia dictada a fs. 38/392 ) que declaró la insanía de la causante, se había consignado diagnóstico retraso mental moderado, con pronóstico irreversible. A pesar del tiempo corrido entre los informes fundantes de las sentencias, la dolencia se ha mantenido.

Que resulta concordante el informe socioambiental de fs. 89 / 90, en donde la Sra. Perito de intervención da cuenta que la joven se halla limitada para desenvolverse por si sola en el medio social familiar, que no posee dominio para concretar hábitos aprendidos de higiene, aseo, vestido requiere de la ayuda y asistencia de su madre.

Lo allí peritado que motivó la sentencia apelada y si bien el informe de fs. 82 luce en principio contradictorio lo informado por el nuevo dictamen pericial en relación a la causante, no quedan dudas de la incapacidad para el pleno ejercicio de la capacidad jurídica de D.M.O.

Así el Experto dijo: " ... Al punto a) Diagnóstico, pronóstico, carácter permanente o no de la afección de Daniela Marina Olguín: en base a la Pericias obrantes a fs. 26/vta.; y fs. 82 / vta. la misma presenta un Diagnóstico de Retraso Mental Moderado, el pronóstico es reservado, y desde el punto de vista médico y al presente, las características de su padecimiento son permanentes. Al punto b) en base a Pericias obrantes a fs. 82/vta. y a fs. 89 y 90 su estado no le permite expresar su voluntad. Al punto c) en base a las Pericias obrantes a fs. 26, 82 / vta., 89 y 90 padece de un déficit intelectivo que le produce un juicio crítico insuficiente que le impide dirigir su persona y administrar sus bienes., ... , Al punto e) en cuanto a aclarar el informe de pericia obrante a fs. 82 / vta. En el mismo los dos primeros párrafos se refieren en forma general a los cuadros de Retraso Mental Moderado, los párrafos siguientes, sí se refieren en forma particular a lo que presenta la Sra. Olguín Daniela Marina...".

Así a las dos pericias médicas psiquiátricas reseñadas, coincidentes en sus diagnóstico y pronóstico se aduna con mayor claridad el informe médico acompañado electrónicamente en fecha 11 / 09 / 2020.

**Entonces** a las ya descriptas imposibilidades de desenvolvimiento personal, interacción es claro que su estado no le permite interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, ni administrar sus bienes. La sentencia de grado, ha sido dictada en los términos del art. 37 C.C.C. y conforme a las constancias y prueba rendida por lo que merece su confirmación

Es que, nos encontramos frente al supuesto de excepción previsto en el último párrafo del art. 32 del Código Civil y Comercial y para la que el sistema de apoyos resultaría ineficaz, por lo que resulta ajustado a derecho la designación de la Curadora.

En atención al modo en que quedó resuelta la cuestión el segundo de los agravios también debe desestimarse toda vez que el art. 32 in fine establece que al declarar la incapacidad corresponde designar en curador. ( arts. 31, 32, 37, 38 y ccds. del Cód. Civ. y Com. y los arts. 3, 12 y ccds. de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ley 26.378 ).

Por las razones dadas, citas legales de referencia

VOTO POR LA AFIRMATIVA

A la misma cuestión el señor Juez Renato SANTORE por análogos fundamentos votó en el mismo sentido.-

A la SEGUNDA CUESTION el señor Juez Bernardo LOUISE dijo: De conformidad al resultado habido al tratarse la cuestión precedente, estimo que el pronunciamiento que corresponde dictar es:

Desestimar el recurso de apelación interpuesto y en su mérito confirmar en todas sus partes la sentencia apelada.

ASI LO VOTO.

A la misma cuestión el señor Juez RENATO SANTORE por análogos fundamentos votó en el mismo sentido.

Con lo que terminó el presente Acuerdo, dictándose la siguiente;

S E N T E N C I A:

Desestimar el recurso de apelación interpuesto y en su mérito confirmar en todas sus partes la sentencia apelada.

Regístrese. Notifíquese. Devuélvase.-

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 29/09/2020 09:26:15 - Bernardo Louise - JUEZ

Funcionario Firmante: 29/09/2020 10:12:29 - SANTORE Renato Eduardo - JUEZ

Funcionario Firmante: 29/09/2020 10:14:48 - ELUSTONDO Maria Magdalena - AUXILIAR LETRADO DE CÁMARA DE APELACIÓN

‰7(")è${S\LŠ

230802090004915160

CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL - PERGAMINO

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS